

Prečo zotrvať pri rozhodnutom

Teória záväznosti precedentu

Marek Káčer

leges

Vzor citace:

KÁČER, M. *Prečo zotrvať pri rozhodnutom. Teória záväznosti precedentu.* Praha: Leges, 2013, 168 s.

Recenzenti:

prof. JUDr. Ján Svák, DrSc.

doc. JUDr. Radoslav Procházka, PhD., LL.M., JSD

KATALOGIZACE V KNIZE – NÁRODNÍ KNIHOVNA ČR

Káčer, Marek

Prečo zotrvať pri rozhodnutom : teória záväznosti
precedentu / Marek Káčer. -- Vyd. 1. -- Praha : Leges, 2013.

-- 168 s. -- (Teoretik)

ISBN 978-80-7502-011-6 (brož.)

34(094) * 347.951 * 340.142 * 342.537.3/.5

- prameny práva
- soudní rozhodnutí a stanoviska
- precedenční právo
- zákonodárství
- monografie

34 - Právo [16]

Vydalo Nakladatelství Leges, s. r. o., Lublaňská 4/61, Praha 2,
v roce 2013 jako svou 212. publikaci.

Edice Teoretik

Vydání první

Návrh obálky Michaela Vydrová

Kresba na obálce Lenka Šurinová

Redakce Anna Staničová

Sazba Dr. Josef Ženka

Tisk PBtisk, s. r. o., Příbram

www.knihyleges.cz

© Marek Káčer, 2013

ISBN 978-80-7502-011-6

Obsah

Predhovor	7
Úvod	9
1. Prameň	13
1.1 Úvod	13
1.2 Prameň práva ako uzlový právny pojem	14
1.3 Pojem „prameň práva“ je definovaný dôsledkami svojho pôsobenia, nie podmienkami svojho vzniku	16
1.4 Význam aplikácie práva pri určovaní dôsledkov právnych prameňov	20
1.5 Pravidlo uznania	22
1.6 Ľud a sudcovia	27
1.7 Kreativita v tvorbe a aplikácii práva	30
1.8 Autonómia jednotlivých prameňov práva	36
1.9 Zhrnutie	44
2. Dôvod	45
2.1 Úvod	45
2.2 Vnútoraná a vonkajšia záväznosť	45
2.3 Zdôvodnenie záväznosti: „povaha vecí“ alebo „autorita“ ...	48
2.4 Stereotyp záväznosti práva	51
2.5 Záväznosť zákona	53
2.5.1 Záväznosť z povahy vecí – forma zákona	53
2.5.2 Záväznosť z authority – parlament alebo ľud?	58
2.5.3 Argument proti autorite	65
2.6 Záväznosť precedentu	72
2.6.1 Argumentačná záväznosť precedentov v Anglicku	73
2.6.2 Autoritatívna záväznosť precedentov na kontinente	79
2.6.3 Kultúrne odlišnosti	85
2.7 Zhrnutie	99

3. Fakt	101
3.1 Úvod	101
3.2 Kontrafakticita noriem	102
3.3 Normatívna sila faktického	108
3.3.1 Norma ako fakt	108
3.3.2 Teória kognitívnej disonancie	112
3.4 Zotrvanie pri omyle	125
3.5 Zhrnutie	128
4. Politika	131
4.1 Úvod	131
4.2 Súdny precedent nie je uzurpáciou moci parlamentu	132
4.3 Vláda ľudu proti vláde práva	134
4.4 Keď demokracia zlyháva	141
4.4.1 Nie ľud, ale parlament	142
4.4.2 Zodpovednosť poslanca	146
4.4.3 Zodpovednosť občana a sudcu	152
4.5 Zhrnutie	155
Záver	157
Literatúra	161

„Napadlo mi hneď, že patríte k tým bláznom, ktorí prisahajú na matematiku. Zákon je zákon. $X = X$. Tá najnehoráznejšia fráza, ktorá sa kedy vzniesla do tohto večne krvavého, večne chmúrneho neba nad nami. Ako keby existovalo nejaké ustanovenie o ľuďoch, ktoré by platilo bez ohľadu na mieru moci, ktorú kto má! Zákon nie je zákon; ale moc; to je napísané nad údoliami, v ktorých hynieme. V tomto svete nie je nič také, ako vyzerá, všetko je lož. Keď povieme zákon, myslíme moc, keď vyslovíme slovo moc, máme na mysli bohatstvo, a keď nám cez pery prejde slovo bohatstvo, dúfame, že si užijeme neresti tohto sveta. Zákon je nerest, zákon je bohatstvo, zákon sú delá, trusty, strany; nech povieme čokoľvek, nikdy to nie je nelogické, až na vetu, že zákon je zákon, len tá je klamstvom. Matematika klame, úsudok, rozum, umenie, to všetko klame.“¹

„Nedávno som bol na obede u istého člena kráľovského súdu, ktorý ma už niekoľko ráz pozýval. Zhovárali sme sa o rozličných veciach a potom som mu povedal: „Mne sa, pán môj, vidí, že vaše povolanie je veľmi namáhavé.“ – „Ani nie tak veľmi, ako si myslíte,“ odpovedal. „Vykonávame ho tak, že nám je len zábavou.“ – „A to ako? Nemáte azda hlavu vždy plnú záležitostí iných? Nezamestnávate sa jednoducho vecami, ktoré nie sú ani trocha zaujímavé?“ – „Máte pravdu; tie veci nie sú ani trocha zaujímavé: my sa totiž o ne pramálo, ba vôbec nezaujíname, a tak naše zamestnanie nie je také únavné, ako hovoríte.“ Keď som videl, ako nenútené si počína, pokračoval som: „Nevidel som ešte vašu pracovňu, pán môj.“ – „Pochopiteľne, ja totiž nijakú pracovňu nemám. Keď som nastúpil na úrad, potreboval som peniaze, aby som zaň mohol zaplatiť; predal som teda knižnicu s obrovským počtom zväzkov a kníhkupec, ktorý ju kúpil, nechal mi len účtovnú knihu. Ale ja ani nebanujem: my sudcovia sa nenadúvame daromnou vedou. Načo sú nám všetky tie zákonníky? Takmer všetky prípady sú hypotetické a vymykajú sa zo všeobecného pravidla.“ – „A nie je to, pán môj, azda preto, že ich z neho vynímate vy sami? Ved' načo by napokon všetky národy sveta mali zákony, ak by ich v praxi nepoužívali? A ako ich použiť, keď ich nepoznáme?“ – „Keby ste vedeli, ako sa postupuje pri súde,“ odvetil úradník, „hovorili by ste inakšie: máme živé knihy, totiž advokátov, pracujú za nás a majú za úlohu nás poučiť.“ Nedal som sa: „A nemajú azda zavše za úlohu vás aj oklamať?...“²

¹ DÜRRENMATT, F. *Podezření*. Praha: Odeon, 1989, s. 146–147.

² MONTESQUIEU, CH. S. *Perzské listy*. Bratislava: Vydavateľstvo Spolku slovenských spisovateľov, 2009, s. 96–97

Predhovor

Ak by mal sudca byť iba ústami zákona, čoskoro by mu od vyčerpania odpadla sánka. Nejde však iba o hranice jeho fyzických schopností. Bezduché recitovanie roky sa premnožujúcich zákonných ustanovení, nech by malo akokoľvek veľký či malý dopad na telesné vyčerpanie ľudských zdrojov, by beztak nedokázalo naplniť zmysel aplikácie práva. Sudca nielen hovorí, ale aj rozmýšľa, pretože právo stanovené zákonom nie je text, ale význam textu. Ak má sudca rozumieť tomu, čo pri aplikácii zákona hovorí, nemôže byť iba jeho ústami. V opačnom prípade by sme žiadnych sudcov nepotrebovali, stačil by počítačový algoritmus, automat, do ktorého by sme nahádzali mince a údaje o skutkovom stave a z ktorého by nám vyšiel tentoraz nie teplý nápoj v plastovom pohári, ale rozsudok, teda individuálny právny akt určujúci konečné podmienky legálneho výkonu násilia.

Montesquieu, prominentný ideológ zákona, urobil chybu, a my ju po ňom neustále opakujeme. Vraj všetko právo má podobu zákona prijatého parlamentom, pričom súd pri svojej činnosti nemá robiť nič iné, len tento zákon aplikovať na konkrétne prípady. Azda ani tak nejde o omyl ako skôr o pranie. Na Montesquieuho sa odvolávame nie preto, že mal pravdu, ale preto, že nám dal ilúziu, o ktorej si myslíme, že nám uľahčuje život. Aj sudcom, aj právnym vedcom, aj advokátom a napokon aj občanom. Nie je to Montesquieuho briskný úsudok, ktorý pravdivo popisuje spoločenskú realitu, ale jeho úsudok o politickom ideáli, jeho sen o jednoduchom, zrozumiteľnom, každému známom a spravodlivom práve, ktoré dáva rýchlu odpoveď na každú praktickú otázku. Takéto právo všetci chceme a také ho mať nikdy nebudeme.

Cieľom tejto knihy je dokázať tézu, podľa ktorej, *ak má parlament právomoc tvoriť zákon a ak má súd právomoc tento zákon aplikovať, potom to neznamená, že súd je a má byť z tvorby práva vylúčený*. Súdny právo tvoria a majú tvoriť, a to bez ohľadu na právnu kultúru, v ktorej pôsobia. Neexistuje pozitívnoprávne ustanovenie, ktoré by dokázalo sudcovskú tvorbu práva zakázať tak, aby sa tento zákaz natrvalo a všeobecne dodržiaval. Ako bolo naznačené v predchádzajúcom odseku, spojenie medzi súdom a tvorbou práva je také úzke, že ho možno pretrhnúť iba vo svete fikcií.

To, že súdy majú vydávať precedenty, nutne neznamená, že každý precedent je hodný chvály. Veľmi podobne ani ten najväčší zástanca suverenity ľudu, parlamentu alebo zákona nemusí byť spokojný so všetkým, na čom sa ľud alebo parlament vo svojom zákone uznesie. Otázka, či nejaký orgán má

právomoc tvoriť právo, je nezávislá na otázke, či tento orgán – v prípade, že danú právomoc má – je alebo nie je v tvorbe práva nejako limitovaný. Súdny majú právomoc tvoriť právo, to však ešte neznamená, že majú aj právomoc spotvoriť ho. Pre kritikov súdnej moci je oddelenie týchto dvoch otázok veľmi užitočné. Ak niekto kritizuje rozpínavosť súdnej moci, potom tento cieľ určite nedosiahne, ak bude propagovať tézu, že „kontinentálne súdy právo netvorí“. Nielenže nedosiahne, takouto propagáciou svoje úsilie s najväčšou pravdepodobnosťou podkope.

Z obsahu knihy a zo stručného prehľadu kapitol v úvode čitateľ ľahko zistí, že v knihe nenájde praktické návody, ako postupovať pri riešení zložitých právnych prípadov. Kreativite súdneho rozhodovania a metodológii výkladu práva sa venujem len úplne okrajovo. Namiesto toho pozornosť sústreďujem na všeobecné otázky normativity, resp. záväznosti súdnych rozhodnutí. Táto kniha nie je textom z právnej dogmatiky, ide skôr o zmes analytických, komparatistických, sociálno-psychologických a politologických úvah. Nepochybujem o tom, že ako bude čitateľ prechádzať jednotlivými kapitolami, napadne mu veľa kritických pripomienok. Verím však, že ak knihu dočíta dokonca, aspoň na niektoré z nich nájde odpoveď priamo v jej texte. Všade tam, kde som sa jedným problémom zaoberal na viacerých miestach, som vsunul krížový odkaz. Ďakujem Lenke Šurinovej, Lucii Berdisovej a Eduardovi Korpášovi, ktorí mi dali pripomienky k skoršej verzii tohto textu. Kniha bola napísaná ako súčasť riešenia projektu s registrovým číslom APVV-0562-11.

Úvod

Európsky súd pre ľudské práva je známy svojim postojom k prameňom práva.³ Prameňom práva v každom zo zmluvných štátov Dohovoru o ochrane ľudských práv a základných slobôd je nielen zákon, ale aj súdne rozhodnutie a obyčaj. Tento právny názor sa niekedy používa ako argument v prospech tvrdenia, že aj v krajinách kontinentálnej právnej kultúry používajú niektoré typy súdnych rozhodnutí či súdnej praxe status prameňa práva.

Uvedený stav celkom vystihuje rozpoloženie, v ktorom sa nachádza kontinentálny právnik. Samotná potreba odkazovať v debate na súdne rozhodnutie ako zdroj platných argumentov naznačuje, že títo právnici hľadajú odpovede na právne otázky nielen v zákonoch. Na druhej strane ak Štrasburský súd vo svojej rozhodovacej činnosti potreboval zdôrazniť, že popri zákone (*lex*) poznáme aj nepísané pramene práva (*ius*), potom to naznačuje, že kontinentálni právnici sú stále zvyknutí chápať odkaz na súdne rozhodnutie ako argument, ktorého platnosť je ľahko spochybniteľná. Keď protistrana odkáže na predchádzajúce súdne rozhodnutie, ktoré je v neprospech mojej aktuálne riešenej veci, vždy mi ostáva možnosť, že použitie tohto rozhodnutia diskvalifikujem jednoduchým zvolaním, že nejde o prameň práva. Keď chýba alebo zlyhá vecná argumentácia, prejde sa k argumentačnému formalizmu, teda k opakovaniu prvých premís vyslovených záverov vo viere, že sú dostatočne evidentné, či závažné na to, aby presvedčili ostatných účastníkov debaty. Takýto formalizmus, pokiaľ sa používa v súdnom konaní, má blízko k používaniu formulí v archaickom práve, ktoré má zas blízko k odriekaniu zaklínadiel v rámci magických rituálov.⁴ Ak Štrasburský súd zdôraznil, že právo pramení aj zo súdnej praxe, potom zrejme preto, aby prebil magickú moc zaklínadla, ktoré znie: „V kontinentálnej právnej kultúre, na rozdiel od kultúry *common law*, súdne rozhodnutie nie je prameňom práva.“

Azda sa možno ohradiť, prečo uvedený argument prirovnávam k zaklínadlu. Veď predsa ten, kto ho vyslovuje, môže mať ambíciu ním popísať svet práva a dôležitosť, ktorú mu pripisuje, nemusí vychádzať len z viery

³ Napr: Rozsudok Kruslin proti Francúzsku z 24. 4. 1990 (č. žaloby 1180/85), bod 28. Rozsudok Müller a ďalší proti Švajčiarsku z 24. 5. 1988 (č. žaloby 10737/84), bod 29 a 38. Zdroj: <http://hudoc.echr.coe.int/>.

⁴ HATTENHAUER, H. *Evropské dějiny práva*. Praha: C. H. Beck, 1998, s. 6. MIN-DUS, P. *The Life and Work of Axel Hägerström*. Dordrecht: Springer, 2009, s. 216.

v jeho magickú moc pôsobiť na poslucháčov, ale napríklad aj z presvedčenia o jeho pravdivosti. Vyslovenie tejto námietky samo ukazuje, aký veľký vplyv má na vnímanie sveta kultúra, v ktorej žijeme. V **prvej kapitole** tejto knihy sa pokúsim obhájiť tézu, podľa ktorej právo bez rozhodovacej činnosti súdov nemožno definovať ako osobitný normatívny systém, ktorý je (aspoň z časti) odlišný napr. od morálky alebo politiky. K tomu sa zároveň pokúsim obhájiť tézu, že rozhodovacia činnosť súdov je vždy *aspoň z časti* kreatívna, teda že úloha súdov sa nikdy neobmedzuje *výlučne* len na aplikáciu dopredu daného práva. Teda jednak platí to, že súdna prax má konštitutívny význam tak pre existenciu zákonov parlamentu, ako aj pre identitu právneho systému ako celku⁵ a jednak to, že súdna prax sama generuje špecifický prameň práva – súdny precedent. V tomto kontexte špecifikum kontinentálnej právnej kultúry nespočíva v tom, že by na kontinente neexistovala súdna tvorba práva, ale v tom, že táto kultúra podnecuje ľudí k tomu, aby súdnu tvorbu práva buď popierali alebo ignorovali.⁶

V **druhej kapitole** sa bližšie pozriem na odôvodnenie záväznosti prameňov práva. Na podporu záväznosti určitého prameňa práva možno vždy použiť dva typy argumentov: buď sú to argumenty vecné (... pretože tak je to spravodlivé, rozumné či prospešné), alebo argumenty z autority (... pretože tak to niekto povedal). Mojou hlavnou tézou je, že záväznosť kontinentálneho precedentu je závislá nielen od vecnej správnosti dôvodov, o ktoré sa precedent opiera, ale aj od autority súdu, ktorý precedent vydal. Napokon prítomnosť oboch typov argumentov – aj vecného, aj autoritatívneho – možno stopovať tak pri záväznosti anglo-amerického precedentu, ako aj pri záväznosti samých zákonov. Uvedený záver samozrejme neznamená, že medzi záväznosťou jednotlivých prameňov práva v jednotlivých právnych kultúrach neexistujú žiadne rozdiely. Tieto rozdiely existujú, no

⁵ Tomáš Sobek by azda povedal, že táto téza nie je ničím nová a že v západnej literatúre ju všeobecne uznávajú (pod menom „právny pozitivizmus“) už niekoľko desaťročí. Na druhej strane ešte stále existujú autori, ktorí zdôrazňovanie významu súdnej moci považujú len za módný výstrelok vyplývajúci z amerikanizácie našej právnej kultúry. Pozri: SOBEK, T. *Právní myšlení: kritika moralismu*. Praha: Ústav státu a práva, 2011, s. 384 a nasl. PINZ, J. K otázce legality právního výkladu v moderním právním státě. In GERLOCH, A. – TRYZNA, J. – WINTR, J. (eds.) *Metodologie interpretace práva a právní jistota*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2012, s. 329, 335.

⁶ Kultúra ľudí učí nielen to, ako majú fakty hodnotiť, ale aj to, ako ich majú vnímať. Pozri: BRAMAN, D. – KAHAN, D. M. – HOFFMAN, D. A. Some Realism about Punishment Naturalism. In *The University of Chicago Law Review*, vol. 77, no. 4, 2010, s. 1568.

pochybujem, že bude presné, ak ich vyjadríme v stručnej formulácii, podľa ktorej *common law* je kultúrou súdnych rozhodnutí a kontinent je kultúrou zákona. Takáto formulácia je len heuristikou. Vyjadruje informáciu, ktorú si ľudia pamätajú vďaka tomu, že je jednoduchá a napriek tomu, že je skresľujúca.

Niektorým ako dôkaz nestačí ani to ak sa k sudcovskej tvorbe práva ojedinelo priznajú aj samotné súdy. Ešte sa totiž stále dá pohodlne argumentovať, že existuje významný rozdiel medzi tým, čo súdy hovoria, že robia a tým, čo skutočne robia. Teda aj keď sa nejaký súd nechá počuť, že správne nasledovať predchádzajúce rozhodnutia, ešte stále to nemusí znamenať, že ak nejaké predchádzajúce rozhodnutie nasleduje, tak ho k tomu motivovala práve táto správnosť. V **tretej kapitole** sa pokúsim obhájiť tézu, podľa ktorej z dlhodobého hľadiska je len málo pravdepodobné, aby určitá osoba verejne zastávala názory, o ktorých správnosti či pravdivosti nie je vnútorne presvedčená. To, ako konáme, má vplyv na to, čo si myslíme a v čo veríme; ľudská psychika jednoducho nikdy nemala problém vytvoriť si zo sveta faktov svoj vlastný svet noriem. A preto dokáže vytvoriť spravodlivosť dokonca aj z nespravodlivosti, z porušenia práva (tvorba nového precedentu) dodržanie práva (nasledovanie starého precedentu) a pod.

Tvorba súdnych precedentov sa stáva politickým problémom až vtedy, keď zasahuje do legislatívnej právomoci parlamentu, čo je osobitne viditeľné najmä pri abstraktnej kontrole ústavnosti. V **štvrtej kapitole** predstavím základné rozdiely medzi teóriou, ktorá obhajuje neobmedzenú legislatívnu právomoc priamo voleného parlamentu a teóriou, ktorá naopak tvrdí, že súdy majú právomoc zastaviť parlament vždy vtedy, ak by chcel legálne odstrániť „podstatné náležitosti demokratického a právneho štátu“. Následne sa pokúsim ukázať, prečo parlamentné voľby nemusia slúžiť ako prostriedok na vyjadrenie súhlasu občana so štátnou mocou, teda prečo parlament nemusí požívať neobmedzenú legislatívnu právomoc. V závere sa pokúsim odpovedať na otázku, či existuje spoločenská situácia, v ktorej by zrušenie ústavného zákona ústavným súdom nevedlo k popretiu základov demokratickej formy vlády.

1. Prameň

1.1 Úvod

Niektorým autorom prekáža, že slovné spojenie „prameň práva“ má svoj pôvod v ríši prírody, čo pri určovaní jeho významu zvädza k použitiu metafory.⁷ Hľadať význam právnych pojmov pomocou metafor je nebezpečné, pretože to môže viesť k nedorozumeniu a nedorozumenie v práve môže viesť až ku krivde. Takáto kritika je však prehnaná. Používanie slovného spojenia „prameň práva“ zvyčajne nevedie k nedorozumeniu, ale k porozumeniu; výraz „prameň práva“ podstatne uľahčuje komunikáciu, keď nie všade, tak aspoň medzi kvalifikovanými právnikmi západnej kultúry. No a v takejto jazykovej situácii môže byť občasné schýlenie sa k metafore nielen škodlivé, ale aj užitočné. V danom prípade podobnosť prameňa práva s prameňom tečúcej vody ozrejmuje podstatu tak formálnej, ako aj obsahovej stránky toho, čo z prameňa práva „pramení“.

Prameň je prameňom, pokiaľ nevyschne, to znamená, že je zdrojom niečoho, čo sa nevyčerpá naplnením prvého krčahu; prameň je schopný uhasiť smäd všetkých, ktorí k nemu prídu; je trvalý a možno sa k nemu opätovne vracáť s tou istou pohnútkou. To zodpovedá základnej formálnej podmienke všetkých druhov prameňov práva spočívajúcej vo všeobecnom charaktere právnych pravidiel: prameň práva nevysychá jednorazovým použitím pravidla v ňom obsiahnutom; tento prameň je prístupný každému a možno sa k nemu opakovane vracáť s individuálne inou, ale druhovo rovnakou vecou. Takmer všetko objektívne právo, ktoré nezodpovedá práve opísanej formálnej podmienke, je odôvodnene kritizované tak zo strany právnych vedcov, ako aj zo strany ústavných súdov.

Analógia z obsahovej stránky je založená na starodávnej myšlienke, podľa ktorej vodný živel je jeden zo základných princípov života. V tomto kontexte nemusí byť úplne náhodné, že za jednu zo základných úloh všetkých právnych poriadkov sa považuje zachovanie ľudského života. Vychádzajúc zo všeobecne uznávaných antropologických predpokladov sa veľká väčšina teoretikov zhoduje v tom, že ľudský život nie je možný mimo spo-

⁷ MALENOVSKÝ, J. *Mezinárodní právo veřejné (jeho obecná část) a poměr k jiným právním systémům, zvláště k právu českému*. Brno: Doplněk, 2008, s. 173. Porovnaj: ROSS, A. *On Law and Justice*. New Jersey: The Lawbook Exchange, 2004, s. 76–77.

ločnosti a že spoločnosť nie je možná mimo právo („*ubi societas, ibi ius*“). Právo má slúžiť a slúži zachovaniu a reprodukcii spoločnosti a jednotlivca, a preto z prameňov práva vyviera to, čo život umožňuje a podporuje.

V tomto fantazírovaní sa dá pokračovať ďalej. Kolobeh vody v prírode, budovanie umelých hrádzí, svetová potopa ako boží trest či nechcený dôsledok industriálneho pokroku... tu všade by sa dali nájsť prirovnania k právu, ktoré by viac-menej podarene vystihovali jeho povahu, funkcie a dôsledky vo svetle minulých či súčasných dobových súvislostí. Príbuznosť právneho termínu s ríšou prírody nie je *per definitione* jeho nedostatkom a možnosť zneužitia metafory nie je automaticky argumentom proti jej použitiu. Tak v teórii, ako aj v praxi existuje dostatočná miera konsenzu o tom ako sa má výraz „prameň práva“ chápať; konsenzus chýba len v otázke, ktoré z „vecí okolo nás“ možno daným slovom pomenovať. Inými slovami: problém nie je vo všeobecnej definícii daného výrazu, ale vo výpočte konkrétnych príkladov, ktorých podstata je danou definíciou zachytená. Alebo ešte inak: problém nie je v tom, že by sme nevedeli formulovať pravidlo, ale v tom, že nevieme vždy presne zistiť, kedy ho máme aplikovať. V takejto jazykovej situácii môžu metafory aj uškodiť, aj pomôcť.

V tejto kapitole sa pokúsim ukázať, čo majú všetky pramene práva spoločné, resp. čím sa na seba podobajú (1.2 a 1.3). Následne prejdem k obhajobe tézy, podľa ktorej pre konštituovanie akéhokoľvek prameňa práva, teda pre konštituovanie identity právneho systému, je podstatná práve rozhodovacia činnosť súdov (1.4 až 1.6). V závere sa pokúsim dokázať, že táto rozhodovacia činnosť nie je vždy a nutne iba aplikáciou dopredu stanoveného práva, ale naopak, že ide aspoň do určitej miery aj o relatívne autonómnou tvorbu práva (1.7 a 1.8).

1.2 Prameň práva ako uzlový právny pojem

Alf Ross vo svojom článku *TÛ-TÛ*⁸ predstavil obraz prírodného kmeňa z južného Pacifiku. V tomto kmeni sa dodržiavala obyčaj, podľa ktorej, ak niektorý z jeho členov poruší určité tabu, napríklad ak zabije totemové zviera, týmto aktom spôsobí „tû-tû“, páchatel sám sa stane „tû-tû“. Ross si používanie tohto výrazu vysvetľuje kmeňovou potrebou označiť temnú silu, ktorá posadla previnilca a tým ohrozila celé spoločenstvo. Pre bežného človeka zo západného civilizačného okruhu je takéto označenie nezmyslom;

⁸ ROSS, A. Tû-Tû. In *Scandinavian Studies in Law*. 1957, vol. 1, s. 137–153.

niekto by azda mohol povedať, že používanie daného slova je prejavom primitívnej metafyziky. Hoci kmeňová obyčaj používania „tù-tù“ vyúsťuje do praktických dôsledkov, pretože každý, kto je „tù-tù“, musí podstúpiť očistný rituál, predsa len to význam pochybnému slovu nepridáva. Dánsky autor predložil svoj argument v podobe jednoduchého sylogizmu:

1. Ten, kto zabije totemové zviera, sa stáva „tù-tù“.
2. Ten, kto je „tù-tù“, musí podstúpiť očistný rituál.
3. Ten, kto zabije totemové zviera, musí podstúpiť očistný rituál.

Z naznačenej schémy je zrejmé, že výraz „tù-tù“ možno nahradiť hocakým iným slovom bez straty svojej funkcie a zároveň, že význam tohto slova, nech už je akýkoľvek, je v obidvoch premisách rovnaký. Čitateľa neprekvapí, keď sa pred ním odkryje, že „tù-tù“ možno prirovnať k všeobecne známym právnym pojmom ako „právo“, „nárok“, či „vlastníctvo“. Ide totiž o pojmy, ktorých vznik je podmienený rôznymi právnymi skutočnosťami (analógia k prvej premise sylogizmu) a prostredníctvom ktorých dochádza k stanoveniu celého radu právnych následkov (analógia k druhej premise), pričom je len otázkou konvencie, či takéto pojmy označíme slovom „tù-tù“ alebo výrazom, ktorý nám je bližší, pretože v konečnom dôsledku je záver plynúci z premís vždy rovnaký. Ross pokračuje ďalej, keď tvrdí, že používanie „mystického slova“ je užitočné aj napriek tomu, že jedinou zmysluplnou vetou v danom sylogizme je práve a jedine jeho záver.⁹

Ak by sa právnici spomínaného druhu pojmov vzdali, boli by zaplavení celým radom tvrdení (záverov), ktoré by síce boli zmysluplné, no ktorých množstvo by prakticky znemožnilo utvoriť si o práve koherentný obraz. Ross tvrdí, že úlohou právneho myslenia je štruktúrovať právne pravidlá tak, aby vytvorili systematický poriadok v čo možno najjednoduchšom obraze a jedným z prostriedkov ako to docieľiť, je používanie slov podobných „tù-tù“. Takéto slová predstavujú špecifickú techniku prezentácie a svoj význam odvodzujú len od funkcie, ktorú zohrávajú ako súčasť tvrdenia o fakte a tvrdenia o právnom následku. Táto funkcia spočíva v kompaktnom spojení disjunktívnej plurality právnych podmienok s kumulatívnou pluralitou právnych následkov.¹⁰ Dané slová možno chápať ako *uzlové právne pojmy*.¹¹

⁹ Ibidem, s. 144.

¹⁰ Ibidem, s. 147.

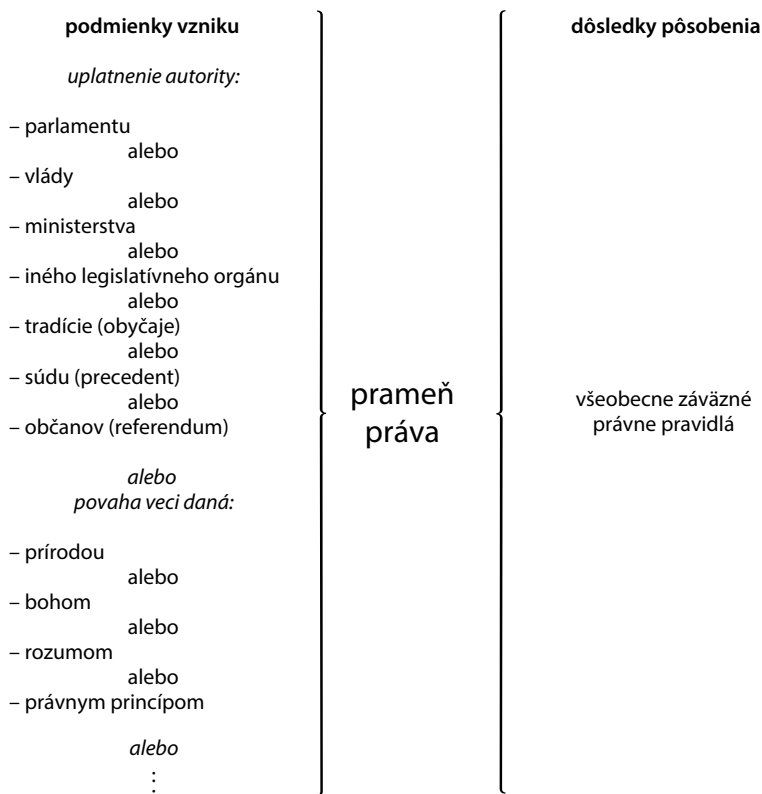
¹¹ V anglickej literatúre sa možno stretnúť aj s označením „linking term“, prípadne s termínom „intermediate legal concept“. K tomu bližšie pozri: ENG, S. *Analysis of Dis/*

1.3 Pojem „prameň práva“ je definovaný dôsledkami svojho pôsobenia, nie podmienkami svojho vzniku

Prameň práva ako jeden z uzlových právnych pojmov spája disjunktívnu pluralitu právnych podmienok s kumulatívnou pluralitou právnych následkov. Začnime z pozície striktného legalistu, ktorý vylučuje z výpočtu právnych prameňov výsledky neetatickej tvorby práva. Podľa legalistu tvorbu práva má vo svojej réžii vždy *bud'* parlament, *alebo* vláda, *alebo* ministerstvo, *alebo* aj nejaký nadnárodný či lokálny legislatívny orgán. Na druhej strane to, čo z tejto tvorby práva vzhádza, v každom jednom prípade, sú všeobecne záväzné právne pravidlá. Súčasný pozitivistu tvrdí, že právo pochádza zo spoločenských faktov, teda z konania súkromných a úradných osôb, ktoré môže mať pokojne aj formu právnej obyčaje *alebo* súdneho precedentu, pričom s legalistom bude súhlasit' v tom, že dôsledkom pôsobenia týchto prameňov sú opäť všeobecne záväzné právne pravidlá. Do kontrastu k legalistovi a pozitivistovi možno postaviť jusnaturalistu, ktorý tvrdí, že právo pochádza *bud'* od boha, *alebo* od prírody, *alebo* od rozumu, *alebo* že ho možno odvodiť z právnych princípov. V zásade však bude súhlasit' s legalistom a pozitivistom v tom, že z týchto prameňov vyvierajú všeobecne záväzné právne pravidlá. S výpočtom podmienok vzniku právnych prameňov sa dá pokračovať ďalej: proponent historicko-právnej školy môže tvrdit', že právo pochádza z ducha národa; ideológ nacistického práva môže tvrdit', že právo pochádza od vodcu; obdobne ideológ komunistickeho práva tvrdí, že právo pochádza z vôle proletariátu zastúpeného jednou stranou; demokrat povie, že právo je to, na čom sa uznesú všetci; aristokrat povie, že právo je to, na čom sa uznesú vznešení, či už rodom, duchom alebo majetkom. Nech je spor medzi týmito doktrinármi a ideológmi akokoľvek veľký, v zásade sa obmedzuje len na výpočet podmienok vzniku práva, nie nutne na výpočet dôsledkov, ktoré z tohto práva plynú: v zásade sa všetci zhodnú na tom, že pramene práva obsahujú všeobecne záväzné právne pravidlá správania sa. Aká je teda štruktúra prameňa práva, ak ho chápeme ako uzlový právny pojem?

agreement – with Particular Reference to Law and Legal Theory Dordrecht: Kluwer, 2003, s. 483–487. SARTOR, G. Legal concepts as inferential nodes and ontological categories. In *Artif. Intell. Law*. 2009, vol. 17, s. 222. SOBEK, T. *Argumenty teorie práva*. Praha: Ústav státu a práva, 2008, s. 192.

1.3 Pojem „prameň práva“ je definovaný dôsledkami svojho pôsobenia...



Čo má teda právna obyčaj spoločné s nariadením vlády alebo s právnym princípom? Prečo tieto rozličné „veci“ pomenujeme tým istým slovom? Je to preto, že z nich vyvierajú všeobecne záväzné právne pravidlá. Ak teda nejakú „vec“ pomenujem ako prameň práva, jediný nutný dôsledok, ktorý z toho vyplýva je to, že v tejto „veci“ nachádzam právne pravidlá záväzné pre všetkých. Preto to, čo prameň práva určuje ako prameň práva, nie je vymedzené cez podmienky jeho vzniku, ale cez dôsledky jeho pôsobenia. Kľúčovou nie je povaha procedúry vzniku práva, ale povaha výsledku, ktorý z tejto procedúry vzišiel. Proti tomuto tvrdeniu sa dá presvedčivo namietať:

Konečným účelom každej koncepcie prameňov práva je uľahčenie identifikácie pravidiel, ktoré sa majú aplikovať na ľudské správanie ako právo,

pretože platnosť právnych pravidiel, minimálne aspoň väčšej časti z nich, nie je samoevidentná. Možno sa nejako, či už úvahou alebo precitnutím, dokážeme dopracovať k zlatému pravidlu spolunažívania medzi ľuďmi – *Nerob druhým to, čo nechceš, aby oni robili tebe, ale naopak snaž sa im pomáhať, ako len vládzeš.*¹² – avšak na identifikáciu toho, čo bežne považujeme za právo, toto zlaté pravidlo nestačí.¹³ Na určenie toho, čo je správne alebo nesprávne podľa práva, nám teda nestačí ani morálna intuícia, ani morálne rozvažovanie, ale až dopredu stanovené pravidlá zverujúce právotvornú kompetenciu určitému subjektu. Pramene práva sú funkčným konceptom iba na pozadí formálno-právnej racionality, tj. racionality, v ktorej sa za správne, platné či racionálne považuje iba to, čo je v súlade s dopredu stanovenými pravidlami. Preto niet žiadneho právneho prameňa, ak niet dopredu daného pravidla, ktoré poveruje konkrétny subjekt k príslušnej tvorbe práva. Ortodoxný zástanca tohto prístupu by mohol povedať, že vo svete neexistuje rozdiel medzi dobrom a zlom, ak neexistuje ani kompetentná osoba, ktorá by tento rozdiel autoritatívne stanovila. Pozrime sa napríklad, ako od problému poznania dobra a zla k problému určenia kompetentného vládcu prechádza Thomas Hobbes:

*„Žiadostivosť a iné ľudské vášne nie sú samy o sebe žiadnym hriechom. Nie sú ním ani činy, ktoré z týchto vášní vychádzajú, dokedy nie je známy zákon, ktorý ich zakazuje. A dokedy nebol žiadny zákon vydaný, nie je možné ho poznať, a žiadny zákon nemôže byť vydaný, ak sa ľudia nezhodnú na osobe, ktorá ho má vydať.“*¹⁴

Určenie kompetentného subjektu je len prvým krokom k stanoveniu procedúry, ktorá je nutnou podmienkou vzniku prameňa práva.¹⁵ Ďalším krokom je procedurálne vymedzenie tých prejavov právotvorcu, na ktoré je vznik nového práva naviazaný. Dokonca aj keby sme tvrdili, že všetko

¹² Pozri: SCHOPENHAUER, A. *O vűli v přirodě a jiné práce*. Praha: Academia, 2007, s. 445.

¹³ Toto pravidlo zrejme nestačí dokonca ani na to, aby sme v každom jednotlivom prípade zistili, čo je to neprávó. K tomuto problému pozri diskusiu o termíne „the core of wrongdoing“. BRAMAN, D. – KAHAN, D. M. – HOFFMAN, D. A. Some Realism about Punishment Naturalism. In *The University of Chicago Law Review*, vol. 77, no. 4, 2010, s. 1585.

¹⁴ HOBBS, T. *Leviathan aneb látka, forma a moc státu církevního a politického*. Praha: Oikoymenh, 2009, s. 90.

¹⁵ Porovnaj: WEYR, F. *Základy filosofie právní (Nauka o poznávání právnickém)*. Brno: Nakladatel A. Piša, 1920, s. 39.

právo pochádza od boha, či už z jeho vôle alebo z jeho rozumu, aj tak by sme ho nedokázali spoznať inak, ako len na základe určitých znamení – muselo by ísť o právo, ktoré je *prejavom* jeho vôle alebo *prejavom* jeho rozumu. Racionálna identifikácia týchto prejavov však predpokladá dopredu stanovenú procedúru určujúcu, ktoré akty sú prejavmi kompetentnej osoby a ktoré z takýchto prejavov sú právotvorné. Aj v tom najrepresívnejšom režime je potrebné dopredu určiť, čo znamená, keď vodca zovrie päť vystrčiac palec smerom k zemi: ide o príkaz zaviazat' mu šnúrku na topánke, o súhlas na popravu pred ním stojaceho väzňa alebo o znamenie, že predložený legislatívny návrh sa zamieta? Dokonca ani jednohlasné zaujatie pre nejakú z večných demokratických ideí sprevádzané kolektívnym emocionálnym nadchnutím nič nemení na fakte, že takúto ideu možno pretaviť do formálne platného zákona až spustením a zavŕšením oficiálneho legislatívneho postupu. Preto napríklad keď prezident francúzskeho konventu dňa 3. februára 1794 po tom, ako prijal prvú návštevu človeka čiernej pleti na pôde francúzskeho zákonodarného zboru za všeobecného jasotu slávnostne vyhlásil, že „*troctvo vo všetkých dŕžavách Francúzska a vo všetkých jeho kolóniách je na večné časy zrušené*“, z formálneho hľadiska postavenie svojho návštevníka ani jeho čiernych bratov nijako nezmenil.¹⁶ Procedurálny postup je nevyhnutný pri každom riadení ľudských zdrojov. Prameň práva vzniká v okamihu, keď sa dokoná posledný akt, ktorý na vznik práva požaduje príslušný procedurálny postup. Práve zavŕšenie tohto posledného právotvorného štádia je faktom, na ktorý sa upriamuje zrak všetkých v praxi pôsobiacich právnikov: bez zverejnenia práva niet žiadneho práva. Z tohto všetkého vyplýva, že vyššie uvedené tvrdenie, podľa ktorého pre definovanie prameňa práva nie sú podstatné podmienky jeho vzniku, ale len dôsledky jeho pôsobenia, je nepravdivé.

Myšlienka, že tvorba práva má byť upravená dopredu stanovenými pravidlami, a teda že pre prameň práva sú dôležité aj podmienky jeho vzniku, tu má svoje miesto a budem sa jej venovať v ďalších častiach tejto knihy.¹⁷ Podmienky vzniku prameňa práva však netvorí jeho podstatný definičný znak. Parlament nevytvorí právo, ak to, čo vo svojej legislatívnej procedúre ako právo zamýšľa vytvoriť, ostane zo strany súdov natrvalo ignorované a ak sa proti tomu verejnosť nebude chcieť domáhať nápravy. Nech je konkrétne

¹⁶ Pozri: FÜLÖP-MILLER, R. *Vůdcové, snílci a rebelové – sny o tužbách lidstva*. Praha: Nakladatelství Jos. R. Vilímek, 1935, s. 153.

¹⁷ Pozri osobitne časť 2.5.2 a časť 4.3.

nastavenie legislatívnych procedúr akokoľvek morálne či politicky opodstatnené, ich uplatnenie by bolo len hrou prázdnych gest, ak by nevedlo k vzniku všeobecne záväzných právnych pravidiel. A to, či je určité pravidlo právne a či je všeobecne záväzné, v konečnom dôsledku nie je závislé na postoji legislatívneho orgánu, ale osobitne na postoji sudcov a všeobecne na postoji občanov. Až postoj týchto subjektov dávajú (zverujú) parlamentu moc tvoriť právo.

1.4 Význam aplikácie práva pri určovaní dôsledkov právnych prameňov

Joseph Raz uvádza tri argumenty, prečo je identita právneho systému funkciou závislou skôr od činnosti právo-aplikačných orgánov ako od činnosti orgánov právotvorných.¹⁸ Tieto argumenty sa pokúsim stručne rozviesť:

a) Narozdiel od právo-aplikačných orgánov, orgány legislatívne sú plodom neskoršieho vývoja spoločnosti. V perspektíve prírodných národov, teda na pomyselnom začiatku ľudských dejín, sa verí, že všetko, čo sa vo svete udeje, ide mimo vplyv individuálnej vôle. Nie iba vonkajšie prírodné procesy, ale dokonca aj ľudské skutky sú riadené mocnosťami ľudskou vôľou neovládateľnými, typicky božstvami.¹⁹ Obdobne to platí o spoločenských normách. Tie sú dané zhora, platia večne, všade a voči každému, pričom zdrojom ich poznania sú od nepamäti zachovávané tradície, z ktorých sú právnej povahy iba tie, čo sa stávajú predmetom autoritatívnej aplikácie na konkrétne prípady. Tak ako tvorba, tak je aj aplikácia práva mimo akýkoľvek dosah ľudskej slobody: ústa a ruky právo-aplikačnej autority sú vedené výlučne len niečím dopredu daným, nemeniteľným a suverénnym. Tu má pôvod kultúrne univerzálna myšlienka, podľa ktorej všetko právo je vždy len „nájdené“.²⁰ Predstava človeka, ktorý právo tvorí, je v porovnaní s predstavou človeka, ktorý právo nachádza oveľa mladšia a menej rozšírená. Teda nie parlamenty, ale súdy sú „konštantnou črtou práva v každom

¹⁸ RAZ, J. The Identity of Legal Systems. In *California Law Review: A Tribute to Hans Kelsen*, vol. 59, no. 3, 1971, s. 803–804.

¹⁹ Bližšie pozri: KELSEN, H. *Society and Nature: A Sociological Inquiry*. Chicago: The University of Chicago Press, 1943, s. 192.

²⁰ K tomu osobitne pozri aj kapitolu 2.6.1 a 3.3.2.b).

*type spoločnosti a ich existencia by mala byť považovaná za definičný znak práva*²¹

b) Jediný spôsob, ako zistiť, ktoré spoločenské pravidlá sú právnej povahy, je pozrieť sa na činnosť subjektov, o ktorých panuje všeobecné presvedčenie, že ich úlohou je právne pravidlá aplikovať. Ak si človek nie je istý, ktoré pravidlo je právne, a teda ktoré pravidlo sa z tohto titulu vzťahuje aj naňho, jediný, od koho sa môže dozvedieť odpoveď s konečnou platnosťou, je jeho sudca. Každý prameň práva má plniť úlohu dôvodu či motívu, pre ktorý sa sudca rozhodol, že na konkrétny prípad aplikuje to-a-to pravidlo a žiadne iné. V perspektíve, v ktorej platí, že súd vo svojej činnosti nerobí nič iné, len aplikuje právo, je potom odôvodnené postaviť danú implikáciu aj opačne: každý dôvod, či motív, pre ktorý sa sudca rozhodol vybrať si určité pravidlo ako právne, je vždy zároveň aj prameňom daného právneho systému: „*Iba súdy patriace do určitého právneho systému dokážu poskytnúť odpoveď na to, aké sú kritéria identity tohto systému.*“²²

c) Tá vlastnosť, ktorá odlišuje právne pravidlá od všetkých ostatných druhov pravidiel, sa manifestuje predovšetkým v konkrétnych prípadoch ich aplikácie: totiž smú to byť iba právne pravidlá, ktorých dodržiavanie je garantované legálnym výkonom násilia a legálne násilie možno vykonávať vždy práve len v konkrétnych prípadoch. Ak v nejakom z týchto konkrétnych prípadov vznikne konflikt o tom, čo právo stanovuje, pri jeho riešení majú navrch súdy a nie parlamenty, nakoľko podľa zásad delby moci parlamenty nemôžu uplatnením svojej legislatívnej právomoci (retroaktívne) rozhodovať o konkrétnych prípadoch. Povinný subjekt je v konečnom dôsledku zaťažený právnou povinnosťou tak, ako ju formuloval súd, nie tak, ako ju formuloval parlament. Ak sa chcú povinné subjekty v takomto inštitucionálnom prostredí správať prezieravo, to najlepšie, čo môžu urobiť je, že v prípade konfliktu medzi textom zákona a textom jeho súdneho výkladu dajú prednosť textu výkladu: „*Ak súdy konštantne vykladajú určitý zákon spôsobom, ktorý sa rozchádza s jeho pôvodným významom, právom sa stáva tento výklad, nie pôvodný význam.*“²³

Na tieto argumenty sa dá pohotovo reagovať: z protiprávneho súdneho rozhodnutia sa predsa nikdy nemôže stať právo, pretože na pretavenie

²¹ RAZ, J. The Identity of Legal Systems. In *California Law Review: A Tribute to Hans Kelsen*, vol. 59, no. 3, 1971, s. 803.

²² *Ibidem*, s. 803.

²³ *Ibidem*, s. 804.

nespravodlivosti do spravodlivosti by sudcovia ako svoj pracovný nástroj museli mať nie sudcovské kladivko, ale kúzelnícku paličku. Myšlienka poriadku (*logos*) nikdy nevzniká zo spoločenského zvyku (*ethos*), ale spoločenské zvyky vznikajú z myšlienky poriadku: ak sa ľudské správanie dostáva do rozporu s normou, je správne, aby sa tento rozpor vyriešil tak, že sa zmení ľudské správanie, a nie norma. V tretej kapitole si ukážeme, že tento spôsob argumentácie (nazvime ho „argument z kontrafaktivity noriem“) má len obmedzenú platnosť a že v praxi to často býva práve opačne: ľudia prispôbujú normy trvalým črtám svojho správania, nie správanie normám. Navyše nejaký sudca by mohol triumfálne reagovať, že na pretavenie spravodlivosti do nespravodlivosti nepotrebuje kúzelnícku paličku, pretože si celkom dobre vystačí aj s inštitútom právoplatnosti súdneho rozhodnutia (*res iudicata*).²⁴

V kontexte debaty rozvinutej v tejto kapitole sa obmedzím na jediný bod: ak by aj platilo, že v konflikte medzi právnym pravidlom (norma) a súdnym rozhodnutím (fakt) má dostať prednosť pravidlo, potom by musel existovať minimálne jeden typ právneho pravidla, pri ktorom to tak nie je. Ide o pravidlo uznania.

1.5 Pravidlo uznania

Moderná veda si vytvára o sebe obraz, že jej jedinou úlohou je poznávať fakty. Je dobré, ak veda okrem pravdivého poznania faktov nechce nič iné, v opačnom prípade by ju vyhládka na iný cieľ (zisk, úžitok, moc...) mohla prinútiť fakty prekrúcať, a tým v podstate klamať tých, ktorí jej ešte stále úprimne dôverujú. Ak je ťažké tento ideál nasledovať v prírodných vedách, o to ťažšie je to vo vedách právnych. Nejde len o to, že výstupy právnej doktríny majú oveľa bezprostrednejší vplyv na ľudské konanie, ale aj o to, že právo sa ako systém noriem (to, čo *má byť*) tradične vymedzuje voči faktom ako predmetom pravdivého poznania (to, čo *je*). Môžu byť vôbec normy predmetom vedeckého poznania? A ak áno, ktorá metóda „narábania s nimi“ je ešte stále vedecká a kde už ide o politiku? Prominentní teoretici si pri hľadaní jednotiaceho kritéria právneho systému v zásade vyberajú z dvoch metód: podľa prvej, normatívnej metódy, je potrebné na začiatku postulovať vrcholové pravidlo systému, s ktorým musia byť ostatné pravidlá daného systému v súlade; podľa druhej, explikatívnej metódy, je potrebné

²⁴ K tomu osobitne pozri časť 3.3.2.c).

na začiatku pozorovať fakty, teda ľudské činy a slová, a až následne z nich abstrahovať pravidlá, cez ktoré možno dané činy a slová chápať ako normatívnu prax.²⁵ Prvá metóda ide deduktívne smerom zhora nadol, druhá ide induktívne smerom zdola nahor. V morálnej filozofii prvú metódu uplatnil napríklad Immanuel Kant, keď morálku konštruoval na základe vrcholového pravidla, kategorického imperatívu;²⁶ v kontraste s ním uplatnil druhú metódu Arthur Schopenhauer, ktorý sa pokúsil podstatu morálky vysvetliť z empiricky doloženého faktu, zo súcitu s trpiacim.²⁷ Učebnicovým príkladom využitia prvej metódy v teórii práva je Hans Kelsen, ktorý ako vrcholové pravidlo právneho systému predpokladal „základnú normu“; rovnako názorným príkladom využitia druhej metódy je H. L. A. Hart, ktorý za základ právneho systému označil „pravidlo uznania“.

Pôvod normatívnej metódy, ktorej precízne využitie spravilo z Kelsena všeobecne známeho právneho teoretika, je azda vystopovateľný až k Platónovi: na začiatku je dobré postulovať existenciu sveta ideí (normy) a potom hodnotu všetkých „vecí“, ktoré okolo seba vidíme (fakty), je dobré merať intenzitou toho ako veľmi sa v nich dané idey odrážajú. Čím viac je určitá vec ideálna, čím väčší fakt zodpovedá norme, tým viac je svet, v ktorom žijeme, lepší. Takáto idea je aj na počiatku práva, či už ju niekto chápe ako „*summum bonum*“ alebo ako určitú konkrétnu formuláciu zlatého pravidla morálky, alebo ako suverenitu určitého subjektu, stále ide o využitie jednej a tej istej – normatívnej – metódy. Kelsen tento spôsob uvažovania inovoval, keď sa pokúsil počiatočnú ideu práva čo najviac obsahovo vyprázdniť: formuloval ju tak, aby cez ňu bolo možné vysvetliť pokiaľ možno čo najviac empiricky daných právnych systémov. Jeho „základná norma“ má nasledujúce znenie: „Každý sa má správať podľa príkazov právotvornej autority alebo podľa noriem vytvorených obyčajou.“²⁸ Ak by bol ústavný vývoj určitej krajiny celkom kontinuálny, teda ak by sa každá nová ústava tvorila v súlade s ústavou predošlou, potom by bolo možné základnú normu formulovať aj takto: „Každý sa má správať podľa príkazov historicky prvého ústavodarcu alebo podľa noriem vytvorených obyčajou.“ To, že mal historicky prvý

²⁵ Pozri: WEYR, F. *Základy filosofie právní (Nauka o poznávání právníckém)*. Brno: Nakladatel A. Píša, 1920, s. 41–49.

²⁶ Bližšie pozri: KANT, I. *Základy metafyziky mravov*. Bratislava: Kalligram, 2004, s. 40 a nasl.

²⁷ Bližšie pozri: SCHOPENHAUER, A. *O vůli v přírodě a jiné práce*. Praha: Academia, 2007, s. 505.

²⁸ KELSEN, H. *Pure Theory of Law*. New Jersey: The Lawbook Exchange, 2008, s. 196.

ústavodarca právomoc tvoriť normy, musíme jednoducho predpokladať, pretože niet normy, ktorej dôvod platnosti by nespočíval v nejakej inej, či už staršej alebo hierarchicky nadradenej norme.²⁹

Kelsenova aplikácia normatívnej metódy však nie je konzistentná: ak platí, že každá norma platí z moci inej (dopredu stanovenej) normy, potom tento predpoklad musí platiť aj pre samotnú základnú normu, ktorá je predsa tiež normou; tá by teda po správnosti mala logicky vyplývať z nejakej ešte základnejšej normy a tak ďalej až donekonečna. Ak by naopak platilo, že základná norma predsa len nevyplýva zo žiadnej inej, dopredu stanovenej normy, práve preto, že ide o normu „základnú“, potom by zároveň muselo platiť aj to, že nie každá norma musí vyplývať z inej normy. Toto je však pre Kelsena veľmi nepríjemný dôsledok, pretože sa ho možno odôvodnene pýtať, prečo máme normatívne reťazenie useknúť práve pri základnej norme, a nie pri norme inej, napríklad hneď pri aktuálne platnej ústave, a to obzvlášť, keď v prospech takéhoto riešenia svedčí aj usudzovanie každého praktického právnika, ktorého horizont právneho odôvodňovania bežne končí pri tomto dokumente. Koncept základnej normy je jednoducho *contradictio in adjecto*: ak norma, tak nie základná, ak základná, tak nie norma.³⁰

H. L. A Hart sa vybral opačným smerom, nepoužil metódu zhora nadol, ale zdola nahor, pretože aj právna veda, rovnako ako každá iná veda, musí vychádzať v prvom rade z faktov, a nie z nejakých dopredu postulovaných predpokladov.³¹ Takto sa Hartovi podarilo dať právnenému pozitivizmu jeho súčasnú tvár.³² Ak chápeme úlohu právnej vedy ako opis faktov, potom jednotu právneho systému možno podľa Harta založiť len na úvahe, ktorá robí rozdiel medzi primárnymi a sekundárnymi pravidlami. Primárne pravidlá stanovujú práva a povinnosti bežným občanom, sekundárne pravidlá stanovujú právomoci, uplatnením ktorých sa primárne pravidlá

²⁹ Ibidem, s. 193.

³⁰ Problém prvotnej príčiny v súvislosti so zákonom kauzality je analogický. Pozri: SCHOPENHAUER, A. *Svět jako vůle a představa*, zv. 1. Nová tiskárna Pelhřimov, 1998, s. 377–389. WEYR, F. *Základy filosofie právní: Nauka o poznávání právnickém*. Brno: Nakladatel A. Píša, 1920, s. 17–18.

³¹ Samozrejme, ide o príliš silné tvrdenie: pretože, to, že má právna veda vychádzať z faktov, je opäť iba dopredu postulovaný predpoklad.

³² Z tunajších teoretikov práva zobral tento fakt explicitne na vedomie azda iba Tomáš Sobek. Pozri: SOBEK, T. *Argumenty teorie práva*. Praha: Ústav státu a práva, 2008, s. 266 a nasl. SOBEK, T. *Právní myšlení: kritika moralismu*. Praha: Ústav státu a práva, 2011, s. 390.

tvoria, menia a aplikujú. Právny *system* vzniká v okamihu, v ktorom dôjde k syntéze týchto dvoch typov pravidiel,³³ teda v prípade, ak právo začne vznikať uplatnením právotvornej právomoci. Prejavom syntézy primárnych a sekundárnych pravidiel je existencia pravidla uznania, ktoré stanovuje, kto túto právotvornú právomoc má. Po tento bod sa Hartova teória podobá na Kelsenovu, niekto by mohol dokonca povedať, že Hartove „pravidlo uznania“ nie je nič iné ako Kelsenova „základná norma“.³⁴ Hart sa však voči takémuto prirovnaniu ohradzuje, podľa neho pravidlo uznania nie je metodologicky nutná hypotéza, ale fakt:

„Niektorí autori, ktorí zdôrazňovali základný charakter pravidla uznania prehlasovali, že zatiaľ čo právnou platnosť iných pravidiel systému možno preukázať odkazom na pravidlo uznania, platnosť pravidla uznania nemožno dokázať nijakým spôsobom – toto pravidlo sa podľa nich „predpokladá“, „postuluje“ alebo je „hypotézou“, lenže to môže byť veľmi zavádzajúci obraz... [Naopak] pravidlo uznania existuje iba ako zložitý, hoci za normálnych okolností harmonický celok praxe súdov, verejných činiteľov a súkromných osôb, ktorí identifikujú zákon prostredníctvom odkazu na isté kritériá. Jeho existencia je jednoducho skutočnosťou.“³⁵

Konflikt medzi normatívnou a explikatívnou metódou dokazovania existencie pravidla uznania sa nápadne podobá na konflikt medzi argumentmi, ktoré sú za a proti ontologickému dôkazu božej existencie. Argument v prospech hovorí, že boh existuje práve preto, že existencia je nutnou definičnou súčasťou pojmu boha.³⁶ Argument proti hovorí, že na preukázanie existencie nejakého objektu nestačí, aby sa táto existencia predpokladala ako nutný definičný znak pojmu, pod ktorý možno daný objekt zahrnúť. Existencia totiž nie je poznávaná vlastnosť, esencia, rod alebo druh nejakého pojmu, ale je to jej reálny stav v čase a priestore, v ktorom sa vyskytujú určité objekty.³⁷ Existencia pravidla uznania teda nie je dokázaná tým, že toto pravidlo sa označí za nevyhnutný definičný znak pojmu právneho systému; pravidlo uznania je naopak skutočnosťou; je tvorené „*harmonickým*

³³ HART, H. L. A. *Pojem práva*. Praha: Prostor, 2004, s. 89 a nasl.

³⁴ Tieto pojmy zamieňa napr. Prusák, keď hovorí o „rekogničnej norme“. Pozri: PRUSÁK, J. *Teória práva*. Bratislava: Vydavateľské oddelenie PF UK, 1999, s. 209-10.

³⁵ HART, H. L. A. *Pojem práva*. Praha: Prostor, 2004, s. 114 a 116, (zvýraznenie textu doplnené).

³⁶ Pozri: SPINOZA, B. *Etika*. Praha: dybbuk, 2004, s. 9.

³⁷ SCHOPENHAUER, A. *O vôle v prírodě a jiné práce*. Praha: Academia, 2007, s. 37 a nasl.

celkom praxe súdov, verejných činiteľov a súkromných osôb“; toto pravidlo je dané „všeobecnou praxou identifikácie ostatných pravidiel“.³⁸ Práve táto prax je spôsob, akým sa existencia pravidla uznania „ukazuje“.³⁹ Hart na viacerých miestach naznačuje nepísaný charakter daného pravidla („pravidlo uznania sa väčšinou výslovne neuvádza“; „súdy či iné orgány používajú nevyslovené pravidlá uznania“; „nevyjadrené ale prijímané“; „akceptované ale nevyslovené“...), takže jeho prosté stotožnenie s textom písanej ústavy je bez ďalšieho argumentu dezinterpretáciou jeho diela. Naopak Hartom uvedené konštitutívne prvky pravidla uznania vedú k záveru, že ak má byť toto pravidlo právnym, najskôr pôjde o právnu obyčaj: „... na základné pravidlo uznania možno nahliadať z dvoch hľadísk. Jedno je obsiahnuté vo vonkajšom tvrdení, že pravidlo existuje v súčasnej praxi systému; druhé sa objavuje vo vnútornom tvrdení o platnosti, vytváranom osobami, ktoré toto pravidlo používajú pre identifikáciu zákona“.⁴⁰ A práve toto vnútorné tvrdenie o platnosti vzťahnuté minimálne na úradne činné osoby v príslušnom štáte dáva právu jeho osobitnú črtu. Nasledovanie pravidla uznania verejnými autoritami totiž predpokladá „úvalu o tom, že to, čo daná osoba robí je z jej hľadiska i z hľadiska ostatných správne“;⁴¹ inými slovami: úradná osoba dané pravidlo nedodríava z obavy pred sankciou za jeho porušenie, ale z presvedčenia o jeho právnej záväznosti. Hartom uvedená charakteristika pravidla uznania zodpovedá kontinentálnej teórii vzniku právnej obyčaje: obyčaj je platná, ak sa všeobecne a dlhodobo dodríava (*usus longaevus*)⁴² a ak panuje presvedčenie o tom, že táto obyčaj sa dodríava práve z toho dôvodu, že je právne záväzná (*opinio iuris*).⁴³ Otázka, či pravidlo uznania možno aspoň z časti efektívne enkapsulovať aj do iných právnych prameňov, napríklad do ústavy alebo do rokovacieho poriadku parlamentu, je druhoradá, preto-

³⁸ HART, H. L. A. *Pojem práva*. Praha: Prostor, 2004, s. 107.

³⁹ *Ibidem*, s. 108.

⁴⁰ *Ibidem*, s. 117.

⁴¹ *Ibidem*, s. 121. Hartovu teóriu považujem za variant tzv. „psychologického pozitivizmu“, smeru, „ktorý pozitivnosť práva odvodzuje od určitých mentálnych kategórií, teda stavov ľudskej mysle“. Pozri: SOBEK, T. *Právní myšlení: kritika moralismu*. Praha: Ústav státu a práva, 2011, s. 371 a nasl. Pre Harta je totiž kľúčový okrem iného aj vnútorný pohľad na pravidlo uznania. Otázkou ostáva, či stačí, aby tento pohľad zaujali iba úradné osoby alebo aj osoby, súkromné. K tomu pozri aj časť 3.3.1.

⁴² Čas potrebný na usadenie praktiky identifikácie práva zohľadňuje aj Hart (pozri: *Ibidem*, s. 123).

⁴³ Pozri: SHINER, R. A. *Legal Institutions and the Sources of Law*. Volume 3. Dordrecht: Springer, 2005, s. 180.

že efektívnosť tejto enkapsulácie je v prvom rade závislá na tom, či sa podľa predchádzajúceho praktikovania pravidla uznania tieto iné pramene práva skutočne uznávajú. Ak chceme zistiť, aká je sústava *formálnych* prameňov práva v určitom právnom systéme, nestačí za predmet skúmania označiť iba písanú ústavu, treba naopak skúmať, či prax tvorby, aplikácie a vynucovania práva zodpovedá konštitutívnym prvkom právnej obvyčaj, jedine podľa ktorej môže byť táto prax posúdená ako súladná s právom. Akú úlohu v tom všetkom zohrávajú súdy?

1.6 Ľud a sudcovia

Úloha súdov je významná a aspoň v niektorých prípadoch úplne kľúčová. Súd má právomoc určiť, či to, čoho sa procesná strana dovoľáva, má povahu práva. Táto moc je tým väčšia, čím náročnejšie je zistiť, či boli podmienky pre vznik práva splnené. Z toho vyplýva, že pri aplikácii nepísaného práva má súd väčšiu moc ako pri aplikácii práva písaného. Jednoducho od práva, ktoré sa sudcom nepáči, sú vyžadované prísnejšie podmienky vzniku (napr. dlhšia doba praktikovania) ako od práva, ktoré sa sudcom páči.⁴⁴ Samozrejme, vo väčšine sporov nezhoda o obsahu pravidla uznania nevzniká: každému právnikovi je reflexívne jasné, kde má právo hľadať, resp. o čo má svoje *tvrdenie de lege lata* oprieť. V niektorých iných sporoch to však také jednoduché nie je, čoho typickým prejavom je odborná polemika s rozhodnutiami ústavných či nadnárodných súdov. Je či nie je v súlade s pravidlom uznania slovenského právneho systému norma, podľa ktorej niektoré základné práva a slobody patria aj štátu? Je v súlade s pravidlom uznania norma, podľa ktorej nízka úroveň morálnych kvalít kandidáta na funkciu generálneho prokurátora je dôvodom pre jeho nevymenovanie do tejto funkcie? Možno legálne uzavrieť zmluvu, ktorá zaviazá verejného činiteľa na osobitný výkon jemu zverenej právomoci výmenou za získanie čisto súkromnej výhody? Odpovie nám text ústavy? Nie. Odpovie nám jej konštantne presadzovaný výklad? Áno. Kto môže takýto výklad vytvoriť? Súdy.

Keď sa Hart vyjadruje k otázke, kto všetko uznáva pravidlo uznania, hovorí o praxi „*súdov, verejných činiteľov a súkromných osôb*“; na inom mieste však explicitne konštatuje, že pravidlo uznania je v skutočnosti „*formou*

⁴⁴ Pozri: CHENG, B. Custom: The Future of General State Practice in a Divided World. In MacDONALD, R. – JOHNSTON, D. (eds.) *The Structure and Process of International Law: Essays in Legal Philosophy, Doctrine and Theory*. Hague – Boston – Lancaster: Martinus Nijhoff Publishers, 1983, s. 543 a nasl.

súdneho zvykového pravidla – existujúceho iba vtedy, ak ho súdy akceptujú a praktikujú pri identifikácii a aplikácii práva.⁴⁵ Napokon to vyzerá tak, že súkromné osoby môžu byť z vnútornej účasti na pravidle uznania celkom vylúčené:

„V extrémnom prípade môže byť vnútorné hľadisko so svojim charakteristickým normatívnym používaním právneho jazyka (*Toto je platné pravidlo*) obmedzené len na svet verejných činiteľov. ... Daná spoločnosť bude pripomínať spoločnosť úbohých oviec, ktoré by mohli skončiť dokonca aj na porážke – ale existuje len pramalý dôvod si myslieť, že by takáto prax nemohla existovať alebo že by sme jej mali odopierať označenie ‚právny systém‘.“⁴⁶

Takže existujú aj také právne systémy, v ktorých môže byť občan hnaný na porážku ako ovca. Takéto systémy sa však musia spoliehať buď na to, že ich udržiava neobvykle veľký počet úradných osôb alebo na to, že tieto osoby disponujú neobvykle účinnými donucovacími prostriedkami. Totiž ak sa právo dostáva do konfliktu s pudom sebazáchovy, nemôže počítat so slepou poslušnosťou dokonca ani u tých, ktorí sú prirodzene bojzliví. Ani zástancovia absolutistickej štátnej moci, pokiaľ majú zmysel pre realitu, nejdú tak ďaleko. Napríklad podľa Thomasa Hobbesa suverén môže oprávnené vydať príkaz, ktorým príslušným orgánom uloží povinnosť vykonať trest smrti na určitom poddanom, avšak nemôže vydať príkaz, ktorým by takému poddanému uložil povinnosť nebrániť sa.⁴⁷ Pozitivistu môže tvrdiť, že jednotiacie kritérium právneho systému musí byť uznávané najmä úradnými osobami, avšak nesmie zabúdať na to, že tieto osoby si dokážu podržať svoj úrad spravidla len preto, že sú samé predmetom uznania; uznania zo strany osôb súkromných. Preto v celkom zlomových prípadoch je dôležité nielen to, či bude zákon vydaný parlamentom uznaný zo strany ústavného súdu, ale aj to, či bude rozhodnutie ústavného súdu uznané zo strany občanov. A preto je celkom bežným javom, že dokonca aj režimy, ktoré ženú časť svojich občanov na porážku, ašpirujú na uznanie zo strany tých občanov, ktorých na porážku neženú. Jednotiacie kritérium právneho systému je spravidla uznávané nielen súdmi, ale aj ľuďom, prinajmenšom určitou časťou ľudu. Bolo by však omylom si myslieť, že ľud môže vyjadriť svoje uznanie právneho systému iba účasťou v nejakej oficiálne stanovenej pro-

⁴⁵ Hart, H. L. A. *Pojem práva*. Praha: Prostor, 2004, s. 249.

⁴⁶ *Ibidem*, s. 122.

⁴⁷ HOBBS, T. *Leviathan aneb látka, forma a moc státu církevního a politického*. Praha: Oikoymenth, 2009, s. 98–99, 151, 209.

cedúre, napríklad vo voľbách. Morálnych, politických či ekonomických dôvodov prečo ľudia vnútorne schvaľujú právny systém, v ktorom žijú a prečo dôverujú aktuálnym držiteľom verejnej moci, je veľa. Môže to byť napríklad presvedčenie, že štát sa stará o blaho (aspoň niektorých) občanov; že štát má posvätný pôvod; že je potrebný ako prostriedok proti vnútornému či vonkajšiemu nepriateľovi; že bez neho by bolo ešte horšie ako s ním a pod. Nielen parlament, ale aj súd zohráva pri posilňovaní či oslabovaní tohto presvedčenia významnú úlohu a v prípade, že sa toto presvedčenie celkom stratí, ponese zodpovednosť tak jeden, ako aj druhý.⁴⁸

Podstatou pravidla uznania ostáva, že má formu ustálenej praxe spojenej s presvedčením, že táto prax je správna.⁴⁹ Ide o prax, ktorá je prameňom všetkých prameňov práva. Ide o obyčaj praktikovanú súdmi a občanmi a vzťahujúcu sa na to ako nakladať s textami, ktorých autorstvo sa všeobecne pripisuje „parlamentu“ alebo inému právotvornému orgánu. Spojenie medzi oficialitou práva a Zbierkou zákonov je dané len aposteriórne. Záväznosť akéhokoľvek *právneho* dokumentu je vždy iba záväznosťou *de facto*: „*Pokiaľ zákonom, ktoré sú platné podľa systémových testov platnosti, preukazuje poslušnosť veľká časť obyvateľstva, je to nepochybne jediný dôkaz, ktorý potrebujeme ku konštatovaniu, že daný právny systém existuje*“.⁵⁰

Ak súd „zákon“ nerešpektuje a ak aj napriek tomu občan stále rešpektuje súd, potom „parlament“ žiadne právo nevytvoril a jeho „zákon“ nie sú žiadnym prameňom práva. Ibaže by niekto celú vec kvalifikoval tak, že súd „zákon“ rešpektuje, ale iba v jednom z jeho možných výkladov. V takomto

⁴⁸ K „zodpovednosti“ za výkon verejnej funkcie pozri aj kapitolu 4.4.2.

⁴⁹ Radoslav Procházka vo svojom skoršom diele (PROCHÁZKA, R. *Dobrá vôľa, spravodlivý rozum*. Bratislava: Kalligram, 2005) išiel ďalej, keď konštitutívne prvky pravidla uznania redukoval len na ustálenosť praxe, čím ho vlastne charakterizoval ako čiru spoločenskú konvenciu. Podľa Procházku je „správnosť“ právneho argumentu či metódy výkladu práva daná „sedimentovanou vrstvou praxe interpretačného spoločenstva“ (s. 179). Podľa neho teda „dlhodobý a pravidelný výskyt konkrétneho výkladového postupu za diskurzívnym prahom (na dovolenej strane) z neho činí súčasť kánonu“ (s. 183). Ťažko však povedať, čo je dovolené a čo nie ešte predtým, než sa vôbec nejaký kánon vytvorí. Preto sa možno domnievať, že presvedčenie o správnosti konania je v tejto koncepcii tvorené výlučne len samou praxou konania.

K debate medzi Hartom a Dworkinom o tom, či je správnosť pravidla uznania odvodená výlučne len zo spoločenskej praxe alebo aj z vnútorného presvedčenia pozri: PATTARO, E. *The Law and the Right – A Reappraisal of the Reality that Ought to Be*. Dordrecht: Springer, 2005, s. 174 a nasl.

⁵⁰ HART, H. L. A. *Pojem práva*. Praha: Prostor, 2004, s. 120.

prípade by sme mohli tvrdiť, že k aplikácii „zákona“ predsa len došlo a že „parlament“ nejaké to právo napokon skutočne vytvoril. Tak či onak, ak je zákon prameňom práva, potom vždy len s tou výhradou, že sudca môže tento prameň zahradiť alebo prehradiť. Vždy môže tvrdiť, že to, na čo sa odvoláva procesná strana, nespĺnilo podmienky potrebné pre vznik práva a ak sa pre to rozhodne, vždy to urobí tak, aby mu zostalo čo najviac spoločenského rešpektu.

Ak existuje krajina, v ktorej je právo síce formálne perfektne vytvorené, avšak ktoré je stále len „vôľou tých, ktorým je to jedno“,⁵¹ potom v nej najväčšiu moc požívajú práve súdy. Totiž čím viac je spoločnosť voči štátnej moci apatická, čím viac sa rozširuje presvedčenie, že „zlá“ povaha štátnej moci je neodstrániteľná, tým menej potrebuje parlament ospravedlniť prijatie svojho zákona a ešte tým menej potrebuje súd ospravedlniť odchýlenie sa od neho. V takomto prostredí pravidlo uznania existuje ako prax, ktorá je výlučne v rukách sudcov. Alebo v rukách tých, ktorí majú v rukách sudcov.⁵²

1.7 Kreativita v tvorbe a aplikácii práva

Zrejme ne jeden čitateľ sa ohradí, že v predošlom texte som zmiešal tvorbu a aplikáciu práva dohromady. To, že je výraz prameň práva definične spojený so vznikom všeobecne záväzných právnych pravidiel a že vznik týchto pravidiel je podmienený činnosťou právo-aplikačných orgánov, predsa ešte nijako neznamená že súdy „*tvoria*“ právo: aplikácia práva, aj keď je prejavom praxe konštituujúcej pravidlo uznania, nie je to isté ako tvorba práva. Keď bežne hovoríme, že súdy právo tvoria, máme tým na mysli, že ho neaplikujú a keď ho aplikujú, tak ho netvoria. Sám Joseph Raz je toho názoru, že „*tvrdenie, podľa ktorého právo získava systémovú povahu až vtedy, ak na jeho základe konajú právo-aplikačné orgány, automaticky neznamená, že tieto orgány tvoria právo. Väčšinou tieto orgány robia len to, že uznávajú a vynucujú právo vytvorené už predtým...*“⁵³ Napokon myšlienka,

⁵¹ Tému „Právo je vôľou tých, ktorým je to jedno.“ sme formulovali spoločne s Luciou Berdisovou na jednej z Jesenných škôl práva konaných v Modre – Harmónii.

⁵² Otázkou vplyvu národného naturelu na udržanie demokratickej formy vlády rozoberám v kapitole 4.4.3.

⁵³ RAZ, J. The Identity of Legal Systems. In *California Law Review: A Tribute to Hans Kelsen*, vol. 59, no. 3, 1971, s. 804.

že súdne rozhodnutie ako prameň práva musí mať aj kreatívnu zložku, je v našom prostredí celkom rozšírená.⁵⁴

Vyššie som spomenul, že predstava človeka tvoriaceho právo je oveľa mladšia ako predstava človeka, ktorý právo iba hľadá. Tvorba práva je prejavom sebedomia, hľadanie práva je prejavom pokory. Na jednej strane máme vládcu, ktorý smie suverénne vydávať *zákony*, trebárs aj také, ktoré sú proti rozumu; na druhej strane máme služobníka, ktorý oddane nasleduje rozumom poznateľné, a teda dopredu dané *právo*. Na jednej strane vystrája panovačná vôľa, na druhej strane poslúcha verne slúžiaci rozum.⁵⁵ Vytvorené právo je také, ktoré je platné z dôvodu, že ho *niekto* ako právo *chcel*. Nájdené právo je také, ktoré je platné z dôvodu, že ho *niekto* ako právo *spoznal*.

Problém tejto dichotómie spočíva v tom, že sa absolutizuje (tj. že sa jej členy chápu vo vzťahu vylučujúcej sa disjunkcie) a následne sa v tejto forme používa ako základné kritérium rozdielu medzi činnosťou zákonodarcu a činnosťou súdu: iba zákonodarca má tak obrovskú autoritu, že za dostatočný dôvod pre vznik práva možno považovať jeho vôľu; naopak všetka autorita súdu spočíva len v jeho schopnosti rozumne vyvodzovať závery z práva dopredu daného, teda práva chceného zákonodarcom. Takáto schéma je však nevierohodná tak z historického, ako aj psychologického hľadiska.

Pôvodne sa všeobecne verilo, že všetko právo bolo dané dopredu⁵⁶ a že aj úloha veľkých zákonodarcov spočíva len v tom, že pretavia dopredu platné právo (dané tradíciou, prírodou, bohom či rozumom) do inej právnej formy.⁵⁷ Táto iná forma a autorita zákonodarcu, ktorý za ňou stál, sa však

⁵⁴ Pozri napr. SVÁK, J. *Súdna moc a moc sudcov na Slovensku*. Bratislava: Eurokódex, 2011, s. 104 a nasl.

⁵⁵ Z klasikov, ktorí sa tejto dichotómii venovali pozri napr. SCHOPENHAUER, A. *Svět jako vůle a představa*, zv. 2. Nová tiskárna Pelhřimov, 1998, s. 145 a nasl. Z jeho myšlienok uvádzam len jednu: „V skutočnosti je pre pomer medzi vôľou a intelektom najvýstižnejšie prirovnanie silný slepec, ktorý nesie na ramenách vidiaceho chromého (Ibidem, s. 151).“

⁵⁶ „Z počiatku sa právo chápalo skôr ako *ius* (princípy spravodlivosti), a nie ako *lex* (vôľa štátu). Funkcia štátu v jeho zárodkoch sa obmedzovala len na presadzovanie práva, nie na jeho tvorbu.“ Fitzgerald In SHINER, R. A. *Legal Institutions and the Sources of Law*. Dordrecht: Springer, 2005, s. 8. „Súdnicstvo existovalo od nepamäti a štát sa musel vyrovnat s tým, že rozsudky boli vynášané dávno pred jeho vznikom.“ HATTENHAUER, H. *Evropské dějiny práva*. Praha: C. H. Beck, s. 298.

⁵⁷ Pozri napr. HAYEK, F. A. *Právo, zákonodárství a svoboda*. Praha: Academia, 1998, s. 77–79. SCHELLE, K. a kol. *Právní dějiny*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2007, s. 113.

nechápala ako dostatočný dôvod platnosti práva: právo stále platilo preto, lebo bolo nájdené, lebo bolo rozumné či spravodlivé, nie preto, že ho nejaký človek ako právo chcel. Zlomový bod v genéze konceptu tvorby práva na kontinente priniesol až pápež Innocent III. Ten v roku 1198 vydal dekrét *Quanto personam*, v ktorom pápežský úrad vyhlásil za božiu autoritu. Dôsledok tohto vyhlásenia spočíval v tom, že veci dovtedy upravené prirodzeným právom mohol zrazu meniť nielen boh, ale aj človek.⁵⁸ Toho sa chytil kanonický právnik Laurentius Hispanus, ktorý prehlásil, že panovník môže zmenou hociktorého kánonu alebo zákona pretaviť spravodlivosť do nespravodlivosti: „*Skorší právnici nikdy presne nerozlišovali medzi obsahom a prameňom práva. Laurentius bol však prvý v európskej právnej vede, kto tvrdil, že medzi týmito dvoma prvkami nie je žiadne nevyhnutné spojenie*“.⁵⁹ Spravodlivý rozum, ktorý by nám vedel ukázať nutný obsah práva, už viac nemôže slúžiť ako jediné kritérium jeho platnosti, pretože právo začalo byť ľudským dielom; začalo byť tvorené človekom; začalo byť tvorené tým, že ho človek chcel; a bolo jedno, či ho chcel rozumne alebo nerozumne. Keďže ho však chcel *ako právo*, musel mu dať oficiálnu formu, opierajúcu sa výlučne len o jeho autoritu.

To, že chápeme právo ako „vytvorené“ nevyhnutne neznamená, že ide o výsledok kreatívnej invencie. Na to, aby človek vytvoril právo, nemusí byť ani nadaný, ani originálny; stačí mu kvalifikovaným spôsobom prejavíť svoju vôľu, napríklad tak, že zdvihne ruku za predkladaný návrh. Predmetom takto prejavenej vôle nemusí byť obsah práva, ale len jeho forma. Poslancom v parlamente stačí vedieť, že hlasujú o návrhu zákona, no nemusia vedieť o čom tento návrh skutočne je. Hans Kelsen to vystihol takto:

„*Hlasovať za návrh zákona vôbec ešte neznamená aj skutočne priať si jeho obsah. V psychologickom zmysle si človek môže priať iba to, o čom má aspoň nejakú predstavu. Človek si jednoducho nemôže priať nič, o čom nemá žiadny poznatok. Je pritom fakt, že povážlivé množstvo tých, ktorí hlasujú za návrh zákona, často, ba možno dokonca aj vždy, má len veľmi povrchnú vedomosť o jeho obsahu. Všetko, čo od nich požaduje ústava, spočíva len v tom, že ak chcú hlasovať za návrh zákona, tak majú zdvihnúť ruky alebo povedať*

⁵⁸ PENNINGTON, K. Politics in Western Jurisprudence. In PADOVANI, A. – STEIN, P. (eds.) *The Jurists' Philosophy of Law from Rome to the Seventeenth Century*. Dordrecht: Springer, 2007, s. 165–156.

⁵⁹ Ibidem.

„áno“. Toto však dokážu urobiť aj bez toho, aby poznali obsah návrhu a aby ho učinili predmetom svojej vôle.“⁶⁰

Člen zákonodarného zboru robí právo tak, že hlasuje za to, aby pred ním predložený text dostal oficiálnu formu zákona. Jeho kreativita spočíva už len v tom, že si vyberá medzi hlasovaním za alebo proti. Čím presne sa má táto kreativita odlišovať od kreativity sudcov, ktorí vydávajú súdne rozhodnutia?

O sudcoch sa hovorí, že sú viazaní zákonom a že preto ani nie sú oprávnení vyberať si medzi rôznymi alternatívami správania: ich jedinou alternatívou, narozdiel od členov parlamentu, je nasledovať zákon. Teda zatiaľ čo parlament je kreatívny v tom, že smie hlasovať za alebo proti návrhu zákona, sudca nie je kreatívny, pretože smie rozhodnúť vždy iba v súlade so zákonom. Už v predhovore som povedal, že táto veta je skôr vyjadrením ideálu o dokonalom zákone ako ideálu o dokonalom sudcovi. Myšlienka, že zákon dáva jasnú odpoveď na každú praktickú otázku jednoducho nemôže mať ambíciu popisovať každodennú spoločenskú realitu.⁶¹ V dôsledku neurčitosti jazyka právnych textov možno jednu a tú istú zákonnú povinnosť splniť v rôznych alternatívach správania, pričom sudca má priestor na to, aby si vybral, na základe ktorej z nich vydá svoje rozhodnutie.⁶² Rozhodo-

⁶⁰ KELSEN, H. *General Theory of Law and State*. New Brunswick – New Jersey: Transaction Publishers, 2006, s. 34.

⁶¹ V kontexte interpretácie práva chápal Kelsen právnu normu len ako základný rámec, z ktorej môže sudca vyvodiť viacero záverov. Pozri: KELSEN, H. *Pure Theory of Law*. New Jersey: The Lawbook Exchange, 2008, s. 348 a nasl. K tomu pozri aj Hartov koncept „otvorenej textúry práva“. HART, H. L. A. *Pojem práva*. Praha: Prostor, 2004, s. 129 a nasl. Kreativita aplikácie práva vyplývajúca z jeho neurčitosti je daná tým, že v niektorých prípadoch sa môžu výsledky aplikácie práva stať predmetom „rozumnej nezhody“. O „rozumnej nezhode“ v kontexte metaetiky pozri: SOBEK, T. *Právní myšlení: kritika moralismu*. Praha: Ústav státu a práva, 2011, s. 82 a nasl. Spoločným záverom všetkých týchto postrehov je, že viazanosť zákonom, nasledovanie zákonom stanovenej alternatívy správania, môže mať veľa podôb a že sudcovi sa spravidla ponecháva priestor na to, aby si z nich jednu vybral a na základe nej rozhodol.

⁶² Túto koncepciu nazval Alexy „tézou rovnocennosti“. Základný stavebný kameň tejto tézy podľa neho odpadne už len tým, ak pripustíme, že v priestore otvorenosti pozitívneho práva dokážeme rozlíšiť dobré argumenty od zlých argumentov. Pozri: ALEXY, R. Interpretace práva a právní jistota. In GERLOCH, A. – TRYZNA, J. – WINTR, J. (eds.) *Metodologie interpretace práva a právní jistota*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2012, s. 134. Je síce pravda, že v praxi častokrát dokážeme rozlíšiť dobrý právny argument od zlého, avšak to neznamená, že v každom jednom zložitom prípade dokážeme jeho možné riešenia škálovať od najlepšieho po najhoršie. Rovnako treba zobrať

vanie ťažkého prípadu na základe neurčitého právneho textu je typickou situáciou, v ktorej sa stretáva „nachádzanie“ a „tvorba“ práva v jednom akte: sudca *našiel* niekoľko možných alternatív správania, ktoré spadajú pod text zákona a následne *si vybral* jednu z nich ako základ svojho rozhodnutia. Prítomnosť tohto vôľového prvku, ktorý je druhovo identický s vôľovým prvkom prítomným pri hlasovaní za alebo proti návrhu zákona, je dostatočným dôkazom kreativity sudcovského rozhodovania. Hoci sudca pri odôvodňovaní rozhodnutia v zložitom prípade vždy môže odkázať na to, že „to tak chcel zákon“, predsa len strana, ktorá súdny spor prehrala, si bude navždy myslieť, že prehrala, pretože „to tak chcel sudca“.

Sudcova kreativita však vyplýva nielen z neurčitosti zákona, ale aj z jeho osobnej morálnej integrity. Po kauze Melčák⁶³ sa v Česku a na Slovensku veľa hovorí o tom, že sudcovia by mali byť pri uplatňovaní svojej moci zdržanliví. Obzvlášť pri abstraktnej kontrole ústavnosti je žiaduce, aby sudcovia odolali hlasu svojho morálneho svedomia a aby vo svojej praxi presadzovali len takú morálku, ktorá obstála v ostatných demokratických voľbách.⁶⁴ Je tu teda jasná obava z toho, že sudcovia môžu byť pri „aplikácii“ práva „kreatívni“ v tom zmysle, že budú vážiť jednotlivé výkladové alternatívy podľa svojho morálneho presvedčenia, prípadne že toto morálne presvedčenie budú presadzovať dokonca aj proti jasnému textu zákona. O to viac treba byť na pozore, ak by chcel sudca pri uplatňovaní svojej právomoci presadzovať akýkoľvek iný druh svojich „súkromných záujmov“.⁶⁵

Dôkazom kreatívnej povahy aplikácie práva by malo byť už len to, že sudcovia majú *faktickú možnosť* toto právo porušiť. Otázka, či sa v budúcnosti vyskytne správanie, ktoré je pre určitú skutkovú situáciu stanovené zákonom ako povinné, sa nedá zodpovedať bez prihliadnutia na rozhodnutie konkrétneho človeka, ktorému bola táto povinnosť uložená. Preto roz-

v úvahu, že aj keby existoval obtiažny prípad, v ktorom vieme na základe dobrých argumentov identifikovať jedinú správnu (resp. najsprávnejšiu) odpoveď, ešte stále to neznamená, že sudca si vyberie práve ju.

⁶³ Nález ÚS ČR so sp. zn. Pl. ÚS 27/09 zo dňa 10. 9. 2009. Zdroj: <http://nalus.usoud.cz/>.

⁶⁴ Apel na zdržanlivosť sudcov: PROCHÁZKA, R. *Lud a sudcovia v konštitučnej demokracii*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2011, s. 72. Večeřa, M. *Soudcovské dotváření práva*. In GERLOCH, A. – TRYZNA, J. – WINTR, J. (eds.) *Metodologie interpretace práva a právní jistota*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2012, s. 232–224. PINZ, J. K otázke legality právneho výkladu v moderním právnom stáťe. In GERLOCH, A. – TRYZNA, J. – WINTR, J. (eds.) *Metodologie interpretace práva a právní jistota*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2012, s. 321–336.

⁶⁵ Preskriptívne úvahy na túto tému ponúkam v kapitole 4.

hodnotie sudcu o tom, že sa bude pri uplatňovaní svojej právomoci riadiť zákonom, nemožno automaticky vyvodiť z predpokladu, že tento zákon je súčasťou platného práva. Nutnou podmienkou aplikácie práva tak nie je len to, že toto právo je dopredu stanovené a poznateľné, ale aj to, že sa toto právo vôbec uznáva za hodné aplikácie v konkrétnom prípade. Na aplikáciu zákona sudca musí nielen niečo vedieť, on musí aj niečo chcieť.⁶⁶ Prítomnosť tohto vôľového prvku, teda prítomnosť výberu medzi dodržaním a porušením zákona, je dôkazom kreativity každej aplikácie práva.

Ak sa niekto zdráha považovať dodržiavanie zákona za prejav sudcovej „kreativity“, nech zváži ešte nasledujúce: Za normálnych okolností sa porušenie viazanosti zákonom vníma negatívne, pretože je to *prima facie* dôkaz svojvôle súdu. Napriek tomu však väčšina štátov sveta⁶⁷ uznáva zásadu, podľa ktorej v určitých situáciách je správne zákon nedodržať. Ide o situácie, v ktorých je zjavné, že zákon ide proti právu, čo podľa súčasného medzinárodného práva nastáva vtedy, ak zákon prikazuje spáchať zločiny proti ľudskosti.⁶⁸ V tomto extrémnom prípade teda nejde o faktickú možnosť nedodržať zákon, ale o povinnosť nedodržať ho: na jednej strane mi zákon prikazuje podpísať trest smrti pre toho, kto je vinný z príslušnosti k určitej spoločenskej skupine, na druhej strane mi to isté Rímsky štatút zakazuje a na oboch stranách mi za nesplnenie uvedených povinností hrozí sankcia. Toto je typický prípad, kedy sudca svojím rozhodnutím nedáva do stávky svoju poveseť ako odborníka, ale svoju poveseť ako človeka. Preto je len málo pravdepodobné, že by existoval sudca, ktorý by takýto konflikt riešil „*lege artis*“, teda výlučne len podľa ustálených pravidiel recepcie medzinárodného práva do práva vnútroštátneho. V takomto hraničnom prípade sudca rozhoduje nie podľa toho, čo *vie*, ale podľa toho, čo *chce*. Nech už pri vydaní svojho rozhodnutia nasleduje tú alebo onú povinnosť, nasledovať ju bude nie preto, že ju spoznal ako právo, ale preto, že ju ako právo chcel. Bez tohto predpokladu, bez kreativity v aplikácii práva, by bolo trestanie sudcov za dodržiavanie „zjavne protiprávneho“ zákona len ďalšou veľkou tragédiou, tak ako všade, kde sa vyvodzuje zodpovednosť bez ohľadu na to, či jej predchádzala sloboda.

⁶⁶ Porovnaj: KELSEN, H. *Všeobecná teorie norem*. Brno: Masarykova univerzita, 2000, s. 60, 215, 231 a 245.

⁶⁷ Ide o stodvadsaťdva štátov (ku koncu roka 2013). Pozri: <http://www.icc-cpi.int/>.

⁶⁸ Pozri Čl. 33 ods. 2 Rímskeho štatútu.

Samozrejme, dalo by sa mi vyčítať, že z druhových špecifik jedného extrémneho prípadu usudzujem na spoločnú rodovú vlastnosť všetkých prípadov dohromady. Extrémny prípad – zákonom prikázané páchanie zločinov proti ľudskosti – som však použil len preto, že konflikt medzi zákonom a právom je v ňom tak *zjavný*, že ho vidí až stodvadsaťdva štátov sveta. Ak je však existencia konfliktu medzi zákonom a právom nezávislá od uznania zo strany štátov, potom takéto konflikty môžu vznikáť oveľa častejšie. V myslí nejakého sudcu to môže byť napríklad zákon povoľujúci potraty na žiadosť matky alebo zákon trestajúci konanie, ktoré nikomu neškodí alebo príliš vysoká pokuta vyrubená na príliš chudobnom občanovi. Napokon pevnosť sudcovej morálnej integrity sa testuje nielen v konflikte medzi zákonom a právom, ale – a to predovšetkým – v konflikte medzi zákonom a korupciou, mocou, chamtivosťou... Niet dôvod si myslieť, že morálna integrita sudcu stojí vždy iba proti zákonu. Je to presne naopak: za normálnych spoločenských pomerov, avšak stále vo svete plnom hrozieb a pokušení, je sudcovo nasledovanie zákona v konkrétnom prípade tak výsledkom jeho morálnej integrity, ako aj výsledkom jeho deduktívnych schopností. Aplikácia práva je totiž skutočným konaním sudcu, a nie iba nejakou logickou operáciou, na ktorej výsledky by sa „vo vážnosti a tlaku života neobracal žiadny človek a ktorej účinok by preto voči búrke vášní pôsobil asi tak intenzívne ako výron klystíru pri vzplanutí ohňa“.⁶⁹ Aplikácia práva jednoducho stojí a padá aj na sudcovej vôli. A preto je *vždy* aj kreatívna.

1.8 Autómia jednotlivých prameňov práva

Aj keby sme pripustili, že aplikácia práva je jedinou viditeľnou manifestáciou pravidla uznania a že navzdory tradičnému presvedčeniu je v nej prítomný kreatívny prvok, ešte stále to nemusí znamenať, že súdne rozhodnutia, prostredníctvom ktorých sa táto aplikácia odohráva, tvoria špecifický druh prameňa práva. Totiž stále sa dá tvrdiť, že súdne rozhodnutia, osobitne v krajinách kontinentálneho právneho systému, sú „neautónomne“; že ich existencia je bytostne spojená so zákonmi, z ktorých plynú ich jediné opodstatnenie a že pokiaľ so zákonmi takto spojené nie sú, potom ani nemôžu zakladať žiadne konkrétne práva a povinnosti. Ak by platilo toto tvrdenie, potom by sme obratom mohli tvrdiť, že všeobecná záväznosť práva,

⁶⁹ Alúzia na Schopenhauerov výrok o sile kategorického imperatívu. Pozri: SCHOPENHAUER, A. *O vôli v prírode a jiné práce*. Praha: Academia, 2007, s. 451.

ktorá je konštituovaná ustálenou činnosťou právo-aplikačných orgánov, sa v konečnom dôsledku nevzťahuje na jednotlivé akty aplikácie práva (najmä súdne rozhodnutia), ale na zákony, ktoré sú skrz tieto akty aplikované. Tento záver je v súlade s tradičnou predstavou, podľa ktorej rozhodnutia kontinentálnych súdov sú v zásade záväzné iba *inter partes*, nie *erga omnes*.

Poľskí autori Lech Morawski a Marek Zirk-Sadowski uvádzajú štyri argumenty, prečo sú súdne rozhodnutia iba neautónomným prameňom práva. Hoci sa ich postrehy týkajú poľského právneho systému, z dôvodov kultúrnej príbuznosti ich možno vzťahnúť na celý európsky kontinent:

- a) Precedenty tvoria len dodatočné (subsidiárne) dôvody pre budúce súdne rozhodnutia, teda nemôžu pôsobiť ako ich jediné a samostatné dôvody.
- b) Hlavnou úlohou precedentov je zjednotiť aplikáciu a interpretáciu už existujúceho práva, ich úlohou nie je toto právo korigovať alebo nebudaj vytvárať právo nové.
- c) Precedent stráca svoju platnosť ak zákon, v rámci ktorého bol precedent vydaný, bol zrušený.
- d) Dokonca aj v prípade, keď sa súdom podarí vytvoriť nové právne pravidlá, svoje rozhodnutia sa snažia prezentovať ako nasledovanie už existujúceho práva alebo ako jeho interpretáciu.⁷⁰

Skúsím tieto argumenty rozobrať rad za radom:

Ad a) Je otázne, čo presne tvorí referenčný rámec určujúci, ktorý z prameňov práva môže slúžiť ako samostatný základ odôvodnenia súdneho rozhodnutia. Ak je touto rovinou normatívna metóda, ktorej smer usudzovania ide zhora nadol (viď. vyššie), potom žiadny z prameňov práva nie je samostatný, pretože každý z nich je odvodený z nejakého iného – staršieho, vyššieho alebo základnejšieho – prameňa. Každé nariadenie vlády je prepojené so zákonom, ktorý je týmto nariadením vykonávaný; každý zákon je prepojený s ústavou, ktorá určuje podmienky jeho platnosti; každá aktuálne platná ústava je prepojená s ústavou staršou, prípadne s ideológiou revolucionárov, ktorým sa podarilo túto staršiu ústavu povaliť. Ak by sme si osvojili Kelsenov predpoklad základnej normy, potom autonómny prameňom práva by bola iba táto norma. No v takom prípade si len ťaž-

⁷⁰ MORAWSKI, L. – ZIRK-SADOWSKI, M. Precedent in Poland. In MacCORMICK, D. N. – SUMMERS, R. S. *Interpreting Precedents: A Comparative Study*. Aldershot: Ashgate/Dartmouth, 1997, s. 234.

ko možno predstaviť rozhodnutie, ktorého jediným a samostatným dôvodom vydania by bola základná norma, pretože tá je príliš všeobecná na to, aby z nej (a iba z nej) mohli vyplývať nejaké konkrétne práva a povinnosti. Schodnejším referenčným rámcom pre určenie autonómie prameňov práva je preto explikatívna metóda postupujúca smerom zdola nahor. V tejto perspektíve je určitý prameň autonómny iba vtedy, ak s ním sudcovia ako s autonómnyim zaobchádzajú. Ideálnym príkladom takejto autonómie je zákon, pretože sudcovia odkaz na zákonné ustanovenia častokrát považujú za jediný a samostatný základ svojich rozhodnutí.⁷¹ Tu sa však opäť otvára problém sudcovskej kreativity, ktorý som rozoberal vyššie. Kvôli jednoduchosti ilustrácie sa obmedzím iba na kreativitu vyplývajúcu z neurčitosti textu zákona: Ako môže byť zákon jediným a samostatným základom pre vydanie rozhodnutia v konkrétnej veci, ak je možné z jeho textu dobromyselne vyvodiť viacero interpretačných alternatív? Jediná mysliteľná podmienka, za splnenia ktorej by neurčitý zákon dokázal takto pôsobiť, je tá, že by si sudca z viacerých jeho výkladov vyberal len na základe náhody. Tému o autonómii zákona možno teda udržať iba za predpokladu, ak sa sudca prikláňa k jednému či druhému jeho výkladu len podľa výsledku vrhu mincou alebo kockou. Sudcovská prax však tento predpoklad nepotvrdzuje. Každý súd aspiruje na to, aby bol jeho výber medzi viacerými výkladmi toho istého textu odôvodnený. Niektorým sa to darí menej, niektorým viac, avšak žiadny z nich nedokáže byť stabilnou súčasťou právneho systému bez toho, aby túto aspiráciu vôbec mal. Aby sa súd v aplikácii práva vôbec niekam dostal, častokrát potrebuje odkazovať aj na iné dôvody ako na zákon. Spomedzi týchto iných dôvodov je precedent (tj. fakt, že sudca si už predtým v podobnej situácii určitý výklad zákona vybral) dôvodom, ktorý: a) má najširšiu vecnú a osobnú pôsobnosť uplatnenia a b) vo veľkej väčšine prípadov požíva stabilný rešpekt tak zo strany ostatných úradov, ako aj zo strany celej spoločnosti. Teda ak je zákon neurčitý, potom je častokrát jeho aplikácia možná iba za cenu vytvorenia a nasledovania precedentu. No a ak možno prísť k zákonu len cez tie dvere, ktoré otvára sudca, potom takýto zákon jednoducho nemôže byť autonómny.

⁷¹ 100% slovenských sudcov si myslí, že zásada „*iura novit curia*“ sa vzťahuje na zákony, avšak iba 95% sudcov si myslí, že sa táto zásada vzťahuje aj na ústavu. Teda zrejme existujú aj takí sudcovia, ktorí nepovažujú otázku odvoditeľnosti zákona z ústavy za podstatnú. Pozri: Prusák a kol. Sociologicko-právny výskum prameňov práva a justifikácia súdnych rozhodnutí. In *Acta Universitatis Tyrnaviensis, Iuridica*. Bratislava: Iura Edition, 2007, s. 55.

Samozrejme, z dôkazu, že niektoré zákony nie sú autonómne nevyplývajú, že niektoré súdne rozhodnutia autonómne sú. Práve naopak: precedenty vzišlé z neurčitosti zákonných ustanovení sú typickým príkladom neautonómneho prameňa. Ak si aplikácia neurčitého zákona niekedy nevystačí bez precedentu, o to viac precedent nemôže existovať bez neurčitého zákona. Dôkaz autonómnej povahy kontinentálnych precedentov vyžaduje, aby sme preukázali, že existujú kontinentálne súdy, ktoré svoje rozhodnutia neopierajú o písané právo. To je však mimoriadne náročné, pretože ak to aj súdy robia, majú reflexívnu tendenciu to skrývať. No existuje aj zopár výnimočných prípadov, kedy sa súd otvorene priznal k tomu, že aplikoval iné ako písané právo: v našich podmienkach sú známe najmä formulácie „nadzákonné právo“ alebo „materiálne jadro“ alebo „normatívne ohnisko“. Ide o výrazy, ktoré k nám prišli z Nemecka a Českej republiky, kde sa ústavné súdy vyjadrili, že v prípade nutnosti hodľajú svoje rozhodnutia oprieť aj o také pramene, ktoré sú nad písaným právom.⁷² Slovenský ústavný súd ostáva niekde na polceste: veľakrát spomenie „materiálny právny štát“, ale stále s dodatkom, že ide o súbor princípov „vyplývajúcich“ z čl. 1 ods. 1 Ústavy SR.⁷³ Čitateľ by si mohol pomyslieť, že ani v prípade precedentov odôvodnených nadpozitívnym právom nejde o autonómny prameň práva, pretože tieto precedenty predsa „vyvierajú“ z iného prameňa: z jadra, z ohniska. Každopádne spôsob tohto vyvierania sa kvalitatívne nelíši od spôsobu, akým rozhodnutia anglických súdov „vyplývajú“ z *common law*. Niet súdu, ktorý by úprimne veril a verejne sa priznával, že tvorí právo z ni-

⁷² K tomu pozri najmä: HOLLÄNDER, P. *Základy všeobecnej štátovedy*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2009, s. 282 a nasl. HOLLÄNDER, P. *Filosofie práva*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2006, s. 41 a nasl. Holländer okrem iného dáva čitateľovi do pozornosti čl. 20 ods. 3 Základného zákona SRN, podľa ktorého sudca je pri nachádzaní práva viazaný „zákonom a právom“. S rozhodnutiami *contra legem* sa dá rozumne nesúhlasiť, avšak tento nesúhlas nie je dôvodom, pre ktorý by sme mohli tvrdiť, že súdy svoje rozhodnutia o „mimozákonné právo“ neopierajú. Navyše pre právnu vedu a spoločnosť je vždy lepšie, ak sa sudca úprimne prizná, že nerozhoduje podľa zákona, akoby mal neúprimne tvrdiť, že rozhoduje podľa zákona, hoci to nie je pravda. K tomu pozri aj časť 2.6.1 a 4.3.

⁷³ Napr. „V právnom štáte, v ktorom sú ako neoddeliteľné súčasti okrem iných stelesnené také princípy, ako sú právna istota a spravodlivosť (princíp materiálneho právneho štátu), čo možno *spoľahlivo* vyvodíť z čl. 1 ústavy, sa osobitný dôraz kladie na ochranu tých práv, ktoré sú predmetom jej úpravy. Povinnosťou všetkých štátnych orgánov je zabezpečiť reálnu možnosť ich uplatnenia tými subjektmi, ktorým boli priznané.“ Nález ÚS SR so sp. zn. Pl. ÚS 29/95 zo dňa 29. 11. 1995, (zdroj: www.concourt.sk).

čoho. Za súdnymi rozhodnutiami, ktoré sa explicitne neopierajú o zákon, musí vždy stáť niečo, čo je nad sudcami; keď už nie nič iné, tak aspoň „spravodlivosť“. Sudca, ktorý by sa priznal k tomu, že rozhoduje len na základe svojej „slobodne vystráajúcej svojvôle“ by vlastne povedal len toľko, že nie je sudca. Bolo by však chybou myslieť si, že kvôli previazanosti precedentov s *nejakým* právom, nemôžu byť precedenty autonómne. Môžu, pokiaľ týmto *nejakým* právom nie je vôľa zákonodarcu, resp. pokiaľ prepojenie tohto práva s vôľou zákonodarcu nie je evidentné.

Ad b) Podľa druhého argumentu úlohou kontinentálnych súdov je zjednocovať výklad a aplikáciu už existujúceho práva, zatiaľ čo úlohou anglo-amerických súdov je toto právo korigovať alebo vytvárať právo nové. Takýto zjednodušujúci pohľad však môže byť zavádzajúci. Totiž pokiaľ sa tu pod „právom“ myslia zákony, tak potom ani kontinentálny, ani anglo-americký sudca nie je poverený takéto právo korigovať alebo vytvárať. Naopak: existujú indície, že anglickí sudcovia majú k zákonu väčší rešpekt ako ich kolegovia z kontinentu, pričom pod rešpektom k zákonu nemyslím rešpekt k obsahu konkrétneho zákona ale rešpekt k autorite parlamentu, ktorý zákony vydáva. Názornou ilustráciou tohto rešpektu je prípad otroka Jamesa Somersetta z roku 1772, ktorý bol prejednaný pred Kráľovskou lavicou („*King's Bench*“). Tento súd posudzoval oprávnenosť otroctva na území Anglicka a dospel k záveru, že „*stav otroctva je takej povahy, že nemôže byť zavedený na základe žiadneho morálneho alebo politického dôvodu, ale výlučne len zákonom, ktorý zostáva v platnosti aj po tom, čo sú dôvody, okolnosti a sama doba jeho vzniku vymazané z pamäte. Stav otroctva je tak neľudský, že ho nemožno oprieť o nič iné, iba o platný zákon.*“⁷⁴ Teda anglickí sudcovia si mysleli, že otroctvo je hlúposť, zjavná nespravodlivosť páchaná na nevinných ľuďoch, avšak popri tom zotrvali v presvedčení, že anglický parlament má tak veľkú autoritu, že inštitút otroctva napriek všetkému zaviesť môže. Kde im pri takomto presvedčení ostáva priestor na korekciu zákona? Nikde. Naproti tomu s myšlienkou, že v záujme spravodlivosti je korekcia zákona potrebná, ba niekedy azda i nutná, často koketujú práve kontinentálni sudcovia a kontinentálna doktrína.⁷⁵ Tento kontrast medzi

⁷⁴ HATTENHAUER, H. *Evropské dějiny práva*. Praha: C. H. Beck, 1998, s. 429, (zvýraznenie textu je doplnené). Viac k tejto téme pozri časť 2.5.3 a časť 4.2.

⁷⁵ Aj preto niektorí kontinentálni právnici hovoria o „nadzákonom práve“ a nie o „poprizákonom práve“.

kultúrami je obzvlášť viditeľný pri abstraktnej kontrole ústavnosti. Tá sa v anglo-amerických krajinách chápe ako problém, zatiaľ čo v kontinentálnych krajinách ako samozrejmosť: „V zámorskom diskurze nie je zdrojom „problému“ parlament, ale súd, pričom preskúmvacia pôsobnosť súdov je pochybnou „už“ vo vzťahu k zákonodarcovi. Toto majú modelové kontinentálne jurisdikcie vyriešené tak pozitívno-právne, ako aj politicky a filozoficky – nad zákonodarcom stojí ústavný súd, bodka.“⁷⁶

Skúsme sa teraz pozrieť na právo, ktoré nie je zákonom: je pravda, že úloha kontinentálnych súdov spočíva v zjednocovaní a nasledovaní už vytvoreného precedentného práva, zatiaľ čo úloha *common law* súdov spočíva v korekcii tohto práva? Pokiaľ súčasná doktrína tvrdí, že záväznosť precedentov kontinentálnych súdov je len argumentačná, nemôže tvrdiť, že základnou tendenciou kontinentálnych súdov je ich nekritické nasledovanie. Správnosť a rozumnosť už raz vytvorených precedentov možno testovať, pričom dôsledok toho, že určitý precedent testom neprejde, je jeho korekcia. Naopak o *common law* systéme sa hovorí, že jeho charakteristickou črtou je *stare decisis*, teda povinnosť súdu zotrvať pri predchádzajúcom rozhodnutí. Táto povinnosť indikuje, že anglo-americké súdy majú tendenciu aplikovať a interpretovať precedentné právo jednotne, a teda, že pochybnosť o jeho správnosti nie je automatickým dôvodom na jeho korekciu. Téma záväznosti jednotlivých prameňov práva je obsiahlejšia, a preto sa jej venujem aj v celej nasledujúcej kapitole. To, čo je uvedené na tomto mieste stačí na spochybnenie argumentu, ktorý priviedol Lecha Morawského a Mareka Zirk-Sadowského k záveru, že precedent na kontinente nie je autonómnym prameňom práva.

Ad c) V zmysle tretieho argumentu má platiť, že kontinentálny precedent nie je autonómnym prameňom práva, pretože ak stratia platnosť zákony, v rámci ktorých bol vydaný, stratí platnosť aj on sám. Prvou vecou je, že kontinentálny precedent nemusí byť odvodený nevyhnutne iba zo zákona, ale výnimočne aj z „nadzákonného práva“. Druhou vecou je, že aj v anglo-americkej právnej kultúre je samozrejmosťou, že parlament môže zrušiť všeobecne záväzné pravidlo vyplývajúce z precedentu. Tretou vecou je, že ak má parlament právomoc zrušiť nielen zákon, ale aj iný prameň práva, automaticky z toho nevyplýva, že dôvod vzniku tohto iného prameňa je

⁷⁶ PROCHÁZKA, R. *Lud a sudcovia v konštitučnej demokracii*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2011, s. 75–76.

závislý výlučne len od vôle parlamentu. Mlčanie nie je to isté ako súhlas podobne ako nevyužitie právomoci zrušiť precedent nie je to isté ako využitie právomoci vytvoriť ho.⁷⁷ Štvrtou vecou je, že ostáva empiricky otvorenou otázkou, nakoľko kontinentálni sudcovia sú alebo nie sú náchylní odkazovať na judikatúru k staršiemu zákonu aj pri riešení takých prípadov, ktoré upravuje skorší zákon s identickým alebo podobným obsahom. Kontinentálna právna kultúra v minulosti prechádzala dlhým obdobím, kedy sudcovia pri rozhodovaní aktuálnych prípadov podľa aktuálne platného práva subsidiárne prihliadali aj k právu rímskemu. Mnoho inštitútov súkromného práva vykazuje relatívne trvalé rysy bez ohľadu na zmenu ich formálno-právneho zakotvenia⁷⁸ a niet dôvodu sa domnievať, že sudcovia prestanú prihliadať na svoje predchádzajúce výklady týchto inštitútov len preto, že sa medzičasom zmenilo číslo a rok vydania zákona, v ktorom sú tieto inštitúty upravené.

Ad d) V zmysle štvrtého argumentu kontinentálne precedenty nie sú autonómne, pretože ak aj kontinentálne sudy nejaké nové právo vytvoria, svoje dielo sa snažia prezentovať ako nasledovanie už existujúceho práva alebo ako jeho interpretáciu. Takýto postoj sa však zdá byť univerzálnou charakteristikou každého výkonu súdnej funkcie. Je síce pravdou, že anglo-americkí sudcovia sú náchylnejší verejne sa priznávať k zmene vlastných precedentov, to však neznamená, že sa nesnažia tieto zmeny prezentovať ako dôsledok niečoho, čo platilo alebo malo platiť už predtým. Skôr ako by sa otvorene priznali, že v prejednávacom prípade aplikovali celkom nové právo, radšej budú tvrdiť, že aplikovali právo, ktoré platilo už predtým. Rozpor s predchádzajúcim precedentom si potom vysvetlia tak, že ich kolegovia

⁷⁷ Pozri bližšie: HART, H. L. A. *Pojem práva*. Praha: Prostor, 2004, s. 58–61. SHINER, R. A. *Legal Institutions and the Sources of Law*. Dordrecht: Springer, 2005, s. 38–39, 68, 77–79. Najjednoduchšie to vyjadril Olivecrona: „Tvrdenie, že keď suverén niečo dovoľuje, tak to prikazuje, je chybné ... totiž tvrdí sa v ňom, že ak suverén nezmení alebo nezruší právo, tak je to to isté, ako by toto právo sám prikázal. Je to podobné, ako keď niekto povie, že rieka tečie svojim korytom práve preto, že nie je odvedená do nejakého iného kanála. Rieka ide svojim smerom z iných dôvodov ako je absencia nejakej pomyselnej ľudskej činnosti.“ OLIVECRONA, K. *Law as Fact*, 2nd ed. London: Stevens & Sons, 1971, s. 70.

⁷⁸ Pozri: WEYR, F. *Úvod do štúdia právnického: Normatívni theorie*. Brno: Právnik, 1946, s. 57.

pred nimi sa jednoducho zmýlili.⁷⁹ Každé prelomenie precedentu sa opiera o nejaký predom daný základ, ktorý, nech je akokoľvek chabý, predsa len indikuje, že sudcovia chcú, aby bola sudcovská tvorba nového práva vnímaná ako nachádzanie práva starého.⁸⁰ Je to preto, že ich rozhodnutia nie sú dostatočne autonómne? Nie je. Je to preto, že chcú, aby ich rozhodnutia vyzerali ako rozhodnutia súdov. Teda rozhodnutia, ktorých ťažiskom nebola subjektívna vôľa ich autora, ale objektívne dôvody, ktoré túto vôľu viedli.⁸¹ Každopádne hranica medzi subjektívnym a objektívnym je nestrážená. Ak aj nejaký sudca rozhodne len podľa svojej subjektívnej vôle, zodpovednosť, ktorú nesie pri výkone svojho remesla ho prinúti veriť, že aj v tomto prípade rozhodol podľa objektívnych dôvodov.⁸²

Rozdiel medzi precedentmi *common law* súdov a precedentmi kontinentálnych súdov nespočíva v tom, že tie prvé sú autonómne a tie druhé nie. Keď nie žiadne iné, tak aspoň tie z rozhodnutí, ktoré sa explicitne opierajú o „nadzákonné“ právo, musia byť autonómne, pretože vzťah nadzákonného práva k vôli sudcu je intímnejší ako jeho vzťah k vôli zákonodarcu. Je pravda, že takéto precedenty sú zriedkavé rovnako ako sú zriedkavé aj príležitosti, pri ktorých sa majú nasledovať. No popri tom je pravdepodobné, že v implicitnej rovine sa rozhodnutia kontinentálnych súdov opierajú o nepísané právo oveľa častejšie. Faktom ostáva, že praktická upotrebitelnosť konceptu autonómie súdneho rozhodnutia je veľmi náročná, pretože všetky sudy majú tendenciu ospravedlňovať svoje rozhodnutia dôvodmi, o ktorých si myslia, že ich spoločnosť bude akceptovať, teda dôvodmi, ktoré považujú za objektívne a predvídateľné. Je len prirodzené, že v takomto motivačnom

⁷⁹ Jeden z hlavných argumentov, prečo súd nie je povinný nasledovať svoje vlastné predchádzajúce rozhodnutia spočíva v riziku, že sa pri ich vydávaní mohol zmýliť. Pozri: DUXBURY, N. *The Nature and Authority of Precedent*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, s. 40–41.

⁸⁰ Bližšie k tejto téme pozri časť 2.6.1.

⁸¹ „Tam, kde chýba zákonná úprava ... je tvorba práva prenechaná na podriadených – sudcov a právnikov – ktorí však k tvorbe práva nemajú žiadne zmocnenie. Preto musia svoje názory odôvodňovať; nevystačia si s tvrdením „Toto je moje rozhodnutie, pretože sa mi to tak páči.“; musia jednoducho hľadať autoritu. Ak autoritu nenájdu vo vlastnom systéme, hľadajú ju inde a ak ju nemôžu nájsť ani tam, tak si ju pretvorí alebo vymyslí.“ WATSON, A. *Legal Culture v. Legal Tradition*. In HOECKE, M. V. (ed.) *Epistemology and Methodology of Comparative Law*. Oxford: Hart Publishing, 2004, s. 3

⁸² Tomuto problému sa venujem osobitne v časti 3.3.2.b).

podhubí sudca označuje tvorbu nových pravidiel za nachádzanie pravidiel starých a že skôr či neskôr uverí, že toto označenie je úplne adekvátne.

1.9 Zhrnutie

Prameň práva je to, z čoho vyplývajú všeobecne záväzné právne pravidlá, a naopak: ak z niečoho vyplývajú všeobecne záväzné právne pravidlá, ide o prameň práva. Ak by sa nezhody o tom, čo presne stanovuje určité pravidlo v konkrétnom prípade neriešili autoritatívnu aplikáciou, nemohlo by ísť ani o všeobecne záväzné, ani o právne pravidlo. Činnosť právo-aplikačných orgánov je teda tým jediným empirickým základom, z ktorého možno usudzovať na to, čo je v danej spoločnosti právom a z čoho presne toto právo pramení. Jednotiace kritérium právneho systému je to, čo uznávajú súdy, ktoré sú uznávané súkromnými osobami. Otázka, či v tom všetkom môžu súdne rozhodnutia pôsobiť ako osobitný prameň práva, je závislá na tom, či je sudca pri ich vydávaní kreatívny do tej miery, že ich opiera o nejaký „autonómny“ základ, teda o to, čo nie je zákonom. Niektoré kontinentálne súdy sa odvážili urobiť to explicitne, keď opreli svoje rozhodnutia o „nadzákonné právo“ alebo o „materiálne jadro“. Dá sa však predpokladať, že implicitne to súdy robia častejšie. Identifikovať, kedy je súdne rozhodnutie autonómne a kedy nie, je však náročné, pretože všetky súdy – bez ohľadu na svoj kultúrny rodokmeň – sa snažia prezentovať dôvody svojich rozhodnutí ako niečo, čo bolo právom ešte predtým, ako sa na základe toho rozhodlo.

Aj keby sme pripustili, že súdna prax je nutnou podmienkou existencie právneho systému a že ide o prax do určitej miery kreatívnu a autonómnu, pre niekoho to ešte stále nemusí znamenať, že ide o prax všeobecne záväznú. Výraz „záväznosť“ môže označovať rôzne veci podľa toho, s akými inými výrazmi ho spájame alebo pri akých príležitostiach a s akými úmyslami ho používame. Záväznosť morálky nie je to isté čo záväznosť práva; záväznosť lekárovho poučenia o správnej životospráve nie je taká istá ako záväznosť cestovného poriadku železničnej spoločnosti; záväznosť paktu o neútočení nie je to isté pre šialeného diktátora ako pre zástupcu ľudí, ktorí chcú mier. Je záväznosť precedentu v *common law* kultúre to isté ako záväznosť precedentu v kultúre kontinentálnej? Odpoveď sa pokúsim nájsť v nasledujúcej kapitole, kde rozoberám dôvody záväznosti prameňov práva z pohľadu dejín právneho myslenia.

2. Dôvod

2.1 Úvod

V tejto kapitole sa pokúsim dokázať, že kontinentálny precedent je záväzný nielen z moci presvedčivosti svojho odôvodnenia, ale aj z moci autority súdu, ktorý ho vytvoril; teda že je záväzný nielen argumentačne („vecné“), ale aj autoritatívne. Pri dokazovaní tejto tézy vychádzam z predpokladu, že záväznosť určitej normy sa empiricky opiera nielen o predpoveď trestu, ale aj o pocit viny (2.2). Dôvody, ktorými sa záväznosť určitej normy argumentačne podporuje; teda dôvody, ktoré dokážu pri porušení normy vyvolať pocit viny, rozdeľujem na „autoritatívne“ a „vecné“. Norma je záväzná autoritatívne, pretože ju *niekto* stanovil; norma je záväzná vecne, pretože to, čo prikazuje, sa javí byť správne, rozumné či prospešné (2.3), pričom pomocou tohto delenia dôvodov možno klasifikovať aj záväznosť právnych noriem (2.4). Po tejto úvodnej analýze prechádzam k histórii právneho myslenia. V dobe osvietenstva, v ktorej sa formoval moderný pohľad na pramene práva, sa záväznosť zákona opierala v prvom rade o vecné argumenty a až v druhom rade o argumenty autoritatívne, pričom ani v súčasnej dobe nie je záväznosť zákona výlučne autoritatívna (2.5). Uvedené dva druhy dôvodov záväznosti možno stopovať aj pri precedentom práve, a to bez ohľadu na to, v ktorej z porovnávaných právnych kultúr toto právo vzniká (2.6). Pramene práva, či ide o zákon alebo o precedent, či ide o pramene v anglo-americkej alebo v kontinentálnej právnej kultúre, sa jednoducho opierajú tak o argumenty z povahy veci, ako aj o argumenty z autority. Rozdiel medzi záväznosťou jednotlivých prameňov práva potom spočíva len v rozdieloch medzi pomermi, v ktorých sú dané dva druhy dôvodov pri konkrétnom prameni zastúpené.

2.2 Vnútorňá a vonkajšia záväznosť

Čo to znamená, keď povieme, že norma je „záväzná“? Keď sa cítim byť zaviazaný určitou normou, spravidla nejakým spôsobom viem, že túto normu nesmiem porušiť. Ak ju predsa len poruším, potom buď cítim vinu alebo predpokladám, že sa môžem stretnúť s negatívnou reakciou tých, ktorí danú normu považujú za záväznú tak ako ja. V prvom prípade, teda keď cítim vinu, sa môžem pokúsiť buď nejakým spôsobom vyviníť, alebo

potrestať, alebo môžem zaviesť opatrenia potrebné na to, aby som v budúcnosti danú normu už viac neporušil. V druhom prípade, teda keď predpovedám negatívnu reakciu druhých, sa môžem pokúsiť pred nimi skryť – buď tak, že zničím všetky dôkazy o mojom prehrešku, alebo tak, že budem pred nimi utekať – avšak rovnako sa môžem pokúsiť pripraviť na priamu konfrontáciu, vylúčiac násilie sa môžem sústrediť na svoju obhajobu: buď ich presvedčím o tom, že som nevinný (napr. okolnosti vylučujúce protiprávnosť) alebo o tom, že moju vinu je správne posudzovať podľa inej normy ako tej, ktorú som porušil (napr. obhajoba občianskej neposlušnosti). Predpoveď trestu môže byť s pocitom viny prirodzene spojená: tieto dva javy sa môžu navzájom podporovať, u niekoho možno dokonca splývajú v jedno.

Naopak, ak si nerobím žiadnu z vymenovaných starostí, hoci som nejakú normu porušil, potom som porušil normu, ktorá nie je záväzná. Často sa nám to stáva napríklad vtedy, keď sa prestaneme riadiť inštrukciami kuchárskeho receptu a jedlo si pripravíme podľa vlastnej chuti.

V zozname reakcií na porušenie záväznej normy je obsiahnutá tak vnútorná, ako aj vonkajšia perspektíva nazerania na normy (pozri vyššie časť 1.5). Vychádzam z predpokladu, že záväznosť normy sa môže manifestovať v každej z týchto perspektív osobitne: vo vnútornej perspektíve je indikátorom záväznosti pocit viny; vo vonkajšej perspektíve je indikátorom záväznosti normy vidina trestu. Teda norma je záväzná vtedy, ak sa po jej porušení vyskytne buď pocit viny (vnútorná záväznosť), alebo predpoveď trestu (vonkajšia záväznosť), alebo oboje naraz. Niet dôvodu sa domnievať, že záväznými môžu byť iba tie normy, za ktorých porušenie sa ukladajú dopredu definované sankcie. Záväznou môže byť aj taká norma, ktorú si človek vytvoril sám pre seba alebo ktorej dodržiavanie nekontroluje žiadna inštitúcia. V opačnom prípade by sme nevedeli vysvetliť, prečo ľudia niekedy cítia vinu aj za také svoje správanie, ktoré nikto netrestá; prečo majú niektorí ľudia „pevné životné zásady“ aj bez toho, aby ich k tomu niekto z okolia nútil a pod. Teda tak ako môže byť záväznosť dôsledkom uplatnenia moci, tak môže byť rovnako aj dôsledkom slobodného rozhodnutia. Najčastejšie to však bude niečo medzi tým.

Každá vnútorná záväznosť potrebuje svoje hlbšie zdôvodnenie, mentálne zdravý človek pochádzajúci zo západnej kultúry nemá pocit viny pre nič za nič. Ak je pre neho nejaká norma vnútorne záväzná, tak potom preto, že prijal rozhodnutie, ktorým si prikázal, že sa normou bude riadiť a ktorým si zároveň zakázal, že tento svoj príkaz len tak pre nič za nič

odvolá.⁸³ Ak sú takéto rozhodnutia vedomé, potom ich nik nerobí bezdôvodne; človek potrebuje svoje vnútorné záväzky nejako zdôvodniť. Ak sú tieto dôvody dostatočne pevné, človek danú normu neprestane považovať za záväznú, aj keď jej porušenie nevedie k spusteniu negatívnej reakcie jeho okolia. Aj štát má ambíciu, aby bolo jeho právo záväzné vnútorne. Preto si jeho ideológovia odjakživa vymýšľali legendy o tom, prečo štát vznikol a čomu má slúžiť. Ak uverím, že štát je na strane tých dobrých, potom mám vážny dôvod považovať jeho právo za záväzné, aj keby sa za jeho porušenie neaplikovali žiadne sankcie.

Tu sa dostávame k vonkajšej záväznosti. Norma je záväzná „zvonka“, ak jej porušenie je zároveň dôvodom, pre ktorý ma môžu ostatní kritizovať, či inak prejavíť svoju negatívnu reakciu. Preto ak takúto normu poruším vedomo, zvyčajne predvídam trest, ktorý budem musieť za to strpieť. Dieťa pod takým trestom môže myslieť zákaz konzumácie sladkostí; dospelá osoba môže pod ním myslieť verejné pohoršenie; umelec si môže predstaviť kritickú recenziu svojho diela; recidivista si predstaví svojho obľúbeného dozorca. Zo všetkých týchto „sankcií“ majú niektoré inštitucionalizovanú povahu, čo znamená, že sú úmyselne ukladané inštitúciami, ktoré boli zriadené za týmto účelom.⁸⁴ Ideálnym príkladom inštitucionalizácie negatívnej reakcie spustenej porušením nejakej normy je štát so svojimi právo-aplikačnými orgánmi. Každý súd a úrad je dopredu poverený ukladať relatívne presne vymedzenú sankciu⁸⁵ za porušenie relatívne presne vymedzenej právnej povinnosti. Ukladanie sankcií zo strany štátnych orgánov tu vlastne slúži na vymedzenie špecifickej povahy práva. Je to výlučne iba právo, ktorého porušenie zakladá dôvod na aplikáciu sankcie zo strany štátu. Zo všetkých noriem sú to iba normy právne, ktoré sú takýmto *špecifickým* spôsobom záväzné: ani morálka, ani slušnosť, ani politika, ani móda nedokážu byť tak záväzné, že by ich porušenie malo viesť k spusteniu sankčného mechanizmu štátu.⁸⁶

⁸³ Pozri termíny „first-order reasons“ a „second-order reasons“ v: RAZ, J. *Practical Reason and Norms*. New York: Oxford University Press, 2002, s. 36 a nasl.

⁸⁴ Ibidem, s. 52.

⁸⁵ Kvôli jednoduchosti vyjadrovania pod termínom „sankcia“ rozumiem sankciu v širšom slova zmysle (spoločenská funkcia právneho následku má podobu určitej ujmy na právach, napr. pokuta), ako aj iný právny následok plynúci z porušenia právnych noriem, napr. strata či neuznanie platnosti nejakého právneho úkonu.

⁸⁶ Typicky napr. John Austin, ktorý považuje možnosť uloženia sankcie za výsostný znak právnych noriem. Pozri: Austin, J. *The Province of Jurisprudence Determined*.

Teda ak chceme o právnej záväznosti povedať niečo špecifické, operujeme s konceptom vonkajšej záväznosti, zdôrazňujúc pritom osobitnú formu sankcie a spôsobu jej ukladania. Veľký omyl niektorých teoretikov práva spočíva v tom, že si myslia, že keď povedia o záväznosti práva niečo špecifické, tak tým vlastne povedali o nej úplne všetko.⁸⁷ Nie je to tak. Záväznosť práva má zvyčajne aj tie vlastnosti, ktoré zdieľa s inými druhmi noriem, napríklad s morálkou: aj právo dokáže byť a spravidla je vnútorne záväzná. Tu sa môžeme vrátiť k vnútornému aspektu noriem, o ktorom H. L. A. Hart prehlásil, že ak nie je bežným postojom úradných osôb, potom právny poriadok, v ktorom tieto osoby operujú, nemôže existovať.⁸⁸ Keď nie súkromné osoby, tak aspoň osoby zastávajúce verejné funkcie musia cítiť vinu za porušenie právnych pravidiel; v opačnom prípade systém týchto pravidiel nebude stabilný. Teda ak je v právnom systéme príliš veľa sudcov, ktorí necítia vinu pri porušení princípu viazanosti zákonom, potom je tento systém náchylný na výkyvy. Podobne ak je v demokratickom systéme príliš veľa poslancov, ktorí necítia vinu, keď vedome hlasujú v rozpore s verejným záujmom, potom nemožno čakať, že si takýto systém nadhlo zachová svoju demokratickú povahu. Bez vnútornej záväznosti sa systém vonkajšej záväznosti môže poľahky zrútiť. Teda normy stabilného právneho systému sú záväzné aj vnútorne, podobne ako normy morálky či politickej pragmatiky.

2.3 Zdôvodnenie záväznosti: „povaha vecí“ alebo „autorita“

Vo svojej najhrubšej podobe vonkajšia záväznosť nepotrebuje žiadne sofistikované zdôvodnenia: keď príde do banky lupič a s pištoľou v ruke si rozkáže naložiť do tašky hotovosť,⁸⁹ jeho rozkaz je pre pokladníka „záväzný“ výlučne iba navonok, teda iba pokiaľ pokladník predvída, že nesplnenie rozkazu povedie k spusteniu strelby. V takejto situácii lupič nepotrebuje svoje rozkazy nejako hlbšie zdôvodňovať; pokladníkovi si stačí myslieť, že lupič drží vo svojej ruke zbraň, ktorú je schopný použiť proti nemu. Čím

Cambridge: Cambridge University Press, 2001, s. 21. OLIVECRONA, K. *Law as Fact*, 2nd ed. London: Stevens & Sons, 1971, s. 32, 40.

⁸⁷ Napr. John Austin chápal právny „záväzok“ výlučne len ako spôsobilosť strpieť sankciu za porušenie príkazu suveréna. Termíny „povinnosť“ a „príkaz“ chápal ako synonymá. Pozri: AUSTIN, J. *The Province of Jurisprudence Determined*. Cambridge: Cambridge University Press, 2001, s. 22.

⁸⁸ HART, H. L. A. *Pojem práva*. Praha: Prostor, 2004, s. 122.

⁸⁹ *Ibidem*, s. 22.

menšia sa mu zdá byť pravdepodobnosť, že lupič tak skutočne aj urobí, tým menej je ochotný počúvať ho. Lupič si môže vystačiť s takouto primitívnou formou záväznosti, pretože nepotrebuje, aby trvala dlho a vo väčšej skupine ľudí. Nieкто by mohol rovno povedať, že o záväznosť v tomto prípade vlastne ani nejde, pretože pokladník nemá voči lupičovi žiadny „záväzok“; to, čo vedie pokladníka ku kooperácii nie je rešpekt k povinnostiam, ale strach z naplnenia hrozby.⁹⁰

V podstate až vnútorná záväznosť potrebuje pre svoj vznik nejaké dôvody. Normy považujeme za záväzné nielen kvôli tomu, čo stanovujú, ale aj kvôli tomu, *кто* ich stanovuje. Ak je dôvodom záväznosti určitej normy jej obsah, teda vlastnosti správania, ktoré norma predpisuje, potom ide o záväznosť „z povahy vecí“. Ak je dôvodom záväznosti určitej normy jej pôvod, teda vlastnosti subjektu, ktorý normu stanovil, potom ide o záväznosť „z autority“. V prvom prípade sa záväznosť odvodzuje *vecne* („... lebo tak sa to zdá rozumné“), v druhom prípade sa záväznosť odvodzuje od *osoby* („... lebo tak to nieкто povedal“). Ak nieкто považuje určitú morálku za záväznú len preto, že jej realizácia vedie k výsledkom, ktoré hodnotí ako spravodlivé, rozumné či prospešné, ide o záväznosť *z povahy vecí*; ak nieкто považuje morálku za záväznú len preto, že ju vytvoril boh alebo spoločnosť, alebo nejaký výnimočne nadaný jednotlivec, ide o záväznosť *z autority*.⁹¹

Vnútorná záväznosť odvodená z autority (a nie z povahy vecí) v praxi pôsobí tak, že pri rozhodovaní sa o tom, či dodržať alebo porušiť takto záväznú normu v konkrétnom prípade, človek neberie ohľad na to, či dodržanie normy povedie k tomu najspravodlivejšiemu alebo najprospešnejšiemu výsledku. Takáto záväznosť nie je daná z povahy svojich praktických účinkov, ale z povahy svojho pôvodu. Joseph Raz chápe túto osobitosť ako vlastnosť všetkých prikazujúcich noriem, pre ktoré je charakteristické, že

⁹⁰ Porovnaj: *Ibidem*, s. 92 a nasl.

⁹¹ Kelsen koncipoval tento rozdiel ako rozdiel medzi základnou normou statického a dynamického normatívneho poriadku. Záväznosť základnej normy statického poriadku je samoevidentná, pričom do tohto poriadku možno zahrnúť všetky normy, ktoré sú zo základne normy odvoditeľné nejakou myšlienkovou operáciou. Naopak funkcia základnej normy dynamického poriadku sa obmedzuje na stanovenie nejakej prvotnej autority, ktorá má právomoc svojimi vôľovými aktmi tvoriť ďalšie normy príslušného poriadku. KELSEN, H. *General Theory of Law and State*. New Brunswick – New Jersey: Transaction Publishers, 2006, s. 112–113. Podobne na to išiel František Weyr, ktorý rozlišoval medzi materiálnym a formálnym kritériom jednoty normatívneho systému. WEYR, F. *Základy filosofie právní (Nauka o poznávání právnickém)*. Brno: Nakladatel A. Píša, 1920, s. 39 a nasl.

ich ľudia dodržiavajú aj s vedomím, že to nepovedie k najlepším možným výsledkom: „Každý, kto nasleduje určitú normu, sa môže dostať do situácie, v ktorej si uvedomí, že aj keď má vykonať to, čo mu norma prikazuje, predsa len sa nedokáže ubrániť tomu typickému zmiešanému pocitu, že to nie je to najsprávnejšie riešenie, teda že existuje iná kalkulácia, podľa ktorej by normou prikázané správanie vykonať nemal.“⁹² Aj keď nás špecifiká konkrétneho prípadu nútia uznať, že aplikácia dopredu stanovenej normy nepovedie k tomu najlepšiemu výsledku („k povahe veci“), beztak danú normu aplikujeme, pretože jej záväznosť odvodzujeme z autority jej tvorcu, nie zo spravodlivosti či prospešnosti jej obsahu.

Vnútna záväznosť odvodená z povahy veci (a nie z autority) v praxi pôsobí tak, že pri rozhodovaní sa o tom, čo vykonať v konkrétnom prípade, si človek vyberá podľa toho, čo sa mu osvedčuje ako spravodlivé, rozumné alebo prospešné. Ak sa mu nejaké riešenie takto osvedčí, chápe ho automaticky ako záväzné, a to bez ohľadu na to, či za touto záväznosťou stojí nejaká autorita. Ak neskôr nájde riešenie, ktoré je ešte spravodlivejšie, chápe ho ako záväzok s ešte väčšou silou, tj. aj ako dôvod, pre ktorý sa smie odchýliť od svojho pôvodného záväzku.⁹³ Záväznosť normy sa tu

⁹² RAZ, J. *Practical Reason and Norms*. New York: Oxford University Press, 2002, s. 75.

⁹³ Rozdiel medzi účinkami záväznosti z autority a z povahy veci je do určitej miery analogický rozdiel medzi pravidlom a princípom tak, ako ho formuloval Ronald Dworkin. Pravidlo sa podľa Dworkina aplikuje spôsobom „všetko alebo nič“ – skutkový stav prípadu buď spadá, alebo nespadá do pôsobnosti pravidla, naopak kategorická subsumovateľnosť skutkového stavu pod určitý princíp je vylúčená, pretože v každom novom prípade je potrebné princípy medzi sebou vyvažovať. Pozri: DWORKIN, R. *Když se práva berou vážně*. Praha: Oikoymenh, 2001, s. 46 a nasl. Raimo Siltala rozdiel medzi pravidlom a princípom chápe ako rozdiel vo význame deontického operátora príslušných štandardov. Príkaz stanovený pravidlom chápe ako „silný“, príkaz stanovený princípom chápe ako „slabý“: „Ak nastane p, potom by malo nastať q, ibaže existujú dostatočne silné dôvody, vo vzťahu ku ktorým by malo byť q v konkrétnom prípade prelomené“. SILTALA, R. *A Theory of Precedent: From Analytical Positivism to a Post-Analytical Philosophy of Law*. Oxford: Hart Publishing, 2000, s. 42. Z iného pohľadu by sme rozdiel medzi záväznosťou z autority a záväznosťou z povahy veci mohli vnímať aj ako rozdiel medzi metódou hľadania riešenia problému v aplikácii práva a v tvorbe práva. V aplikácii práva ide o metódu sporu, v tvorbe práva ide o metódu rozpravy. Záväzok z autority implikuje kategorický spor medzi „odsúdim“ a „oslobodím“; záväzok z povahy veci implikuje súťaž myšlienok v rozprave o najlepšom možnom riešení určitého problému. Porovnaj: PROCHÁZKA, R. *Dobrá vôľa, spravodlivý rozum*. Bratislava: Kalligram, 2005, s. 14, 57 a nasl.

teda nepoznáva podľa jasných znamení svojho pôvodu, ale podľa nejasných znamení svojich účinkov. Pokiaľ sa takýto koncept záväznosti uplatňuje vo sfére morálnej autonómie jednotlivca, zvyčajne to nevedie ku kontroverzii. Tento koncept možno zmysluplne použiť aj v interpersonálnych vzťahoch, no spravidla len za podmienky, ak sú ich účastníci dobromyseľní a ak aspoň z časti zdieľajú spoločné kritériá na posudzovanie toho, čo je spravodlivé, rozumné a prospešné. Avšak pri riešení bežných medziľudských konfliktov je tento koncept použiteľný len s komplikáciami, pretože ak sú v stávke osobné záujmy, ľudia sa spravidla nezvyknú zhodnúť na tom, ktoré z ich skutkov sú tak očividne spravodlivé, rozumné či prospešné, že sa musia automaticky chápať aj ako záväzné.⁹⁴ A pokiaľ medzi nimi táto zhoda chýba, ich konflikt nemožno vyriešiť bez zásahu autority, určite aspoň súdnej.

2.4 Stereotyp záväznosti práva

Ktorý z vyššie uvedených konceptov záväznosti je vhodné použiť pri analýze práva? Stereotypný obraz o záväznosti právnych noriem vychádza z dvoch základných premis.⁹⁵ Tou prvou je, že ide o *vonkajšiu záväznosť v špecifickej inštitucionalizovanej forme*. Ako som spomenul vyššie, na právne záväzných normách je špecifické to, že ich porušenie má viesť k aplikácii sankcie alebo iného právneho následku, pričom táto aplikácia je v rukách právo-aplikačných inštitúcií špeciálne ustanovených za týmto účelom. Tou druhou je, že ide o *vnútornú záväznosť odvodenú výlučne len z autority toho, kto právo vytvoril*. Záväznosť práva je ospravedlnená svojím pôvodom, a nie účinkami svojej realizácie, čo z praktického hľadiska znamená, že právo sa má aplikovať aj v takých prípadoch, v ktorých to nepovedie k tomu najlepšiemu možnému výsledku. Tak teda zákon je právne záväzný z toho dôvodu, že: a) jeho porušenie je dôvodom pre aplikáciu sankcie alebo iného právneho následku a súčasne b) bol riadne prijatý parlamentom v dopredu stanovenom legislatívnom procese.⁹⁶ Možno takúto paradigmu záväznosti rovnako aplikovať aj na kontinentálny precedent?

⁹⁴ Pozri termín „rozumná nezhoda“: Sobek, T. *Právní myšlení: kritika moralismu*. Praha: Ústav státu a práva, 2011, s. 82 a nasl.

⁹⁵ Ide o kumulatívnu pluralitu právnych následkov znázornených v schéme uzlového právneho pojmu v časti 1.2.

⁹⁶ Hoci sa moderný pozitivizmus obmedzuje na tézu „právo je fakt“, pod týmto „faktom“ sa má na mysli spoločenská prax zložená jednak z vonkajšieho správania (do-

V súčasnosti už niet väčších pochybností o tom, že nesúlad medzi skorším a neskorším rozhodnutím súdu v obdobnej veci môže založiť dôvod na zrušenie neskoršieho rozhodnutia.⁹⁷ Rovnako niet pochybností ani o tom, že úlohou vrcholových súdov v krajine je zjednocovať rozhodovacia činnosť tak vlastnú, ako aj súdov nižšej inštancie.⁹⁸ Teda ak má vrcholový súd právomoc zjednocovať judikatúru, potom má rovnako aj právomoc rušiť rozhodnutia nižších súdov len preto, že nie sú v súlade prechádzajúcimi rozhodnutiami, ktoré jednotu judikatúry zakladajú. Inými slovami: takýto súd má právomoc vydávať precedenty.⁹⁹ Niektoré z kontinentálnych súdov sú pri definovaní precedentnej záväznosti svojich rozhodnutí explicitnejšie. Napríklad Ústavný súd ČR opakovane vyslovil názor, že „všeobecné súdy musia rešpektovať ústavnoprávne výklady Ústavného súdu,“ pričom odchýliť sa od nich môžu len v úplne výnimočných prípadoch.¹⁰⁰ Z uvedeného vyplýva, že aspoň niektoré precedenty kontinentálnych vrcholových súdov vykazujú parametre vonkajšej záväznosti, ktorá sa realizuje v špecifickej inštitucionalizovanej forme.

Väčšina autorov vidí základný rozdiel medzi anglo-americkými a kontinentálnymi precedentmi až v ich vnútornej záväznosti. Zatiaľ čo vnútorná záväznosť *common law* precedentov sa má odvodzovať z autority ich tvorca, vnútorná záväznosť kontinentálnych precedentov má odvodzovať z povahy rozhodovanej veci. Teda ak sa spýtame právnika, prečo nasleduje určitý precedent, ten z *common law* kultúry odpovie „pretože tak rozhodol najvyšší súd“, zatiaľ čo ten z kontinentu odpovie „pretože tak to stanovil zákon“,

držiavanie práva, aplikácia sankcií za jeho porušenie), jednak z vnútorného presvedčenia (dodržiavať právo je správne). Popis tohto vnútorného presvedčenia však automaticky nie je schvaľovaním jeho predmetu. Pozri: SOBEK, T. *Argumenty teórie práva*. Praha: Ústav státu a práva, 2008, s. 284. SOBEK, T. *Právní myšlení: kritika moralismu*. Praha: Ústav státu a práva, 2011, s. 398.

⁹⁷ Pozri napr. nález ÚS SR so sp. zn. IV. ÚS 88/07 z 26. júla 2007, kde súd potvrdzuje svoj názor, že nejednotná judikatúra je v rozpore s čl. 46 ods. 1 a čl. 1 ods. 1 ústavy.

⁹⁸ Pozri napr. rozhodnutie EŠP vo veci Beian v. Romania zo 6. decembra 2007 (č. žiadosti 30658/05), bod 37 a nasl. Požiadavka jednotnej judikatúry podľa súdu vyplýva z čl. 6 ods. 1 Európskeho dohovoru o ochrane základných práv a slobôd.

⁹⁹ Argument je založený na teórii implicitných právomocí: „Žiadna zásada neplatí v práve či v rozumnom uvažovaní tak jasne ako zásada, že vždy, keď sa má dosiahnuť nejaký cieľ, prostriedky na jeho dosiahnutie sú oprávnené.“ HAMILTON, A. – MADISON, J. – JAY, J. *Listy federalistov*. Bratislava: Kalligram, 2002, s. 360. K tomu pozri aj: PROCHÁZKA, R. – KÁČER, M. *Teória práva*. Bratislava: C. H. Beck, 2013, s. 116.

¹⁰⁰ Pozri napr. nález ÚS ČR so spis. zn. IV. ÚS 301/05 zo dňa 13. 11. 22007, bod 60 a 70.

čím má na mysli to, že zo všetkých možných výkladov zákona je v danom precedente uplatnený práve ten z nich, ktorý je vzhľadom k povahe veci najspravodlivejší, najrozumnejší či najprospešnejší. V tejto súvislosti sa v literatúre často spomína „argumentačná záväznosť“ precedentu, čo je záväznosť odvodená od presvedčivosti dôvodov, ktoré sudcov k vydaniu precedentu viedli.¹⁰¹ Niektorí autori sú ešte konzervatívnejší, keď navrhujú, aby sa pri kontinentálnych precedentoch vôbec nehovorilo o ich „záväznosti“, ale len o ich „významnosti“.¹⁰² Teda podľa tohto poňatia sudcove ústa sme ochotní počúvať práve preto, že sú to stále len ústa zákona.

Ešte predtým, než prejdem k rozdielu medzi záväznosťou precedentov v *common law* a na kontinente, obrátim pozornosť k záväznosti zákonov. Aké druhy dôvodov viedli kontinent k tomu, aby celú ríšu práva podriadil výlučne len moci zákonov a aby úlohu súdov redukoval iba na ich aplikáciu? Má byť sudca „ústami zákona“ len preto, že má povinnosť rešpektovať autoritu toho, kto daný zákon vytvoril?

2.5 Závaznosť zákona

2.5.1 Závaznosť z povahy veci – forma zákona

Údajnú absenciu súdnej tvorby práva na kontinente možno spojiť so slávnym Montesquieuho bonmotom, podľa ktorého sudca je iba ústami zákona. Na prvý pohľad by sa mohlo zdať, že za záväznosťou zákona v Montesquieuho poňatí je práve len autorita jeho tvorcu: „*Sudcovia národa sú iba ústami, ktoré slová zákona vyslovujú, sú bezduchými bytosťami, ktoré nemôžu zmierniť ani silu, ani prísnosť zákona*“.¹⁰³ Jedno z možných vysvetlení, prečo sudcovia nesmú zmierniť „ani silu, ani prísnosť zákona“ spočíva v tom, že zákon ich neviaže spravodlivosťou svojich účinkov, ale autoritou svojho pôvodu – viaže ich autoritou zákonodarného orgánu. Nič by však nebolo v príkrejšom rozpore s Montesquieuho dielom ako práve takýto záver.

¹⁰¹ KÜHN, Z. – BOBEK, M. – POLČÁK, R. (eds.) *Judikatura a právní argumentace*. Praha: Auditorium, 2006, s. 11. ALEXI, R. – DREIER, R. Precedent in the Federal Republic of Germany. In MacCORMICK, N. – SUMMERS, R. (eds.) *Interpreting Precedents – A Comparative Study*. Aldershot: Ashgate, 1997, s. 29. HARVÁNEK, J. a kol. *Teorie práva*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2008, s. 258.

¹⁰² GERLOCH, A. Problémy interpretace a argumentace v soudobé právní teorii a právní praxi. In GERLOCH, A. – MARŠÁLEK, P. (eds.) *Problémy interpretace a argumentace v soudobé právní teorii a právní praxi*. Praha: Eurolex Bohemia, 2003, s. 17–19.

¹⁰³ MONTESQUIEU, CH. S. *Duch zákonov*. Bratislava: Tatran, 1989, s. 211, (zvýraznenie textu pridané).

Montesquieu svojmu názoru na štýl súdneho rozhodovania nepripisoval status analyticky pravdivého výroku: sudca operujúci ako ústa zákona nie je len dôsledkom všeobecných teoreticko-právnych premís, ale aj dôsledkom unikátnych spoločenských podmienok, ktoré môžu byť prítomné len v republikánskej forme vlády. Pozrime sa, čo si Montesquieu myslí o súdnej moci v monarchickom štáte:

„Monarchický štát nepripúšťa také jednoduché zákony ako despotický. Musia v ňom byť súdy. Tieto súdy vynášajú rozhodnutia. Treba ich dodržiavať, každý ich musí poznať, aby sa súdilo rovnako dnes ako včera a aby vlastníctvo a život občanov boli v ňom zabezpečené... Nesmie nás preto prekvapiť, že nájdeme v zákonoch týchto štátov toľko predpisov, obmedzení a výnimiek, ktoré ešte jednotlivé prípady rozširujú ... v despotických štátoch nejestvujú nijaké zákony: sudca sám je zákonom. V monarchických štátoch je jeden zákon, a tam, kde je presný, sudca sa ním riadi. Tam, kde nie je, sudca sa usiluje postrehnúť, čo by v danom prípade nariaďoval.“¹⁰⁴

Teda tam, kde zákony nie sú jednoduché, je na zabezpečenie vlastníctva a života občanov potrebné, aby sa okrem zákonov rešpektovali aj súdne rozhodnutia, ktoré by mali byť všeobecne známe („každý ich musí poznať“). Hoci sa v monarchii výnimky zo zákonov rozširujú aj cez jednotlivé prípady; hoci sa sudca pri nepresnom zákone musí postaviť do úlohy zákonodarcu, ešte stále to nie je svojvôľa, ktorá vládne v despocii. Rýdzo deduktívny štýl súdneho rozhodovania, pri ktorom by si sudca mohol dovoliť byť „bezduchou bytosťou“, teda nie je dôsledkom toho, odkiaľ zákon pochádza, ale dôsledkom toho, ako zákon vyzerá. Sudca dokáže byť ústami zákona iba za predpokladu, ak je zákon dokonalý. A takto si Montesquieu predstavoval, ako majú dokonalé zákony vyzeráť:

„Zákony majú byť stručné. ... Ich štýl musí byť jednoduchý; jednoduché výrazy sú vždy pochopiteľnejšie než prešpekulované. ... Podstatná podmienka je, aby slová zákonov vyvolali u všetkých ľudí rovnaké predstavy. ... Zákony nemusia byť podrobné: sú vydávané pre ľudí priemerného chápania; nemajú v sebe umenie logiky, ale zdravý rozum prostého otca rodiny. ... Keď nepotrebuje zákon obmedzenia, výnimky, zmeny, je lepšie zaoberať sa bez nich. ... Zákon má mať účinok a netreba dovoliť jeho porušovanie zvláštnymi podmienkami. ... V zákonoch má byť určitá čistota. Sú určené na potrestanie ľudského zla, a preto musia byť úplne dokonalé.“¹⁰⁵

¹⁰⁴ Ibidem, s. 156 a 158, (zvýraznenie textu pridané).

¹⁰⁵ Ibidem, s. 474–477, (XXIX–16).

V jednoduchosti zákona je jeho krása. Zákon však môže byť jednoduchý iba v osobitných spoločenských podmienkach. Montesquieu tvrdí, že zákony sú jednoduché, „*keď má národ dobré mravy*“.¹⁰⁶ Republika si môže dovoliť jednoduché zákony práve preto, že jej základným princípom je politická cnosť,¹⁰⁷ ktorú Montesquieu chápe ako lásku k vlasti a rovnosti.¹⁰⁸ Osvietenec nezabúda pripomenúť, že takýto stav vecí je možný iba za predpokladu, ak má republika malé územie.¹⁰⁹ Ak si to celé zrekapitulujeme, prídeme k záveru, že sudca môže byť ústami zákona iba tam, kde život ľudí ešte nie je natolko komplikovaný alebo skazený, aby bolo potrebné dopodrobna upravovať každý jeho detail formou zákona. Odpovedať si na otázku, či súčasné zákony, napríklad tie daňové, vychádzajú zo „zdravého rozumu prostého otca rodiny“ je už práca navyše.

Táto prozaická pointa je úplne v súlade s hlavnou myšlienkou Montesquieho diela: „*Zákony sú v tom najširšom slova zmysle nevyhnutné vzťahy, ktoré vyplývajú z prirodzenej povahy veci. ... Zákon je vo všeobecnosti výrazom ľudského rozumu, pokiaľ riadi všetky národy zeme. Politické a občianske zákony každého národa majú byť len zvláštnymi prípadmi, v ktorých sa tento ľudský rozum uplatňuje*“.¹¹⁰ Teda to, z čoho zákon vyviera, je rozumom spoznatelná povaha veci konštituovaná kultúrnymi a geografickými podmienkami spoločnosti, v ktorej má zákon platiť.

Montesquiehu „geografický determinizmus“ nevyúsťoval do fatalizmu. Nie všetko, čo sa v spoločnosti aktuálne odohráva, vyplýva z rozumom poznateľnej povahy veci. Montesquieho koncepcia súdneho rozhodovania nebola len opisom vzťahu medzi dobre formulovaným zákonom a nízkou mierou sudcovej voľnej úvahy pri jeho aplikácii. Za touto koncepciou možno vidieť aj jasný politický ideál, snahu o zmenu aktuálnej spoločenskej praxe. Montesquieu tvrdil, že sudca (v republike) sa nesmie stať zákonodarcom kvôli tomu, aby neohrozil „život a slobodu občanov“, pričom pod „slobodou“ myslel „bezpečnosť“ a za jej najväčšie ohrozenie považoval podávanie súdnych žalôb, ktoré sa stávalo prostriedkom perzekúcie tým viac, čím väčšia bola nejasnosť práva, o ktoré sa tieto žaloby opierali. Montesquieu nakoniec konštatoval, že život a slobodu občanov je preto najlepšie chrániť

¹⁰⁶ Ibidem, s. 305.

¹⁰⁷ Ibidem, s. 124.

¹⁰⁸ Ibidem, s. 112, 137.

¹⁰⁹ Ibidem, s. 186.

¹¹⁰ Ibidem, s. 113.

dobrymi trestnými zákonmi.¹¹¹ Aká bola francúzska prax aplikácie práva, na ktorú Montesquieu bezprostredne reagoval?

Mnohí osvietenici tvrdili, že žalostne zlá. Pluralita právnych prameňov ruka v ruku s pluralitou právnych subjektov konzervovala spoločenské nerovnosti, z ktorých vychádzal dožívajúci feudálny systém. Právny poriadok nebol jednotným systémom noriem, ale nesúrodým zhlukom obyčají, dekrétov, privilégií, súdnych rozhodnutí, ktoré ustanovovali práva a povinnosti nie na základe druhových, ale na základe individuálnych vlastností konkrétnych ľudí či korporácií. V polovici 18. storočia sa vo Francúzsku začal spochybňovať aj dovtedy všeobecne uznávaný axióm – recepcia rímskeho práva. Pre francúzskych osvietenecov bolo rímske právo plné protirečenie. Zaiste sa v ňom našli aj nadčasové princípy spravodlivosti, avšak tie boli zmiešané spolu s „*represívnym duchom hrubého východného despotizmu*“.¹¹² Hoci sa znalosť rímskeho práva považovala za známku právnickej erudície, jeho zastaranosť a nejednoznačnosť dávala právnikom veľký priestor pre voľnú interpretáciu. Komplikovanosť právnických úvah v kontraste s jednoduchosťou myslenia obyčajného človeka nezapadala do osvietenскеj predstavy o práve. „*Pre osvietenске presvedčenie, v ktorom sa právo chápa ako verejne známy a všeobecne pochopiteľný prejav ľudského rozumu, bola aristokratická, ba priam až posvätná predstava jurisprudencie ukotvenej v tradícii rímskeho práva výrazom autoritárskeho vplyvu zložitej a tajupľnej vedy, ku ktorej obyčajný človek nemal žiadny prístup.*“¹¹³

Dôvody, pre ktoré chcel Montesquieu obmedziť forenzný výklad práva sú analogické dôvodom, ktoré k rovnakej veci uvádzal Jeremy Bentham. Terčom Benthamovej kritiky však nebolo rímske právo, ale právo *common law*. Podľa Benthama bolo *common law* zastaralým prameňom práva, ktorý nevyhovoval požiadavkám modernej doby. Ľudia sa jednoducho nedokázali orientovať v mase súdnych rozhodnutí, ktoré stanovovali myriady výnimiek z pôvodne jednoduchých pravidiel. Na pravidlo odvodené z *common law* sa človek nemohol spoľahnúť, pretože jeho aplikácia stála na umelých myšlienkových konštrukciách, ktoré sa vždy dali spochybniť. Navyše takéto právo, pokiaľ nebolo ustálené, pôsobilo retroaktívne. Ak je v Anglicku etab-

¹¹¹ Ibidem, s. 207, 225.

¹¹² MARCOS, M. H. Conceptual Aspects of Legal Enlightenment in Europe. In CANALE, D. – GROSSI, P. – HOFMANN, H. (eds.) *A History of the Philosophy of Law in the Civil Law World, 1600–1900*. Dordrecht: Springer, 2009, s. 88.

¹¹³ Ibidem, s. 88–89.

lovaný orgán so všeobecnou legislatívnou právomocou, uvažuje Bentham, potom je jednoducho neúnosné, aby bolo právo vyjadrené v takej forme, ktorej rozumie iba úzka vrstva špecialistov, zatiaľ čo bežný človek, ktorému dané právo ukladá povinnosti na každý všedný deň, nemá rozumnú šancu zistiť, ako tieto povinnosti vlastne znejú.¹¹⁴ Tak, ako bolo naznačené vyššie, Bentham sa s Montesquiem zhodoval nielen v diagnóze, ale aj v spôsobe liečby. *Common law* sa malo kodifikovať do podoby všeobsiahleho zákonníka. Dokonalý zákon bol podľa Benthama charakteristický najmä svojou úplnosťou: „*Na to, aby sa človek dozvedel, aké sú právne aspekty akejkoľvek činnosti, ktorú sme schopní predstaviť si vo sfére ľudského konania, by mu malo postačovať, aby si otvoril zákon.*“¹¹⁵ Každá výnimka z právneho pravidla by mala byť uvedená priamo v zákone. Zákonodarcovi sa nemôže stať, aby pri tvorbe zákona opomenul upraviť nejaký špecifický prípad, pretože zákon vždy upravuje celé druhy špecifik. No a ak by sa zákonodarcovi podarilo prijať zákonník, v ktorom by bolo obsiahnuté celé hmotné právo, potom by sudcovia pri jeho aplikácii nemali dôvod schýliť sa k jeho interpretácii. Ich úloha by sa v podstate obmedzila iba na autoritatívne určenie skutkového stavu konkrétneho prípadu.¹¹⁶

Ak sa Montesquieu a Bentham zhodli na tom, že medzi všetkými prameňmi práva má mať zákon exkluzívne postavenie, potom dôvody tejto zhody sa *primárne neopierali o pôvod, z ktorého zákon pochádzal, ale o účinky, ktorými pôsobil*. Závaznosť zákona sa tu teda neopierala primárne o autoritu, ale o povahu veci. Išlo však o osobitný typ vecného argumentu; o typ, ktorý sa neviazal na obsah konkrétneho zákona, ale na formu jeho druhového vymedzenia. V prvej polovici dvadsiateho storočia rozpracoval tento typ argumentu Max Weber v rámci svojich úvah o formálno-právnej racionalite. Systém panstva je podľa Webera formálno-právne racionálny za

¹¹⁴ „Keď chce pán naučiť psa novým kúskom, vrhne sa naňho a zbijie ho: zvieru si tak zapamätá okolnosti, za ktorých bolo zbité a takto získaná informácia sa v jeho hlave premení na pravidlo common law. Takéto je právo, takéto to je tá beztrstná, ale nevyhnutná, avšak o nič menej mrzká a úbohá tyrania, skrz celú šírku práva tvoreného súdmi a právnikmi, v ktorom nechal zákonodarca svoje spoločenstvo, opustiť ho i napriek povereniu, ktoré mu dal.“ BENTHAM, J. *The Works of Jeremy Bentham*, vol. 6. London: Simplin, Marshall & Co., 1843, s. 519–520.

¹¹⁵ BENTHAM, J. *Of Laws in General*. In LOBBAN, M. *A History of the Philosophy of Law in the Common Law World, 1600–1900*. Dordrecht: Springer, 2007, s. 168.

¹¹⁶ LOBBAN, M. *A History of the Philosophy of Law in the Common Law World, 1600–1900*. Dordrecht: Springer, 2007, s. 169.

predpokladu, ak sa v ňom „nerozkazuje v mene osobnej autority, ale v mene neosobnej normy a samo vynesenie rozkazu je tiež iba poslúchaním normy, nie slobodnou svojvôľou alebo milosťou či privilégium.“¹¹⁷ V systéme takéhoto panstva sa rozhoduje *sine ira et studio*, bez hnevu a priazne; bez ohľadu na pocity osobnej sympatie či antipatie; bez ohľadu na materiálnu spravodlivosť vymeranú osobitosťou konkrétneho prípadu. Vypočítateľnosť moci je podľa Webera súčasťou kultúry založenej na technologickom a ekonomickom pokroku.¹¹⁸

Zatiaľ čo v starom feudálnom svete sa zákon chápal ako vyjadrenie vôle panovníka, počnúc osvietenstvom začal byť zákon vyjadrením hraníc, ktoré táto vôľa nesmela prekročiť. Forma práva a vypočítateľnosť moci mohli byť uznávanými hodnotami iba do tej miery, do ktorej dokázali garantovať slobodu aj proti samotnej štátnej moci.¹¹⁹ V konečnom dôsledku to bol teda liberalizmus a jeho koncept negatívnej slobody,¹²⁰ ktorý vo veľkej miere pomohol odôvodniť záväznosť zákona a potlačiť nepísané formy práva. Či mal tento zákon prijímať parlament kreovaný v slobodných voľbách, to bola otázka, ktorá sa stala predmetom pozornosti francúzskych osvietencov až dvadsať rokov po vydaní Ducha zákonov.

2.5.2 Záväznosť z autority – parlament alebo ľud?

Iste, ako som spomenul v predošlej kapitole (1.7), od 13. storočia sa forma zákona začala postupne spájať s výlučnosťou zákonodarnej právomoci svetského nositeľa moci: zákon je prejav vôle panovníka, teda jeho záväznosť je odvodená od autority jeho tvorcu. Pohyb od absolutistickej monarchie smerom k demokracii však nebol priamy. Nešlo o to, že by sa *zákon ako prejav vôle monarchu* automaticky a bez ďalšieho vymenil za *zákon ako prejav vôle ľudu*. Ak bolo novým kultúrnym poslaním zákona chrániť slobodu ľudí, tak nie preto, že by sa na zákone začali uznávať práve tí ľudia, o ktorých slobodu išlo, ale preto, že zákon sa začal chápať ako hranica, ktorú štátna

¹¹⁷ WEBER, M. *K metodológii sociálnych vied*. Bratislava: Pravda, 1983, s. 395. Porovnaj: Rottleuthner, H. *Foundations of Law*. Dordrecht: Springer, 2005, s. 55. Pozri aj: RAZ, J. *Authority of Law: Essays on Law and Morality*. Oxford: Oxford University Press, 1979, s. 31.

¹¹⁸ WEBER, M. *Autorita, etika a spoločnosť: pohľad sociologa do dejín*. Praha: Mladá fronta, 1997, s. 78.

¹¹⁹ Pozri: HATTENHAUER, H. *Evropské dějiny práva*. Praha: C. H. Beck, 1998, s. 431.

¹²⁰ Pozri: BERLIN, I. Two Concepts of Liberty. In BERLIN, I. *Liberty (Incorporating Four Essays on Liberty)*. Oxford: Oxford University Press, 2002, s. 169.

moc nesmela prekročiť. Politickí a právni myslitelia z 18. storočia mali k demokracii poväčšine rezervovaný postoj. Podľa niektorých z nich bola demokracia nie garanciou, ale ohrozením občianskej slobody.¹²¹ Demokracia totiž „*prinášala so sebou demagógov, viedla k štiepeniu spoločnosti na politické frakcie a pre štáty formované na základe národného princípu bola organizačne veľmi nepraktická*“.¹²² Aj napriek tomuto rezervovanému postoju sa západná kultúra musela a chcela vysporiadať s problémom, ako rozšíriť participáciu na politickej moci. Participácia na moci bola totiž sprievodným znakom sekularizácie; emancipácie od náboženských dogiem tak vo vnútornom, ako aj spoločenskom živote: „*Po Westfálskom mieri z roku 1648 sa začalo formovať všeobecné povedomie o svetskom charaktere ľudskej existencie. V tomto povedomí sa začala politika chápať ako pravý historický osud vymedzený sekulárnou autoritou určujúcou pravidlá mierového spolužitia. A práve v tejto podobe politika prevzala úlohu, ktorú predtým plnilo náboženstvo*“.¹²³ Viera upínajúca sa na spasenie, ktorého sa dočkáme na onom svete, bola vytlačená vierou v schopnosť ľudského rozumu plánovať a riadiť historické udalosti tak, aby sme sa spásy dočkali už tu, na svete pozemskom. Sekularizácia verejného priestoru viedla k oživeniu starého významu politiky ako záležitosti, ktorá sa týka každého.¹²⁴ Ako však rozšíriť participáciu ľudí na veciach verejných bez toho, aby to viedlo k chaosu? Tak, že ich necháme rozhodovať nie o zákonoch, ale o ľuďoch, ktorí budú rozhodovať o zákonoch namiesto nich.

Je to princíp reprezentácie, ktorý viedol v priebehu prvej polovice 19. storočia k všeobecnej akceptácii demokratickej formy vlády. Zatiaľ čo pred

¹²¹ Napr. „Demokratické spoločnosti milujú rovnosť v každom čase, ale sú isté obdobia, keď sa ich vášnivá láska mení na posadnutosť. ... Nehovorte ľuďom, že keď sa tak slepo oddávajú jedinej výlučnej vášni, ohrozujú tým svoje výsostné záujmy; sú hluchí. Neukazujte im slobodu, ktorá im uniká, zatiaľ čo sú zaujatí ničím iným; sú slepí; či skôr vidia na svete len jediné dobro hodné závidi. To platí pre všetky demokratické štáty.“ TOCQUEVILLE, A. *O demokracii v Amerike*. Bratislava: Kalligram, 2006, s. 731.

¹²² HANSEN, M. H. *The Tradition of the Athenian Democracy A. D. 1750–1990. In Greece & Rome. 2nd Series, vol. 39, no. 1, 1992, s. 23.* Pozri aj: TURPIN, C. – TOMKINS, A. *British Government and the Constitution*, 6th ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2007, s. 34–35.

¹²³ MARCOS, M. H. *Conceptual Aspects of Legal Enlightenment in Europe*. In CANALE, D. – GROSSI, P. – HOFMANN, H. (eds.) *A History of the Philosophy of Law in the Civil Law World, 1600–1900*. Dordrecht: Springer, 2009, s. 77.

¹²⁴ *Ibidem*.

týmto obdobím sa so slovom demokracia spájala výlučne iba priama účasť ľudu na vláde, ktorá bola predstaviteľná iba v rámci menšieho mestského štátu, v 19. storočí sa postupne presadila koncepcia, v ktorej sa stal pojem demokracie zlučiteľným s pojmom reprezentácie.¹²⁵ Tak vznikol priestor na to, aby sa mohlo hovoriť o vláde ľudu aj v situácii, keď v skutočnosti vládol iba parlament.¹²⁶ V čase, keď sa v ľuďoch prebúdzali politické inštinkty a spolu s nimi aj potreba participácie na správe verejných záležitostí však bola takáto fikcia¹²⁷ uveriteľná iba za predpokladu, ak bol parlament alebo aspoň jeho časť, personálne obsadený na základe slobodných volieb. Reprezentatívna demokracia poskytla autorite parlamentu novú oporu. Ilustratívny príklad možno nájsť v krajinách *common law* systému, kde bola anglická predstava suverenity parlamentu postupne nahradená americkou predstavou suverenity ľudu.

Približne 20 rokov po Montesquieuho Duchu zákonov vydal William Blackstone svoje komentáre k anglickému právu, v ktorých obhajoval suverénne postavenie parlamentu. Právne pravidlá sú podľa Blackstona charakteristické tým, že ich záväznosť nezávisí od posúdenia ich rozumnosti zo strany toho, komu sú adresované, ale od vôle toho, kto ich vytvoril.¹²⁸ Právo teda predpokladá vzťah podriadenosti a nadriadenosti, pričom najvyššia nariadovacia moc spočíva podľa Blackstona v legislatívnej právomoci, ktorú stotožňuje so suverenitou. Všetky ostatné moci v štáte musia podliehať suverénovi, v opačnom prípade ústava dôjde k svojmu zániku.¹²⁹ Z charakteru suverénnej moci vyplýva, že v Anglicku môže byť jej držiteľom iba parlament. Blackstone tvrdí, že legislatívna právomoc anglického parlamentu je neobmedzená. Ak sa tak parlament rozhodne, môže zme-

¹²⁵ HANSEN, M. H. The Tradition of the Athenian Democracy A. D. 1750–1990. In *Greece & Rome*. 2nd Series, vol. 39, no. 1, 1992, s. 23. Porovnaj: TURPIN, C. – TOMKINS, A. *British Government and the Constitution*, 6th ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2007, s. 35 a nasl.

¹²⁶ Niektorí autori považujú akúkoľvek reprezentáciu ľudu za v podstate aristokratický inštitút. Pozri napr. ROUSSEAU, J. J. *O spoločenské smlouvě neboli o zásadách státního práva*. Praha: V. Linhart, 1949, s. 107.

¹²⁷ Reprezentácia je vzťah medzi subjektmi, v ktorom sa vôľa jedného stotožňuje s vôľou druhého. Reprezentácia má tak povahu právnej fikcie, pretože vedome zakladá nerozlučnú identitu medzi subjektmi, ktoré sú svojou povahou rozdielne. Pozri: JELLINEK, G. *Všeobecná státověda*. Praha: Jan Laichter, 1906, s. 600 a nasl.

¹²⁸ BLACKSTONE, W. *Commentaries on the Laws of England in Four Books*, vol. 1. Philadelphia: J. B. Lippincott Company, 1893, s. 45.

¹²⁹ *Ibidem*, s. 47, 50.

niť nástupnícky poriadok koruny či oficiálne náboženstvo krajiny. Parlament „*môže dokonca zmeniť aj ústavu kráľovstva či svoje vlastné postavenie; skrátka: môže zmeniť všetko, čo nie je fyzicky nemožné. Ak parlament niečo učíní, žiadna autorita na zemi to nemôže odčiniť.*“¹³⁰ Teda pokiaľ anglická ústava ostáva v platnosti, moc parlamentu je absolútna. Či už ako praktický dôsledok alebo ako teoretický predpoklad práve uvedeného citátu malo platiť, že v Anglicku „*niet žiadneho súdu, ktorý by mal moc zmariť úmysel zákonodarcu*“.¹³¹ Jednoducho zákony parlamentu smú ísť ďalej ako *common law* súdov, smú zájsť hlboko do ríše iracionality, napr. smú ustanoviť inštitút otroctva (viď. prípad Somersett).¹³² Iracionalita zákona však stále nie je dôvodom na jeho porušenie. Rezervovaný postoj k obsahu zákona neimplikuje automaticky aj rezervovaný postoj k pravidlu, podľa ktorého zákony sa majú dodržiavať. O aké dôvody sa toto pravidlo teda opiera? Prečo má podľa Blackstona parlament tak bezbrehú moc?

Anglický komentátor doktrínálne vychádzal z Hobbesovej spoločenskej zmluvy. Zmluvný súhlas so štátnou mocou Blackstone nevidel v tom, že držiteľia tejto moci reprezentujú tých, ktorým moc vládne, ale v tom, že táto moc vytvára politickú jednotu, *rovnováhu* medzi rôznymi spoločenskými triedami.¹³³ Suverénny anglický parlament potom nie je nič iné, ako len symbolom a garantom tejto rovnováhy. Blackstone sa okrem Hobbesa nechal inšpirovať aj antickými prameňmi. Totiž podľa neho práve len vďaka parlamentu môže Anglicko o sebe prehlásiť, že má *zmiešanú formu vlády*, v ktorej sa kombinujú výhody tak demokracie (dolná snemovňa), ako aj aristokracie (horná snemovňa) a monarchie (kráľ s právom zvolávať parlament a s právom veta).¹³⁴ Napokon takéto zloženie je výrazom rovnováhy

¹³⁰ Ibidem, s. 162.

¹³¹ Ibidem, s. 92.

¹³² Porovnaj: ORTH, J. Blackstone's Rules on the Construction of Statutes. In PREST, W. (ed.) *Blackstone and his Commentaries. Biography, Law, History*. Oxford – Portland: Hart Publishing, 2009, s. 85.

¹³³ Porovnaj: LOBBAN, M. *A History of the Philosophy of Law in the Common Law World, 1600–1900*. Dordrecht: Springer, 2007, s. 99. K histórii myšlienky o rovnováhe moci pozri aj: SCHMITT, C. *Constitutional Theory*. London – Durham: Duke University Press, 2008, s. 221.

¹³⁴ K termínu „zmiešaná vláda“ pozri: WILLS, G. Úvod. In HAMILTON, A. – MADISON, J. – JAY, J. *Listy federalistov*. Bratislava: Kalligram, 2002, s. 45 a nasl. Antický pôvod termínu možno stopovať u Aristotela, Polybia či Cicera. Bližšie pozri: ARISTOTELES. *Politika*. Bratislava: Kalligram, 2006, s. 70. KRŠKOVÁ, A. *Dejiny politickej a právnej filozofie*. Bratislava: Iura Edition, 2011, s. 90 a 104.

nielen medzi rôznymi spoločenskými triedami (pôvodmi moci), ale aj medzi rôznymi vláderskými kvalitami (účinkami moci). Blackstone totiž veril, že predispozíciou demokracie je verejná cnosť či dobrota úmyslu, predispozíciou aristokracie je múdrosť založená na skúsenosti a predispozíciou monarchie je sila, či efektívnosť donucovacích prostriedkov: „*Demokracie sú zvyčajne najlepšie nastavené na určenie cieľu práva; aristokracie zas na určenie prostriedkov, ktorými možno daný cieľ dosiahnuť a monarchie na to, aby sa týchto prostriedkov chopili.*“¹³⁵ Anglická ústava je teda tak dokonalá, že by ju nemohlo ohroziť nič iné okrem narušenia rovnováhy medzi jednotlivými vetvami legislatívneho orgánu.

Ak má parlament autoritu primárne len kvôli tomu, že vie garantovať spoločenskú stabilitu, potom musí stačiť, ak sú v ňom zastúpené len tie zložky spoločnosti, ktoré sú reálne schopné túto stabilitu narušiť. V rovine základných predpokladov tak moc podľa Blackstona nevzniká na základe *súhlasu* ovládaných, ale skôr na základe *záujmu* udržať medzi ovládanými mierové spolužitie. To je celkom v súlade s Hobbesovým poňatím spoločenskej zmluvy. Hobbes síce tvrdí, že štát vzniká na základe zmluvy, a teda na základe súhlasu ovládaných, avšak tento súhlas nechápe ako základný predpoklad vzniku štátu, ale len ako dôsledok vyplývajúci z toho, čo má štát robiť, a síce ako dôsledok toho, že štát zachováva mierové spolužitie. Ľudia sa tak nakoniec podriaďujú štátnej moci nie preto, že s ňou súhlasia, ale preto, že je v ich záujme, aby nežili v stave vojny všetkých proti všetkým.¹³⁶ Z pohľadu demokratickej ideológie je však neprípustné, aby sa súhlas ľudu s určitou vládou *predpokladal* len na základe nejakého pomyselného prospechu, ku ktorému má táto vláda smerovať. Záujem či prospech ovláda-

¹³⁵ BLACKSTONE, W. *Commentaires on the Laws of England in Four Books*, vol. 1. Philadelphia: J. B. Lippincott Company, 1893, s. 51.

¹³⁶ „Jediná cesta ako zriadiť takú spoločnú moc, ktorá by bola schopná ochrániť ľudí pred vpádmi cudzincov a pred bezprávím, ktoré činí jeden druhému, a tým ich zabezpečiť tak, aby sa vlastnou usilovnosťou a plodmi zeme mohli sami užiť a žiť v spokojnosti, je zveriť všetku ich moc a silu jednému človeku alebo jednému zhromaždeniu...“ (HOBBS, T. *Leviathan aneb látka, forma a moc státu církevního a politického*. Praha: Oikoymenth, 2009, s. 120). Teda najskôr sa tu postuluje záujem (spokojnosť, ochrana pred bezprávím...) a následne sa tu tvrdí, že štát je *jedinou* cestou, ako tento záujem presadiť. Z toho sa potom vyvodzuje, že štát vznikol na základe súhlasu. Táto autoritárska koncepcia „súhlasu“ je založená na tom, že Hobbes podsúva každému človeku svoje subjektívne presvedčenie, podľa ktorého strasti plynúce z občianskej vojny sú vždy horšie ako strasti plynúce zo zneužitia moci (Ibidem, s. 128–129), a preto si každý radšej „dobrovoľne“ vyberá život v štáte.

ných (vláda *pre ľud*) nie je to isté ako ich súhlas (vláda *ľudu*), v opačnom prípade by sme museli považovať každú štátnu moc za odvodenú od ľudu, pretože každá štátna moc má ambíciu byť vnímaná ako prospešná pre tých, ktorým vládne.¹³⁷

Fiktívnu povahu súhlasu, z ktorého britský parlament čerpal svoju autoritu si jasne uvedomili americkí revolucionári. Na čo im bola parlamentná symbióza medzi kráľom, šľachtou a majetnými, keď v parlamente nemalo zastúpenie zámorské obyvateľstvo? Obzvlášť citlivou bola táto otázka pri výbere daní: Ako si mohol britský parlament dovoliť zaťažiť daňovou povinnosťou osoby, ktoré v ňom nemali zastúpenie? Práve spor o dane medzi americkými kolóniami a britskou metropolou je ukázkou toho ako sa v druhej polovici 18. storočia vyvíjal vzťah medzi autoritou parlamentu a reprezentatívnosťou jeho zloženia. Predstavitelia britskej vlády na počiatku sporu prišli s doktrínou virtuálnej reprezentácie, podľa ktorej kolonisti, podobne ako mnohí obyvatelia samotnej Británie, boli v parlamente reprezentovaní aj napriek tomu, že si ho nevolili.¹³⁸ Tento argument vychádza z Hobbesovej koncepcie spoločenskej zmluvy, v ktorej sa ochrana záujmov ovládaných (najmä ich bezpečnosť) zdala byť dôležitejšia ako to, či ovládanie s touto ochranou vôbec súhlasia. Ide tu o typický omyl aristokratického vládcu: „Ak vládne v prospech ovládaného, jeho súhlas s mojou vládou môžem *odôvodnene* predpokladať, čo znamená, že ovládaného nemusím *zbytočne* žiadať, aby mi svoj súhlas vyjadril výslovne.“ Virtuálna reprezentácia, ktorej autori si zamieňali prospech ľudu s jeho výslovným súhlasom, sa neujala. Avšak aj napriek tomu, obhajcovia britského parlamentu neprestávali pochybovať o tom, že jeho suverénna vláda sa vzťahuje aj na zámorské územia. Podľa ich názoru bolo všeobecne uznávanou pravdou, že v každom štáte musí existovať najvyššia a nekontrolovateľná moc, pričom je dopredu vylúčené, aby v jednom štáte bolo takýchto mocí viac. V každom štáte je vždy iba jeden suverén a v Spojenom kráľovstve Veľkej Británie je ním westminsterský parlament.¹³⁹

Americkí kolonisti suverénnu moc parlamentu odmietali: jednak sa im nevidelo správne, aby smela byť úplne bezbrehá, keďže každý človek má

¹³⁷ KELSEN, H. Foundations of Democracy. In *Ethics*, 1955, vol. 66, no. 1, s. 2–6.

¹³⁸ GREENE, J. P. Law and the Origins of the American Revolution. In GROSSBER, M. – TOMLINS, CH. (eds.) *The Cambridge History of Law in America*, vol. 1. Cambridge University Press, 2008, s. 454.

¹³⁹ *Ibidem*, s. 461, 475. LOBBAN, M. *A History of the Philosophy of Law in the Common Law World, 1600–1900*. Dordrecht: Springer, 2007, s. 123–130.

určité vrodene práva; jednak pochybovali o tom, či je táto moc výlučná, keďže podľa tradičného názoru môže právo vznikáť nielen z vôle suveréna, ale aj z obyčaje zachovávanej od nepamäti. Suverénna moc parlamentu však mala najväčšiu slabinu práve v tom, že sa neopierala o súhlas tých, ktorým mala vládnuť.¹⁴⁰ Americkí kolonisti spravovali svoje verejné záležitosti prostredníctvom vlastných inštitúcií a tam, kde na zabezpečenie vlastných záujmov nemali efektívne inštitúcie, zobrali moc do vlastných rúk. Napokon ľudová revolta zohrala veľkú úlohu aj v zápase s britským impériom. Bostonské pitie čaju bolo len jedným z mnoho príkladov, kedy sa kolonisti postavili na odpor proti tým zákonom britského parlamentu, ktoré považovali za protiústavné. Miestne úrady podobné akcie skôr podporovali, pretože boli presvedčené, že slúžia verejnému záujmu.¹⁴¹ V teoretickej rovine sa za pôvodného držiteľa suverénnej moci začal považovať ľud.¹⁴² Jeho súhlas s verejnou mocou už však nebolo možné odvodiť z toho titulu, že verejná moc koná v jeho záujme. Domnelé konkludentné prejavy súhlasu sa mohli týkať nanajvýš obyčajového práva, ktoré sa dedilo z generácie na generáciu, avšak americkým demokratom išlo práve aj o to, aby sa právo raz a navždy prestalo dediť. Verejný priestor, rovnako ako každý kus pôdy na zemi, bol vytvorený pre potreby živých, nie mŕtvych, a preto je to práve súčasná generácia ľudí, ktorá má vyslovovať súhlas s platným právom a nemá sa zbytočne zafažovať s povinnosťami, ktoré odsúhlasili generácie staršie.¹⁴³ Americká revolúcia mala oslobodiť kolonistov nielen od britskej nadvlády, ale aj od starých feudálnych inštitúcií, v ktorých sa moc delila na základe rodového princípu. V novom svete sa mala moc deliť rovnako medzi všetkých, čo znamená, že nadvláda jedného nad druhým mohla byť ospravedlnená iba tak, že ovládaný s touto nadvládou súhlasil. To, čo radikálni demokrati postulovali ako základný princíp vlády sa však mohlo uchytiť len postupne, v priebehu dlhých desaťročí po revolúcii. Reprezentatívna demokracia so

¹⁴⁰ GREENE, J. P. *Law and the Origins of the American Revolution*. In GROSSBER, M. – TOMLINS, CH. (eds.) *The Cambridge History of Law in America*, vol. 1. Cambridge University Press, 2008, s. 460, 470.

¹⁴¹ *Ibidem*, s. 469–472.

¹⁴² LOBBAN, M. *A History of the Philosophy of Law in the Common Law World, 1600–1900*. Dordrecht: Springer, 2007, s. 130. ZAKIM, M. *Creating a Democracy of Common Man*. In ADAMS, S. P. (ed.) *A Companion to the Era of Andrew Jackson*. West Sussex: Wiley-Blackwell, 2013, s. 171.

¹⁴³ PARKER, K. M. *Common Law, History, and Democracy in America, 1790–1900: Legal Thought before Modernism*. Cambridge: Cambridge University Press, 2011, s. 74.

všeobecným volebným právom sa mohla etablovať až po tom, čo americká spoločnosť prešla od agrárnej k trhovej ekonomike; teda až po tom, čo statkára zodpovedného za riadny chod svojej usadlosti vystriedal anonymný jednotlivец, ktorý sa vlastnými schopnosťami snaží presadiť v konkurenčnom trhovom prostredí.¹⁴⁴ Volebné právo sa rozšírilo z vlastníkov pôdy na všetkých slobodných mužov bielej farby pleti vo viere, že široké masy voličov sa budú sebaovládať; že pri využití svojej moci nepodľahnú pokušeniu túto moc zneužiť. Cnosť, ktorá sa dnes považuje za základný kánon legítimneho výkonu súdnej moci – sebalimitácia – sa pôvodne kládla na srdce občanovi, ktorý získal volebné právo bez akejkoľvek väzby na veľkosť svojho majetku. Tak v Amerike, ako aj na európskom kontinente sa v priebehu 19. a 20. storočia rozširovalo volebné právo jednak pod vplyvom predstavy, že aj obyčajný človek dokáže ovládať svoje vášne a uvážene rozhodovať vo veciach verejného záujmu, jednak pod tlakom, ktorý tento obyčajný človek začal vyvíjať na vládu, keď sa mu prestalo páčiť, ako mu vládla.

2.5.3 Argument proti autorite

Súčasný argumenty v prospech záväznosti zákona v podstate kopírujú základné smery osvietených úvah, ktoré boli predmetom predchádzajúcich riadkov.¹⁴⁵ Už z nich možno bezpečne usudzovať, že záväznosť zákona nie je odvodená výlučne iba od autority svojho tvorca, a síce že záväznosť zákona môže byť odvodená aj od toho *ako* tento zákon vyzerá a *čo* ustanovuje. Nielen jeho pôvod, ale aj jeho účinky zdôvodňujú jeho záväznosť. Dnes sa už síce nehovorí o tom, že zákony by mali byť jasné aj „prostému otcovi rodiny“, no často sa spomína právna istota, predvídateľnosť či prehľadnosť právneho poriadku.¹⁴⁶ Tiež o deduktívnom štýle súdneho rozhodovania by sa dalo povedať, že je odôvodnený aj osobitosťami *vyjadrenia* zákona,

¹⁴⁴ ZAKIM, M. Creating a Democracy of Common Man. In ADAMS, S. P. (ed.) *A Companion to the Era of Andrew Jackson*. West Sussex: Wiley-Blackwell, 2013, s. 170–174.

¹⁴⁵ Zákon je záväzný, pretože: a) jeho dodržiavanie posilňuje právnu istotu a tým sa chráni negatívna sloboda ľudí; b) jeho dodržiavanie v zásade vedie k posilneniu formálnej rovnosti medzi ľuďmi; c) jeho dodržiavanie je naplnením vlády ľudu prostredníctvom ich zástupcov, ktorí zákon prijali.

¹⁴⁶ „Popri materiálnej kvalite však zložkou „správneho“ alebo „dobrého“ práva je tiež kvalita formálna. Ide o tzv. formálne hodnoty práva, ktoré síce neurčujú obsah právnych predpisov, majú však právu zaistiť existenciu, akceptáciu a aplikovateľnosť: hodnoty poriadku, predvídateľnosti, slobody, právnej rovnosti či právnej istoty“. Nález ÚS ČR so sp. zn. Pl. ÚS 77/06 (Legislatívne prílepky) zo dňa 15. 2. 2007, bod 45, (zdroj: <http://nalus.usoud.cz/>).

z ktorého sa súdna dedukcia má robiť (zákon je neprotirečivý, zrozumiteľný, všeobšiahly...), a nielen osobitosťami subjektu, ktorý tento zákon prijal. Koncom 18. storočia sa z predvídateľnosti moci stala hodnota, pretože spoločnosť cítila, že sa bez slobody, ktorú jej táto predvídateľnosť zaručuje, nedostane ďalej. V čase, kedy hlavné ohrozenie slobody prichádzalo zo strany absolutistického panovníka či úplatných súdov bola predstava zákona ako garancie slobody zlučiteľná s predstavou zákona ako prejavu vôle parlamentu. Pokiaľ bola garancia ľudskej slobody spojená s oslabovaním výkonnej a súdnej moci, potom parlament túto slobodu chránil v rámci svojho bežného zápasu o politický vplyv a úvahy o tom, či by svoju moc zneužil, neboli aktuálne.

No nielen forma zákona, ale aj samotná autorita jeho tvorcu je vecne odôvodnená. Totiž v diskusii o záväznosti zákona nepôsobí odkaz na autoritu zákonodarcu ako argument *per se*. Obhajcovia autoritatívnej záväznosti zákona zvyčajne neostávajú pri tvrdení „lebo to tak stanovil zákonodarca“, ale idú ďalej, keď dokazujú, že inštitúcia zákonodarnej moci slúži nejakému vyššiemu cieľu alebo základnejšej hodnote. Tak ako bola zákonodarná moc Blackstonovho parlamentu iba prostriedkom na zaistenie spoločenskej rovnováhy medzi rôznymi spoločenskými frakciami, tak bola zákonodarná moc v severoamerickom prostredí chápaná iba ako prostriedok na vyjadrenie hodnoty rovnosti v slobode všetkých tých jednotlivcov, ktorí sa smeli spolupodieľať na jej konštituovaní. Najskôr to boli iba tí, ktorí vedeli ovládať svoje vášne a neskôr sa k nim pridali všetci ostatní, snáď iba okrem detí.

Možno však tvrdiť, že používanie vecných argumentov na podporu autoritatívnej záväznosti zákona automaticky vedie k tomu, že zákon má *iba* „argumentačnú záväznosť“, teda záväznosť podobnú tej, ktorú má kontinentálny precedent? Nie: napriek tomu, že dodržiavanie zákonov je odôvodnené aj vecne, neznamená to, že záväznosť zákona stráca svoj autoritatívny rozmer. Praktický efekt používania vecných argumentov odôvodňujúcich autoritu zákonodarcu spočíva v tom, že záväznosť zákona ako osobitného druhu prameňa práva sa chápe ako najspravodlivejší, najprospešnejší či najrozumnejší *spôsob* riešenia medziludských konfliktov *vo všeobecnosti*. Dôraz je na slovách „spôsob riešenia“ a „vo všeobecnosti“, pretože tieto vecné argumenty nemusia viesť k tomu najspravodlivejšiemu, najprospešnejšiemu či najrozumnejšiemu *výsledku* riešenia v konkrétnom prípade. Joseph Raz by povedal, že vecné argumenty podporujúce autoritu zákona sú len *second-order reasons*, dôvody vyššieho rádu, teda dôvody, ktoré nám nehovoria bezprostredne to, prečo máme rozhodnúť v konkrétnom prípade tak

alebo onak, ale to, prečo máme pri riešení konkrétneho prípadu používať tie alebo oné normy.¹⁴⁷

Uvedené však neznamená, že autoritatívnym rozmerom sa závaznosť zákona vyčerpáva. Nie, nevyčerpáva. Existujú prípady, v ktorých občania a sudcovia zvažujú, či zákon aplikovať na konkrétny prípad aj podľa toho, k akým účinkom by táto aplikácia viedla, a nielen podľa toho, z akého pôvodu zákon pochádza. Ak by sme za nedostatok formálneho vyjadrenia zákona považovali už len to, že zákon dáva na jednu skutkovú situáciu viacero možných odpovedí (tj. z povahy veci je vylúčený Montesquieho deduktívny štýl súdneho rozhodovania), potom dodržanie zákona v tejto situácii predpokladá vybrať si z možných výkladových alternatív práve tú, ktorá sa sudcovi javí byť najspravodlivejšia, nech už sú jeho predstavy o spravodlivosti akokoľvek subjektívne. Teda ak legislatívna činnosť inak uznávanej autority generuje výsledky, ktoré nemajú dokonalú formu – zákony sú protirečivé, je ich príliš veľa, vytvárajú neprehľadné väzby, majú nevyvážený pomer medzi jasnosťou a zrozumiteľnosťou, sú nedostatočne zverejnené, menia sa príliš často, nemajú štruktúru zaručujúcu ich vynútenie, ukladajú nesplniteľné povinnosti, upravujú obsahovo nesúvisiace spoločenské vzťahy – potom sa ich závaznosť oslabuje v krajnom prípade až do takej miery, že občan či sudca sa ich rozhodne „aplikovať“ iba vtedy alebo iba v takej variante, ktorú považuje za spravodlivú. Sudca, ktorý uznáva autoritu zákonodarcu, by si pri riešení konkrétneho prípadu veľmi rád nechal od neho prikázať, ako má rozhodnúť, na jeho nešťastie však zákonodarca vydal príkaz, ktorému pri všetkej dobromyselnosti nerozumie.¹⁴⁸

Nejde len o formu zákona, vo výnimočných situáciách sa argumentačne popiera i sama autorita jeho tvorca. Typicky ide o obdobie pred, počas a po revolúcii, v ktorom sa zápas medzi ideológmi jednotlivých mocenských frakcií strieda so zápasom občanov priamo na ulici. Američania odmietali britské zákony, pretože neboli zastúpení v orgáne, ktorý ich vydával. Socialistickí revolucionári odmietali zákony kapitalistickej spoločnosti, pretože verili, že boli prejavom vlády menšiny bohatých nad väčšinou chudobných. Čo majú v takýchto situáciách robiť súdy? Súc v revolučných časoch, majú predtým, než začnú riešiť konkrétny prípad, zvážiť argumenty podporovateľov a odporcov režimu a až na základe tejto úvahy rozhodnúť,

¹⁴⁷ RAZ, J. *Practical Reason and Norms*. New York: Oxford University Press, 2002, s. 39 a nasl.

¹⁴⁸ K tomu pozri heslo „kreativita z neurčitosti práva“ v časti 1.7.

či zákony daného režimu niekoho zaväzujú? Takéto riešenie vyzerá na prvý pohľad optimálne: sudca si sadne za stôl a z pozície nestranníka rozhodne, na ktorej strane barikády stoja tí dobrí a na ktorej tí zlí. Zároveň však ide o grotesku: v danej spoločenskej situácii by bolo rozhodnutie v merite veci zároveň vypovedaním vojny tej strane, ktorá v danej veci prehrala. Totiž súd by dokázal spor o odôvodnenie autority parlamentu vyriešiť iba za predpokladu, ak by požíval dôveru ako nestranník a ak by požívalo dôveru právo, na základe ktorého by rozhodoval, čo sú však predpoklady, ktoré sú nezlučiteľné s revolučným stavom krajiny. V súhrne: tam, kde je sudca, tam je aj právo a tam kde je právo, tam nie je revolúcia, teda zvyčajne ani vecný spor o tom, či má doterajší zákonodarca dostatočnú autoritu na vydávanie zákonov. Opačne: tam, kde je vecný spor o autoritu zákonodarcu, tam nie je sudca, ktorý by tento spor rozhodol.

Hoci konflikt o odôvodnenie autority parlamentu *prakticky* nesmeruje k súdnemu konaniu o tom, či zákony, ktoré táto autorita vydáva, sú alebo nie sú záväzné, tento konflikt predsa len môže viesť k tomu, že záväznosť zákonov sklzáne do argumentačnej roviny. Pokiaľ sa sudcovia výkonom svojej právomoci nezúčastňujú revolučného diania, teda pokiaľ rozhodujú napr. iba súkromnoprávne veci nezaťažené predmetom revolučného konfliktu, potom môžu aplikovať niektoré „zákonné“ ustanovenia práve na základe ich argumentačnej sily. Spoločenská akceptácia rozhodnutia, v ktorom sa aplikovali normy rodinného práva, napr. inštitútu monogamného manželstva, bude v takom prípade podmienená nie tým, že dané normy prijal parlament, ale tým, že sa do daného času v danej spoločnosti osvedčili ako spravodlivé, rozumné či prospešné. V československej teórii sa v tejto súvislosti používal termín „materiálna kontinuita“ právneho poriadku. Podľa Františka Weyra sa materiálna kontinuita prejavovala v *právnych inštitútoch*, ktoré sa „vyskytujú súčasne v mnohých právnych poriadkoch a pretrvávajú stáročia, celkom bez ohľadu na mnohé revolúcie, ktoré mali vzápätí pretrhnúť kontinuitu práva v zmysle formálnom.“¹⁴⁹ Je to práve politická nestabilita a na ňu naviazaná oslabená autorita legislatívnej moci, ktorá zviditeľňuje materiálnu kontinuitu práva. Domácim príkladom nech je Uhorsko, v ktorom sa trvalá impotencia legislatívnej moci manifestovala v silnej

¹⁴⁹ WEYR, F. *Úvod do studia právnického: Normativní theorie*. Brno: Právnik, 1946, s. 57.

tradícii obyčajového práva, pričom obyčajové právo ako jediné dokázalo materiálnej kontinuite práva poskytnúť aspoň akú-takú právnu formu.¹⁵⁰

V poslednom rade: vecné argumenty v prospech záväznosti zákona, či už sa týkajú formy zákona alebo autority jeho tvorca, sa môžu dostať do priameho konfliktu s vecnými argumentmi v prospech spravodlivého riešenia konkrétneho prípadu. Akokoľvek pádne môžu byť argumenty proti Aristotelovej epikii, či dokonca proti Radbruchovej formuly, tieto argumenty predsa len nedokážu vylúčiť možnosť, že sudca v konkrétnom prípade odmietne aplikovať zákon z dôvodu jeho prílišnej tvrdosti či extrémnej nespravodlivosti. V tomto prípade nejde o konflikt medzi pozitívnym a prirodzeným právom, ale o morálnu voľbu.¹⁵¹ To, či dozorca v koncentračnom tábore nechá vpustiť do komory plnej nevinných ľudí smrtiaci cyklón B, nezávisí od nejakej teoretickej analýzy pojmu práva, ale od jeho osobného rozhodnutia. Výsledky teoretickej analýzy pojmu zákona predostreté v zozname žiaducich hodnôt – právna istota a rovnosť v slobode všetkých – môžu vždy pôsobiť len ako dôvody, ako motívy ľudského rozhodnutia dodržiavať zákon, avšak samé toto rozhodnutie nijako nenahrádzajú. Dodržanie zákona v konkrétnom prípade je nielen dôsledkom nejakého príkazu či normy, ono je vždy aj následkom osobného rozhodnutia nejakého konkrétneho človeka.¹⁵² A ak sa človek dostane do konkrétnej situácie, v ktorej prestane dodržiavať zákon z číreho automatizmu svojho správania a namiesto toho začne rozmýšľať o tom, či je dodržanie zákona vôbec správne, potom

¹⁵⁰ O postavení obyčaji v Uhorsku pozri: LUBY, Š. *Dejiny súkromného práva na Slovensku*, 2. vyd. Bratislava: Iura Edition, 2002, s. 58–65. O zotrvačnej sile právnej obyčaje na území Slovenska aj po prijatí Ústavnej listiny ČSR pozri: LACLAVÍKOVÁ, M. *Právna obyčaj – prameň práva na území Slovenska v období medzivojnovnej ČSR*. In *Historia et Theoria Iuris*. roč. 2, č. 4, 2010, s. 27 a nasl.

¹⁵¹ Domáceho čitateľa na to upozorňuje Sobek. SOBEK, T. *Argumenty teorie práva*. Praha: Ústav státu a práva, 2008, s. 279 a nasl. SOBEK, T. *Právní myšlení: kritika moralismu*. Praha: Ústav státu a práva, 2011, s. 362 a nasl. Sobek hovorí, že ak je základným východiskom pozitivizmu téza „právo je spoločenský fakt“, potom zastávanie tejto tézy nijako neimplikuje rozhodnutie o tom, či sa právo má alebo nemá dodržiavať. Téza spoločenského faktu je nielen kompatibilná s Radbruchovou formulou, ona sama kladie predpoklady, vďaka ktorým je Radbruchova formula vôbec formulovateľná, pretože sama zakladá rozdiel medzi právom a spravodlivosťou.

¹⁵² K tomu pozri aj heslo „kreativita z morálnej integrity“ v časti 1.7. Ako si ukážeme v časti 3.3.2.b), v praxi sa stáva, že na časovej osi je ako prvé osobné rozhodnutie konkrétneho človeka a až následne je k nemu vymyslené „právo“, z ktorého toto osobné rozhodnutie akože „vyplýva“.

vnútorná záväznosť zákona stratila preňho autoritatívny rozmer a chápe ju argumentačne. Čestným sudcom a čestným ľuďom sa to stáva iba vtedy, ak ich *osobné* rozhodnutie dodržať zákon vedie k absurdným či nespravodlivým výsledkom.¹⁵³ Samozrejme, k absurdným či nespravodlivým podľa ich *vlastného* úsudku. No ak sa raz sudcovia či ľudia verejne priznajú k tomu, že nedodržali zákon, pretože podľa ich vlastného úsudku bol príliš prísny alebo extrémne nespravodlivý, spravidla to robia vo viere, že tento ich úsudok je natoľko presvedčivý, že ho ostatní členovia spoločnosti *uznajú* ako *oprávnený*. Boj o uznanie nie je vždy len bojom o voličské hlasy. Boj o uznanie je niekedy aj bojom za oprávnené porušenie zákona.¹⁵⁴

Teda záväznosť zákona je nielen autoritatívna, ale je aj argumentačná. Zákon je záväzný nielen kvôli tomu *кто* ho prijal, ale aj kvôli tomu *ako* vyzerá a kvôli tomu *čo* stanovuje. Uvedené platí tak pre zákony v krajinách *common law*, ako aj pre zákony v krajinách kontinentálnej právnej kultúry. Hoci zákon vždy a všade zaväzuje viac kvôli svojej autorite a menej kvôli svojej rozumnosti, miera, v ktorej sú zastúpené tieto dve kvality, sa môže rôzniť z krajiny na krajinu. Napríklad anglický parlament požíva v Anglicku väčšiu autoritu ako slovenský parlament na Slovensku. Rozumnosť zákonov anglického parlamentu je súdne nepreskúmateľná: zákonodarca smie vo

¹⁵³ Niektorí ľudia sa jednoducho nechcú podieľať na šírení toho, čo považujú za zlo. Teda odmietnutie aplikácie práva, ktoré sa javí byť nemorálne, či dokonca neuznanie jeho platnosti, nemusí byť nutne spojené s „moralizmom“, teda s pretláčaním súkromnej predstavy morálky do právne vynúiteľnej podoby. Ľudia môžu neuznať (v ich očiach) nemorálne právo nie preto, že chcú šíriť svoju víziu dobra, ale preto, že sa nechcú stať súčasťou mašinérie zla: „Nemáme sa teda snažiť zachrániť svet, ale obstať v ňom, jediné skutočné dobrodružstvo, ktoré nám v tejto neskorej dobe ešte ostáva.“ DÜRRENMATT, F. *Podezření*. Praha: Odeon, 1989, s. 176.

¹⁵⁴ Dôvody prvého rádu sú niekedy tak závažné, že nútia človeka prelomiť dôvody druhého rádu, a to vo forme rozširovania zoznamu výnimiek z pravidiel. Uznanie normotvornej autority tak v zásade vyzerá takto: „Musím plniť rozkazy nadriadeného okrem tých, ktoré...“ alebo „Parlament môže prijať akýkoľvek zákon okrem tých, ktoré...“ alebo „Väčšinovým hlasovaním sa môže schváliť všetko okrem...“ Pre zachovanie právnej istoty je kľúčové, aby boli všetky výnimky z pravidla obsiahnuté v samom pravidle, avšak ide o cieľ, ktorý sa nie je vždy podarí dosiahnuť. Preto v zásade všetky pravidla ostávajú „prelomiteľné“ („defeasible“). K tomu pozri: PERRY, S. R. Judicial Obligation, Precedent and the Common Law. In *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 7, no. 2, 1987, s. 221. CHAPMAN, B. Law Incommensurability, and Conceptually Sequenced Argument. In *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 146, no. 5, 1998, s. 1508. PECZENIK, A. *Scientia Juris: Legal Doctrine as Knowledge of Law and as a Source of Law*. Dordrecht: Springer, 2005, s. 13–14, 115 a nasl.

svojom zákone prijať aj niečo nerozumné, čo znamená, že v prípade ak by tak urobil, sudcovia závaznosť tohto zákona nebudú spochybňovať. Veď ako by aj mohli, keď zákony smie tvoriť výlučne len zákonodarca, a to na základe ústavy, ktorá nie je postavená *nad* ním?¹⁵⁵ Práve tu vidieť ostrý kontrast k autorite slovenského zákonodarcu, ktorý musí pri tvorbe zákonov rešpektovať ústavu, pričom právomoc určiť, či tento rešpekt prejavuje dostatočne, drží vo svojich rukách ústavný súd. Ústavný súd môže vyhlásiť zákon za protiústavný, čo bez ďalšieho vedie k strate jeho závaznosti. Teda čím širšie a detailnejšie bude ústavný súd „vykladať“ ústavu, tým viac bude priťahovať reťaze, v ktorých je spútaná zákonodarcova „voľná úvaha“; priestor pre kreatívne regulovanie spoločenských vzťahov formou zákona. Demokrat, ktorý opiera autoritu zákonodarcu o súhlas ľudu by dodal, že nejde len o obmedzovanie voľnej úvahy nejakého štátneho orgánu, ale aj o obmedzovanie férovej politickej súťaže; o obmedzovanie mierumilovného mechanizmu na riešenie hodnotových a záujmových konfliktov; o obmedzovanie súhlasu občana s mocou, ktorá mu vládne.¹⁵⁶ Navzdory tomu všetkému musí slovenský zákonodarca pri tvorbe zákonov rešpektovať názory ústavného súdu o tom, čo je a čo nie je protiústavné: zákon musí opierať svoju závaznosť nielen o autoritu zákonodarcu, ale aj o určitú minimálnu mieru svojej vlastnej rozumnosti; musí ju opierať o súlad s ľudskými právami a s princípmi demokratického a právneho štátu. Ak sa zákon o takýto súlad neopiera, koleduje si o to, že sa o jeho závaznosti bude polemizovať.

¹⁵⁵ „Nad“ vo formálno-právnom zmysle, ktorý je vyjadrený v inštitúte právnej sily: ústava je nad zákonodarcom, pretože má väčšiu právnu silu ako jeho zákony. Aj keď vydaním Human Rights Act 1998 britský parlament poveril súdy, aby jeho zákony interpretovali v pokiaľ možno čo najväčšom súlade s Európskym dohovorom o ochrane ľudských práv a aby urobili „prehlásenie o nesúlade“ v každom konkrétnom prípade, v ktorom by takáto „interpretácia“ mala viesť k porušeniu zákonov, stále nejde o súdnu kontrolu ústavnosti v klasickom zmysle slova, pretože „vyhlásenie o nesúlade“ nemá žiadne právne účinky. Pozri: TURPIN, C. – TOMKINS, A. *British Government and the Constitution*, 6th ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2007, s. 63. Ide teda o to, či zákon porušuje ľudské práva explicitne: ak áno, súdy jeho platnosť nedokážu zvrátiť. Teda britské súdy napríklad „interpretujú trestné zákony tak, aby nemali retroaktívny účinok, ibaže by ich zákon jednoznačnosťou svojich ustanovení nútil konať opačne“ (Ibidem, s. 99).

¹⁵⁶ Presvedčivé podanie týchto argumentov možno nájsť v: PROCHÁZKA, R. *Lud a sudcovia v konštitučnej demokracii*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2011. K tomu pozri aj časť 4.3

2.6 Závaznosť precedentu

O závaznosti precedentu platí, podobne ako pri zákone, že sa opiera jednak o autoritu svojho tvorcu a jednak o svoju vlastnú rozumnosť. Pri precedencoch, na rozdiel od zákonov, je pomer medzi týmito dvoma kvalitami v neprospech autority a v prospech rozumnosti. Ak je precedent v očiach sudcov nerozumný, sudcovia majú možnosť pochybovať o jeho závaznosti, či už tak, že iniciujú alebo podnietia súdne preskúmanie jeho rozumnosti¹⁵⁷ alebo tak, že ako sudcovia sami toto preskúmanie vykonajú. Autorita vrcholových súdov nebola nikdy taká veľká, aby smela byť uplatnená aj v rozpore s rozumom. Narozdiel od parlamentu sa sudy väčšinou vnímajú ako orgány, ktoré sú viazané právom, pretože *nad* každým sudcom stojí niečo, čo určuje ako má v konkrétnom prípade rozhodnúť. Ak niekto „súdi“, znamená to, že predtým ako rozhodne určitým spôsobom, nájde právo, na základe ktorého tak musí spraviť. V podstate je jedno, či má toto právo formu zákona, ústavy, obyčaje, princípu, božieho príkazu... pretože étos súdneho rozhodovania ostáva rovnaký: súdiť sa má nie podľa ľubovôle, ale podľa toho, čo je dopredu dané ako „právo“, teda čo dopredu určuje, ako sudca rozhodne. Aj preto sa stáva, že súd opisuje tvorbu nového práva ako aplikáciu práva starého. Napriek uvedenému závaznosť precedencov nie je výlučne len argumentačná: precedenty sa dodržiavajú nielen preto, že nás ich tvorca dokázal presvedčiť, že sú tým najrozumnejším riešením daného druhu prípadov, tj. že sú v najväčšom možnom súlade s nejakým dopredu daným „právom“. Presvedčivé právne názory dokáže mať hociktorý znalec práva, to však neznamená, že by nás zaväzovali tak ako právne názory vrcholového súdu. Vrcholový súd má autoritu, ktorá prevažuje nad autoritou znalca práva.

Téza, podľa ktorej hlavný rozdiel medzi kontinentálnym a anglo-americkým precedencom spočíva v tom, že ten prvý je záväzný len z moci presvedčivosti svojich dôvodov, zatiaľ čo ten druhý je záväzný len z moci autority svojho tvorcu, nie je pravdivá. V nasledujúcich riadkoch sa pokúsím dokázať, že: 2.6.1) anglo-americké precedenty čerpajú svoju záväznosť aj

¹⁵⁷ Napr. tým, že odvolací súd pripustí, aby strana mohla proti jeho potvrdzujúcemu rozhodnutiu podať dovolanie z dôvodu, že vo veci ide o zásadnú právnu otázku. Pozri: § 238 ods. 3 a § 239 ods. 2 písm. a) zák. č. 99/1963 Zb. (Občiansky súdny poriadok). K tomu pozri aj: OPETT, L. Prípustnosť dovolania na základe rozhodnutia odvolacieho súdu, 1. časť. In *Bulletin slovenskej advokácie*. roč. 16, č. 3, 2010, s. 8–14. Pod „rozumnosťou“ precedentu si na kontinente môžeme predstaviť „zákonnosť“ či „správnosť“ právneho názoru.

z presvedčivosti argumentov, o ktoré sa opierajú a 2.6.2) kontinentálne precedenty čerpajú svoju záväznosť aj z autority súdu, ktorý ich vytvoril.

2.6.1 Argumentačná záväznosť precedentov v Anglicku

Vrcholové súdy v Anglicku tvoria právo. Keďže v klasickej kontinentálnej predstave je súdna tvorba práva predstaviteľná len ako „vyplňanie medzier zákona“ (*praeter legem*) alebo „odchýlenie sa od slov zákona“ (*contra legem*), sudca v nej vyzereá tak trochu romanticky: je to hrdina zdravého úsudku, ktorý opravuje zákonodarcove chyby, či už gramatické alebo morálne. Bolo by však omylom, ak by sme túto predstavu vztiahli aj na anglického sudcu. Zoberme si ako príklad problém výkladu nejasného zákona. Podľa kontinentálnej predstavy môže ísť vykladač až „za hranice textu“ a v prípade (krajnej) nutnosti môže siahnuť po dôvodovej správe alebo parlamentnej rozprave k zákonu. Naopak podľa tradičného anglického názoru predmetom súdneho výkladu môže byť výlučne iba *text* zákona, nie *úmysel ľudí*, ktorí ho vytvorili. Pre anglických sudcov bolo poľutovaniahodné, ak doslovný výklad zákona viedol k opaku toho, čo ním členovia zákonodarného orgánu sledovali, avšak to jediné, čo z toho pre nich vyplývalo, bolo poučenie, že zákonodarcovia mali byť pri formulovaní svojho textu opatrnejší.¹⁵⁸ Podobne odmietavo sa v Anglicku stavali aj voči súdnemu vyplňaniu medzier v zákone, ktoré bolo považované za „čistú uzurpáciu legislatívnej právomoci pod tenkým rúškom súdneho výkladu“.¹⁵⁹ Hoci sú od druhej polovice dvadsiateho storočia tieto klasické názory na ústupe, ich pripomenutie má pre nás určitú hodnotu. Poukazujú totiž na fakt, že anglický sudca, hoci tvorí právo, predsa len nie je jeho suverénnym pánom. A to platí nielen vo vzťahu k zákonom, ale aj vo vzťahu ku *common law*. Možno to znie absurdne, ale je to tak: súd má rešpektovať určité hranice i vtedy, keď tvorí precedenty, teda i v prípade, že sa rozhodne poruší to, čo v minulosti stanovil ako záväzné. V opačnom prípade mu hrozí strata vlastného kreditu; hrozí mu, že jeho nové rozhodnutie nezíska rešpekt: ani svoj vlastný (teda rešpekt toho istého súdu, no v inom obsadení), ani nižších súdov, ani právnických či politických elít, ani občanov – laikov. Precedent

¹⁵⁸ CAENEGEM, R. C. *Judges, Legislators and Professors: Chapters in European Legal History*. Cambridge: Cambridge University Press, 1987, s. 17 a nasl. de CRUZ, P. *Comparative Law In a Changing World*, Second edition. London – Sydney: Cavendish Publishing, 1999, s. 271 a nasl.

¹⁵⁹ de CRUZ, P. *Comparative Law In a Changing World*, Second edition. London – Sydney: Cavendish Publishing, 1999, s. 277a nasl.

sa teda musí opierať nielen o autoritu svojho tvorcu, ale aj o argumenty, ktoré opodstatňujú jeho správnosť.

V celkom prehnanom dôraze na argumentačnú správnosť súdneho rozhodovania koncipoval William Blackstone deklaratórnu teóriu („*declaratory theory*“) súdneho rozhodnutia. V zmysle tejto teórie „*sudca nie je poverený vytvárať nové právo, ale iba zachovávať a vykladať právo staré*“. Blackstone pripúšťal, aby sa sudca odchyľil od predchádzajúceho rozhodnutia, ak je v zjavnom rozpore s rozumom, no zároveň dodal, že dokonca ani v tomto prípade sudca nevytvára nové právo, ale iba „*očisťuje staré právo od chybného výkladu*“.¹⁶⁰ Inými slovami: zjavne nerozumný precedent nemôže byť dôsledkom práva, ale iba dôsledkom ľudského omylu. Ak by sme prijali deklaratórnu teóriu ako pravdivé vysvetlenie anglickej súdnej praxe, prišli by sme k záveru, že odôvodnenie záväznosti precedentov ide celkom mimo autoritu súdu. Záväznosť súdneho rozhodnutia, nech by bolo akokoľvek prelomové, je totiž odvodená od záväznosti práva, ktoré sa v danom rozhodnutí aplikovalo, nie od osobitostí subjektu, ktorý túto aplikáciu vykonal. Pre sudcu je deklaratórna teória dobrou obrannou stratégiou. Nech by bol výsledok jeho rozhodovacej činnosti akokoľvek neoblíbený, vždy môže povedať: „Ja nič, ja muzikant.“¹⁶¹ Teda vždy sa môže vyhovoriť na to, že jeho rozhodnutie je zlé, neprospešné či nespravodlivé nie kvôli jeho osobe, ale kvôli právu, ktoré ako sudca musel aplikovať. Osobitosti subjektu aplikácie práva začnú byť relevantné až v okamihu, keď zistíme, že tento subjekt sa pri minulej aplikácii práva pomýlil. Precedenty vyplývajúce z omylu strácajú svoju záväznosť, pretože to, čo sa v nich deklarovalo ako „právo“ právom jednoducho nebolo. Zástancovia deklaratórnej teórie radšej pripustia, že celý stáročia trvajúci vývoj *common law* môže byť jedným veľkým (zatiaľ neobjaveným) omylom, akoby si mali priznať, že súdne rozhodnutia môžu mať aj konštitutívne účinky. Teda že súdy predsa len majú dostatok autority na to, aby právo okrem jeho aplikácie aj tvorili.

Anglickí pozitivisty tejto rozprávke neuverili. Tak Jeremy Bentham ako aj John Austin považovali deklaratórnu teóriu za fikciu a sudcovskú tvorbu

¹⁶⁰ BLACKSTONE, W. *Commentaries on the Laws of England in Four Books*, vol. 1. Philadelphia: J. B. Lippincott Company, 1893, s. 69–71. K tomu pozri aj: LOBBAN, M. *A History of the Philosophy of Law in the Common Law World, 1600–1900*. Dordrecht: Springer, 2007, s. 105–106.

¹⁶¹ Psychologické pozadie tohto prístupu vysvetľujem v časti 3.3.2.b).

práva za fakt.¹⁶² V hodnotení právotvornej funkcie súdov sa však táto dvojica rozchádzala. Zatiaľ čo pre Benthama bolo sudcovské právo zaostalým prežitkom, ktorý by mal byť odstránený všeobšahnou kodifikáciou (pozri časť 2.5.1), pre Austina bolo toto právo vysoko prospešné a úplne nevyhnutné.¹⁶³ Zatiaľ čo podľa Benthama sa krutosť sudcu tvoriaceho retroaktívne právo vyrovná krutosti pána, ktorý si najskôr počká, čo jeho pes vyvedie a až následne ho za to potrestá,¹⁶⁴ Austin si vývoj spoločnosti bez sudcovského práva ani len nevedel predstaviť.¹⁶⁵ Tak či onak, koncepcia, ktorú klasický anglický pozitivizmus presadzoval, a síce že všetko právo má podobu príkazu suveréna, sa na sudcovské právo nehodila.¹⁶⁶ Precedentu chýba forma autoritatívneho príkazu,¹⁶⁷ nakoľko tie jeho časti, ktoré stanovujú ľuďom povinnosti, sú nerozlučne späté s dôvodmi, o ktoré sa dané povinnosti opierajú. Závazná časť precedentu, *ratio decidendi*, nie je len normou regulujúcou ľudské správanie, ale aj dôvodom regulujúcim úvahu o tom, či je táto norma správna. Z toho ďalej plynie, že ak súd nemieni nasledovať určitý precedent, stačí mu spochybníť rozsah či vážnosť dôvodov, o ktoré sa tento precedent opiera. Navyše aj keby súd na porušenie precedentu nemal žiadny dôvod, neexistuje sankčný mechanizmus, ktorý by ho za takéto porušenie potrestal.¹⁶⁸

Teda o čo možno závaznosť precedentu oprieť? Neil Duxbury dokazuje, že pravidlo *stare decisis* sa v anglickej súdnej praxi ustálilo až vďaka tomu, že súdy začali svoje rozhodnutia odôvodňovať. Tento proces odštartovala postupná zmena súdnej procedúry v priebehu 16. storočia, ktorá prinútila procesné strany, aby si pripravovali žaloby pred ústnym pojednávaním

¹⁶² LOBBAN, M. *A History of the Philosophy of Law in the Common Law World, 1600–1900*. Dordrecht: Springer, 2007, s. 166. DUXBURY, N. *The Nature and Authority of Precedent*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, s. 39.

¹⁶³ AUSTIN, J. *The Province of Jurisprudence Determined*. Cambridge: Cambridge University Press, 2001, s. 163.

¹⁶⁴ BENTHAM, J. *The Works of Jeremy Bentham*, vol. 5. London: Simplin, Marshall & Co., 1843, s. 235. BENTHAM, J. *The Works of Jeremy Bentham*, vol. 6. London: Simplin, Marshall & Co., 1843, s. 519–520.

¹⁶⁵ AUSTIN, J. *The Province of Jurisprudence Determined*. Cambridge: Cambridge University Press, 2001, s. 163.

¹⁶⁶ K tomu pozri aj časť 1.8.

¹⁶⁷ Pozri: SHINER, R. A. *Legal Institutions and the Sources of Law*. Dordrecht: Springer, 2005, s. 12.

¹⁶⁸ DUXBURY, N. *The Nature and Authority of Precedent*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, s. 14.

a aby obhajovali ich dôvodnosť po tom, ako sa v konaní ustálila skutková stránka veci. Zatiaľ čo pred touto zmenou procesné strany celkom bežne sťahovali svoje žaloby, ak zistili, že ich súd pravdepodobne zamietne, po tejto zmene strany začali očakávať, že sa súd vysporiada s argumentmi, ktoré na podporu svojich žalôb uvádzali. Dôsledkom tejto zmeny bolo, že sudca sa prestal chápať ako osoba, ktorá sa má snažiť procesné strany zmieriť a začal sa chápať skôr ako osoba, ktorá má spor medzi stranami rozhodnúť, a to na základe dôvodov, ktoré strany súdu predložili: „*Prvou a kľúčovou fázou pri vývoji pravidla stare decisis bolo, že súdne rozsudky sa začali odôvodňovať*“.¹⁶⁹ Sudcovia sa teda začali odvolávať na minulé rozhodnutia práve preto, že im poskytovali dôvody, o ktoré mohli oprieť rozhodnutia terajšie. Teda precedent začal byť záväzným prameňom práva nielen kvôli autorite súdu, ktorý precedent vydáva, ale aj kvôli rozumnosti dôvodov, o ktoré sa precedent opiera. Takéto odôvodnenie záväznosti má prirodzený vplyv na spôsob, akým precedent obmedzuje voľnú úvahu sudcov. Je precedent, ktorý je v zjavnom rozpore s rozumom, záväzný?

Podľa väčšinového názoru *common law* doktríny sudca nemá povinnosť nasledovať zjavne nespravodlivý precedent. Ak je vo svetle novej skutkovej situácie rozumnosť precedentu pochybná, sudca má možnosť buď preformulovať jeho *ratio decidendi*, alebo zúžiť jeho pôsobnosť tak, že odliší prípad, v ktorom bol precedent vynesенý od prípadu, v ktorom sa mal uplatniť. No a v poslednom rade má súd možnosť udeliť procesnej strane právo odvolať sa k vrcholovému súdu, ktorý má právomoc preskúmať správnosť aplikovaného precedentu a v prípade potreby ho prelomiť.¹⁷⁰ Prelamovanie starého precedentu, teda tvorba precedentu nového, však nemá byť, a spravidla ani nie je, výsledkom vrtochov „slobodne vystráajúcej svojvôle“. Niektorí autori sa prikláňajú k záveru, že väčšina precedentov vzniká ako dôsledok rozširovania pôsobnosti už existujúcich súdnych doktrín, ktoré sa postupne prispôbujú meniacim sa životným podmienkam spoločnosti.¹⁷¹ Hoci výsledky analogického usudzovania nie sú predvídateľné s logickou istotou, predsa však nie sú závislé *vylučne iba* od subjektívnych názorov tých, ktorí takýmto spôsobom usudzujú. V súvislosti s tvorbou precedentov

¹⁶⁹ Ibidem, s. 25, 52.

¹⁷⁰ K tomu pozri: A guide to bringing a case to The Supreme Court. In <http://www.supremecourt.gov.uk>.

¹⁷¹ RAZ, J. *Authority of Law: Essays on Law and Morality*. Oxford: Oxford University Press, 1979, s. 200.

sa okrem analógie spomína aj vyvažovanie právnych princípov. Napríklad Ronald Dworkin tvrdil, že pomocou vyvažovania princípov dokážeme dospieť k jedinému správne riešeniu každého zložitého prípadu.¹⁷² V takejto extrémnej pozícii je teória vyvažovania princípov v podstate len derivátom deklaratórnej teórie, podľa ktorej sudcovia právo netvorí, ale vždy iba nachádzajú. Avšak ak aj prideme k záveru, že Dworkin vyvažovanie princípov ako metódu riešenia súdnych prípadov preceňoval, automaticky to neznamená, že vyvažovanie nemôže (aspoň do určitej miery) regulovať sudcove myšlienkové pochody a motivácie. Keď nie je vyvažovanie užitočné pre nič iné, tak potom aspoň pre sprehľadnenie sudcovej voľnej úvahy.¹⁷³ Prehľadnosť sudcových myšlienkových pochodov otvára väčší priestor pre ich spoločenskú kritiku a spoločenská kritika otvára väčší priestor na to, aby sudca svoju voľnú úvahu pri tvorbe precedentov prispôboval očakávaniam spoločnosti. Vyvažovanie princípov ako „metóda“ súdnej tvorby práva tak nakoniec predsa len má potenciál regulovať právotvornú vôľu súdov.¹⁷⁴

Na začiatku úvahy o tom, či precedent prelomiť, je miska váh vždy naklonená v prospech zachovania precedentu. Nasledovanie starého precedentu slúži hodnote právnej istoty, formálnej rovnosti a takisto skraca čas potrebný pre vydanie rozhodnutia. Teda podobne ako zákon, aj precedent môže sudca aplikovať s vedomím, že hoci to nepovedie k tomu najlepšiemu možnému riešeniu konkrétneho prípadu, predsa len je správne postupovať tak, že sa aplikuje staré právo a nevytvára sa hneď právo nové. Aj tak úlohou súdu nie je nachádzať či vymýšľať materiálne najspravodlivejšie riešenia každého jedného prípadu, pretože takúto úlohu by kapacitne nezvládol a ak áno, tak vždy len za cenu veľmi nekonzistentnej judikatúry.¹⁷⁵ Teda hoci platí, že každý precedent musí byť do určitej miery vecne odôvodnený

¹⁷² DWORKIN, R. *Když se práva berou vážne*. Praha: Oikoymenh, 2001, s. 344 a nasl.

¹⁷³ „Metóda nazývaná „vyvažovanie záujmov“ (Interessenabwägung) je iba formuláciou problému, nie jeho riešením“. KELSEN, H. *Pure Theory of Law*. New Jersey: The Lawbook Exchange, 2008, s. 352. Avšak ani to nie je málo, pretože predpokladom správneho riešenia problému je jeho správna formulácia.

¹⁷⁴ Súd ako ochranca ústavnosti „v skutočnosti nie je nekompromisnou protiväčšinnovou bariérou, ale orgánom, ktorého rozhodnutia formuje verejná mienka – síce inak ako rozhodnutia, ktoré prijímajú predstavitelia exekutívy či legislatívy, ale s o to väčším dopadom na dlhodobé verejnomocenské aranžmány v štáte.“ PROCHÁZKA, R. *Lud a sudcovia v konštitučnej demokracii*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2011, s. 100.

¹⁷⁵ „Žiadny ústavný a demokratický štát nemôže obetovať predvídateľnosť na oltár flexibility a kazuistickej spravodlivosti ... [V opačnom prípade] právo prestane byť

(materiálne spravodlivý), ak ho niekto zvažuje prelomiť, musí tak urobiť na základe vecných dôvodov, ktoré majú väčšiu váhu, teda ktoré prevážia tak správnosť starého precedentu, ako aj hodnotu právnej istoty a formálnej rovnosti. Skúsme sa pozrieť, akú stratégiu pri prelamaní precedentov zvolila britská Snemovňa lordov a akú neskôr prevzal jej nástupca – britský Najvyšší súd:

„Ich Lordstvo považuje nasledovanie precedentu za nevyhnutný základ, na ktorom stojí rozhodovanie o tom, čo je právo a čo je jeho aplikácia v individuálnych prípadoch. Takýto postup poskytuje aspoň určitý stupeň istoty, na ktorú sa môžu jednotlivci spoľahnúť, keď si vybavujú svoje záležitosti a rovnako je základom pre usporiadanú zmenu právnych pravidiel.

Ich Lordstvo napriek tomu uznáva, že príliš rigidné pridržiavanie sa precedentu môže viesť v jednotlivom prípade k nespravodlivosti a taktiež môže neprímerane obmedziť riadny vývoj práva. Preto navrhujú zmeniť súčasnú prax tak, že ak sa to ukáže ako správne, bude možné odkloniť sa od predchádzajúceho rozhodnutia aj napriek tomu, že Snemovňa považuje svoje predchádzajúce rozhodnutia za normálne záväzné.

V tejto súvislosti bude mať Lordstvo na pamäti hrozbu retrospektívneho zásahu do základov, na ktorých stoja platne uzavreté zmluvy, usporiadanie vlastníctva a úprava daňových záležitostí; taktiež sa prihliadne na osobitnú potrebu istoty vo veciach trestného práva.

*Toto oznámenie nebolo vydané s úmyslom ovplyvniť nasledovanie precedentu na iných súdoch ako je táto Snemovňa.*¹⁷⁶

Predtým ako bolo toto vyhlásenie prijaté, sa Snemovňa Lordov cítila byť viazaná svojimi predchádzajúcimi rozhodnutiami do takej miery, že ich aplikovala aj v prípadoch, v ktorých to mohlo viesť k zjavnej nespravodlivosti.¹⁷⁷ Prakticky jediným spôsobom, akým sa dalo predchádzajúce

právom a premení sa iba na prisun čirej „rationality.“ AARNIO, A. *Essays on the Doctrinal Study of Law*. Dordrecht: Springer, 2011, s. 163.

¹⁷⁶ Practice Statement [1966] 3 All ER 77.

¹⁷⁷ Ku koncu 19. storočia jeden z lordov predniesol na pôde súdu nasledujúce vyhlásenie: „Rozhodnutie v otázke práva, ktoré Snemovňa vydala v minulosti, je pre Snemovňu záväzná aj do budúcnosti, a preto je nemožné otvoriť príslušnú otázku znova, akoby išlo o vec dosiaľ právom neupravenú („res integra“) a nemožno žiadať Snemovňu, aby svoje rozhodnutie prelomila. ... Verím, že toto je princíp, ktorý sa ustálil v priebehu storočí, a preto som toho názoru, že v pojednávanom prípade nie sme kompetentní znovu si vypočúť právneho zástupcu, ktorý by znovu obhajoval vec už nedávno rozhodnutú.“ Pozri: *London Street Tramways Co Ltd v London County Council* [1898] AC 375.

rozhodnutie prelomiť, bolo prijatie príslušného zákona parlamentom. Neskôr súd pripustil, že právna istota, na ktorú sa môžu jednotlivci spoľahnúť, nie je hodnotou, ktorou sa dá ospravedlniť nespravodlivosť či obmedzenie právneho vývoja. Avšak nie akákoľvek materiálna nespravodlivosť či obmedzenie právneho vývoja môžu byť dôvodom na prelomenie starého precedentu, pretože prevážiť hodnotu právnej istoty znamená riskovať retrospektívny zásah do už vzniknutých právnych vzťahov. Je samozrejmé, že sa nedá dopredu vypočítať, ktorý z vecných dôvodov bude natolko závažný, že povedie k prelomeniu starého precedentu. No hoci sa táto miera závažnosti môže líšiť od súdu k súdu, či z krajiny na krajinu, zrejme nepôjde len o číro subjektívnu voľbu konkrétneho sudcu. Napríklad podľa doterajšej praxe sa dá usudzovať, že britský vrcholový súd je pri zachovávaní precedentov konzervatívnejší ako jeho americký náprotivok, čo znamená, že na prelomenie precedentu vyžaduje väčšiu mieru závažnosti konkurujúcich dôvodov.¹⁷⁸ Takýto konzervatívnejší postoj však nemusí byť len odrazom subjektívnych preferencií konkrétnych sudcov, ale rovnako môže byť aj odrazom očakávaní spoločnosti, v ktorej daní sudcovia pôsobia. Nech už sú mechanizmy regulácie sudcovskej tvorby práva akékoľvek, podstatné je, že táto regulácia prispieva k závažnosti precedentov. Precedent v Anglicku je bezpochyby závažný nielen kvôli autorite súdu, ktorý ho vydal, ale aj kvôli rozumnosti, spravodlivosti či prospešnosti dôvodov, o ktoré sa daný precedent opiera.

2.6.2 Autoritatívna závažnosť precedentov na kontinente

Podľa tradičného názoru je súdna tvorba práva na kontinente neprípustná. Súdny právo netvorí, ale aplikujú, pretože všetko právo pochádza výlučne iba z etatických prameňov práva: zo zákona, z ústavy, z nariadenia vlády či medzinárodnej zmluvy. Takýto tradičný názor sa pomaly prekonáva: doktrína registruje vývoj, ktorým právo na kontinente prešlo za posledné polstoročie a uznáva, že mnohé z predchádzajúcich rozhodnutí či už nadnárodných alebo národných súdov majú *faktický vplyv* na to, čoho sa procesné strany v súdnom konaní domáhajú a ako súdy v týchto konaniach rozhodujú.

Pri analýze tohto faktického vplyvu doktrína vychádza z dvoch typov závažnosti súdneho rozhodnutia, ktoré určila na základe predmetu, zdroja

¹⁷⁸ PERRY, S. R. Judicial Obligation, Precedent and the Common Law. In *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 7, no. 2, 1987, s. 247.

a pôsobnosti jeho záväznej sily.¹⁷⁹ Predmetom tzv. *kasačnej záväznosti* je právny názor vyššieho súdu, ktorý v rámci rozhodovania o opravnom prostriedku zrušil rozhodnutie nižšieho súdu a vrátil mu vec na opätovné rozhodnutie. Zdrojom kasačnej záväznosti rozhodnutia je autorita jeho tvorcu, ktorá je odôvodnená jeho postavením v súdnej hierarchii. Aj napriek tomu však kasačne záväzné rozhodnutie nie je prameňom práva, pretože jeho pôsobnosť sa obmedzuje iba na individuálne určenú – aktuálne prejednávajú – vec. Predmetom tzv. *precedentnej záväznosti* je zásadný právny názor vrcholového súdu, či už v rámci všeobecného, ústavného alebo európskeho súdnictva. Zdrojom precedentnej záväznosti rozhodnutia je váha argumentov, ktoré súd pri odôvodnení rozhodnutia použil, pričom pôsobnosť takéhoto rozhodnutia sa vzťahuje nielen na aktuálne prejednávanú vec (smerom do minulosti), ale na všetky druho- podobné veci (smerom do budúcnosti). Najčastejšie je to práve argumentačná povaha záväznosti kontinentálneho precedentu, ktorá sa dáva do kontrastu s precedentmi *common law* systému. Niekedy sa pritom zdôrazňuje aj to, že argumentačná záväznosť nie je právnou záväznosťou *stricto sensu*, nakoľko z porušenia normy, ktorá je záväzná „len“ argumentačne, neplynú žiadne relevantné právne následky.

Už z priebehu doterajšej diskusie možno vyvodzovať, že takáto analýza záväznosti kontinentálnych precedentov je skresľujúca. Nie je pravda, že záväznosť prameňov práva vo všeobecnosti sa opiera výlučne len o autoritu ich tvorcu. V prechádzajúcich častiach som sa pokúsil dokázať, že prvky argumentačnej záväznosti možno nájsť tak pri zákonoch, ako aj pri *common law* precedentoch. Toto tvrdenie samozrejme nijako neodporuje tomu, že uvedené pramene práva zaväzujú aj na základe autority ich tvorcu. Lenže podobným spôsobom zaväzujú aj precedenty na kontinente.

Predstavte si, že hľadáte argumenty na podporu žaloby, ktorú podávate na okresný súd. Zákon, z ktorého vychádzate, má viacero možných výkladov a vy chcete súd presvedčiť, že výklad, ktorý ste zvolili vy, je ten najsprávnejší. Zhodou okolností viete ako argument vo svoj prospech použiť jednak názor časti domácej právnej vedy, jednak aj názor najvyššieho súdu. Oba z týchto právnych názorov sú čo do svojej argumentačnej presvedčivosti rovnaké. Domnievam sa, že ak by ste si mali na svoju obhajobu vybrať iba jeden z nich, vybrali by ste si radšej názor najvyššieho súdu. Rovnako sa domnievam, že advokáti vnímajú ako väčší problém to, keď okresný sudca

¹⁷⁹ K tomu pozri aj nález ÚS ČR so sp. zn IV. ÚS 301/05 (Slovenské dôchodky VI) zo dňa 13. 11. 2007, body 57 až 72, (zdroj: <http://nalus.usoud.cz/>).

ignoruje právny názor vrcholového súdu, ako keď ignoruje právny názor doktríny. Pri hodnotení váhy právneho názoru jednoducho berieme ohľad nielen na to, *čo* sa v danom názore tvrdí, ale aj na to, *kto* daný názor vyslovil. A právne názory vyslovené vrcholovým súdom majú väčšiu váhu, pretože vrcholový súd má väčšiu autoritu.

Otázka znie, na čom je autorita kontinentálnych vrcholových súdov založená. Ak by sme tvrdili, že kontinentálne precedenty sú záväzné výlučne len argumentačne, potom by sme museli pripustiť, že autorita vrcholových súdov má výlučne len prirodzenú, a nie formálnu povahu.¹⁸⁰ V takom prípade sa naša preferencia forenzného výkladu pred výkladom doktrinálnym dá vysvetliť len tak, že sudcov, obzvlášť tých na vrchole súdnej hierarchie, považujeme za najlepších argumentátorov v krajine, či rovno na celom kontinente: vrcholový súd má najväčšiu autoritu práve preto, že ho právnici a laici považujú za najschopnejšieho majstra v argumentácii. Podľa môjho názoru je falošnosť tohto predpokladu taká zjavná, že ju ani netreba potvrdzovať nejakým dotazníkovým prieskumom. Ak majú vrcholové súdy autoritu, ktorá pridáva váhu ich právnym názorom, tak ide v prvom rade o autoritu formálnu a až v druhom rade o autoritu prirodzenú.

Formálna autorita kontinentálnych vrcholových súdov sa odvodzuje od ich postavenia v súdnej hierarchii. Právne názory vrcholového súdu rešpektujeme nielen kvôli ich vecnej správnosti, ale aj kvôli (a najmä) tomu, že ich vydal súd, ktorý stojí na vrchole celej súdnej sústavy; teda súd, ktorý má právomoc a povinnosť zjednocovať judikatúru nižších súdov. Zjednocovanie judikatúry sa realizuje vo viacerých procedurálnych formách,¹⁸¹ pre autoritu vrcholového súdu je však kľúčové to, že je to práve on, ktorý dáva *konečnú* odpoveď na *právnu* otázku spadajúcu do okruhu jeho pô-

¹⁸⁰ Prirodzenú autoritu má ten, kto sa v danej oblasti osvedčil ako výnimočne nadaná osoba; teda ten, koho úsudku dôverujeme z dôvodu, že uznávame jeho intelektuálnu alebo morálnu prevahu. Formálnu autoritu má ten, komu bola zverená moc na základe dopredu stanovených noriem. Bližšie pozri: RAZ, J. *Practical Reason and Norms*. New York: Oxford University Press, 2002, s. 63 a nasl.

¹⁸¹ Môže ísť napr. o osobitné zjednocovacie procedúry, ktoré sú skôr reliktom minulej doby. Pozri: KÜHN, Z. – BOBEK, M. – POLČÁK, R. (eds.) *Judikatura a právní argumentace*. Praha: Auditorium, 2006, s. 49–50. Zároveň zjednocovanie judikatúry možno realizovať cez klasické rozhodovanie o podaných opravných prostriedkoch. Analogicky v ústavnom práve pripadá do úvahy rozhodovanie o sťažnostiach namietajúcich porušenie základných práv a slobôd. Ústavný súd „zjednocuje“ výklad ústavy nielen vo vzťahu k všeobecnému súdnictvu, ale aj vo vzťahu k iným štátnym orgánom. Tak prichádza do úvahy aj konanie v rámci abstraktnej kontroly ústavnosti či konanie o záväznom výklade ústavy.

sobnosti. Zoberme si ako príklad právomoc vrcholového súdu rozhodovať o podaných opravných prostriedkoch voči rozhodnutiam nižších súdov. V tradičnom nazeraní môže byť výsledkom uplatnenia tejto právomoci iba rozhodnutie s kasačnými účinkami, teda rozhodnutie vzťahujúce sa iba na aktuálne prejednávanú vec. Pokiaľ je však so zrušením rozhodnutia spojené aj vyslovenie správneho právneho názoru, potom možno len ťažko tvrdiť, že dané rozhodnutie má *vždy* dosah *vylučne* iba na prejednávanú vec. Totiž správnosť právneho názoru implikuje jeho rovnakosť v podobných skutkových okolnostiach, čo znamená, že možno *odôvodnene* očakávať, že vrcholový súd rozhodne každý budúci obdobný prípad rovnako. Keď nie pre nič iné, nižší súd bude rešpektovať právne názory vyššieho súdu len preto, aby znížil šancu, že mu vyšší súd vráti jeho rozhodnutie naspäť ako „nezákonné“.¹⁸²

Zatiaľ čo domáca doktrína celkom správne odlišuje kasačnú záväznosť od precedentnej záväznosti, trvalo sa jej darí ignorovať, že tieto dve formy záväznosti sú *funkčne* prepojené.¹⁸³ V zásade platí, že ak nižší súd nerešpektuje precedent vrcholového súdu, môže sa stretnúť s tým, že mu vrcholový súd pošle jeho rozhodnutie naspäť. Ako inak, než len cez systém kasácie, dokáže mať precedent nejaké formálne právne účinky? Nijako. A smie vrcholový súd využiť systém kasácie na to, aby ním presadil ten zo svojich precedentov, ktorý považuje za nevyhnutný pre zachovanie „zákonnosti“ či „správnosti“ výkladu práva nižšími súdmi? Smie, ba dokonca musí.¹⁸⁴ Ak je to tak, tak potom prečo by sa záväznosť kontinentálneho precedentu mala opierať iba o presvedčivosť odôvodnenia, a nie aj o právomoc vrcholového

¹⁸² Vnútornú perspektívu autoritatívnej záväznosti precedentu vystihol Peczenik: „Fakt, že precedent je „mierne-záväzný“ („weakly binding“) je založený na nasledujúcej úvahe: Ak si želáš vytvoriť rozhodnutie, pri ktorom bude nepravdepodobné, že ho vyššia inštanca zmení, potom musíš precedenty chápať ako pramene práva.“ PECZENIK, A. *On Law and Reason*. Dordrecht: Springer, 2008, s. 158.

¹⁸³ Napr.: „Kasačný význam nálezov ústavného súdu nie je z hľadiska teórie prameňov práva relevantný.“ MELZER, F. *Metodologie nalézání práva: Úvod do právní argumentace*, 2. vyd. Praha: C. H. Beck, 2011, s. 21.

¹⁸⁴ Vyššie (2.4) som odkázal na rozhodnutie ESLP podľa ktorého súčasťou práva na spravodlivý proces je aj povinnosť vrcholového súdu odstraňovať rozpory v judikatúre. „Normálny“ sudca tieto rozpory sám vníma negatívne a snaží sa im vyhýbať. Problém je medzi rôznymi senátmi (a v pléne medzi rôznymi sudcami) a v ich ochote komunikovať medzi sebou a prijať nejaké riešenie. Povinnosť zjednocovať judikatúru by sme mohli chápať aj tak, že vrcholový súd má túto komunikáciu vyprovokovať a zároveň dohliadať na to, či vedie k zjednocovaniu právnych názorov.

súdu rušiť rozhodnutia nižších súdov, teda aj o formálnu autoritu súdu, ktorý precedent vytvoril?

Vecné zdôvodnenie právotvornej autority kontinentálnych vrcholových súdov je pokračovaním príbehu o formálnej racionalite právneho systému. Ak chceme mať neprotirečivý zákon platný pre celé územie a pre všetkých, potom musíme chcieť aj jeho jednotný výklad. A ak chceme jednotný výklad zákona, musíme chcieť aj vrcholový súdny orgán s právomocou vydávať precedenty.¹⁸⁵ Niet právnej istoty a rovnosti pred zákonom tam, kde sa nerozhoduje v rovnakých prípadoch rovnako; teda tam, kde sa trvalo tolerujú protichodné odpovede na jednu a tú istú výkladovú otázku.¹⁸⁶

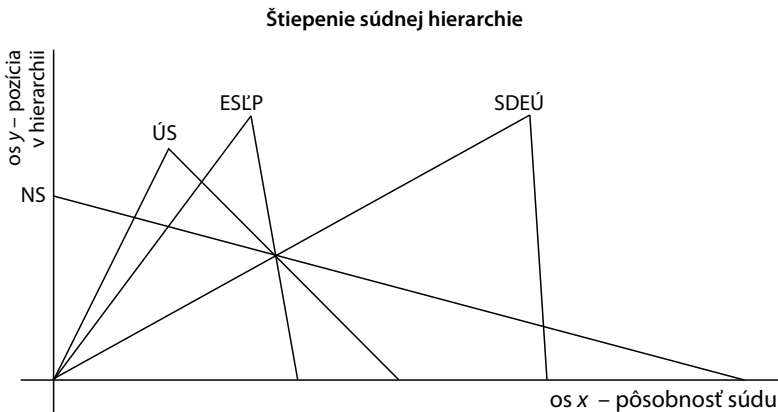
Dôležitosť formálnej racionalizácie právneho systému však netreba preceňovať už len z toho dôvodu, že každá racionalizácia má svoje vlastné limity. Tak napríklad čím viac sa snažíme o to, aby bol zákon presný, tým menej sa nám darí napísať ho zrozumiteľne.¹⁸⁷ Čím dlhšie sú právne texty, tým hlbšia je špecializácia sudcu a tým členitejšia je súdna sústava. Aj pri formálnej racionalizácii právneho systému, teda pri zdanlivo hodnotovo neutrálnej otázke, sa tak nakoniec vždy musia robiť kompromisy medzi

¹⁸⁵ Pokusy o riešenie výkladových problémov bežnej právnej praxe na parlamentnej úrovni sa nevydarili. Legislatívny orgán jednak nemá čas na to, aby sa zaoberal výkladom práva a jednak hrozí, že ak by sa ním zaoberal, neodolal by pokušeniu rozhodovať právne veci spôsobom akým bežne rozhoduje o návrhoch zákonov. O francúzskom pokuse o výklad práva parlamentom pozri: MARCOS, M. H. *Conceptual Aspects of Legal Enlightenment in Europe*. In CANALE, D. – GROSSI, P. – HOFMANN, H. (eds.) *A History of the Philosophy of Law in the Civil Law World, 1600–1900*. Dordrecht: Springer, 2009, s. 94–96. Čo sa týka britskej Snemovne lordov, tá síce do nedávnej minulosti vykonávala aj funkciu najvyššieho súdu v krajine, avšak v tejto kapacite konala ako súd, nie ako parlament. Právomoc (tvorba vs. aplikácia práva) je daná funkčne, nie orgánovo. Aj Montesquieu delí štátnu moc podľa rôznych typov funkcií, nie podľa rôznych typov orgánov. Svoju teóriu delby moci začína vetou „štát má tri druhy moci...“ a nie vetou „štát má tri druhy orgánov...“ (Montesquieu, Ch. S. *Duch zákonov*. Bratislava: Tatran, 1989, s. 206), ďalej v texte zvažuje, či je lepšie dať súdnu moc časti zákonodarného zboru v prípade, ak sa má súdiť šľachtic, pričom pripúšťa, že v takomto druhu prípadov možno prísnosť zákona zmierňovať (Ibidem, s. 210–211). V niektorých ústavných systémoch sa aj v súčasnosti pripúšťa, aby parlament rozhodoval súdne prípady, no v zásade ide o politicky veľmi delikátne veci ako napr. súdenie prezidenta. Porovnaj: SCHMITT, C. *Constitutional Theory*. Durham – London: Duke University Press, 2008, s. 176–179.

¹⁸⁶ Porovnaj: DRGONEC, J. Súdna tvorba práva ako prostriedok uplatnenia zákona, zabezpečenia spravodlivosti a právnej istoty. In *Justičná revue*. roč. 60, č. 5, 2008, s. 711–727.

¹⁸⁷ Brožek, B. Právni jistota jako strukturální stabilita. In GERLOCH, A. – TRYZNA, J. – WINTNER, J. (eds.) *Metodologie interpretace práva a právní jistota*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2012, s. 147.

protichodnými preferenciami: všeobšahlosť a presnosť práva je v protiklade k jeho jednoduchosti, špecializácia súdov je v protiklade k ich jednotnosti. Napokon hovoriť o súčasnej sústave súdov ako o hierarchii, teda ako o pyramíde s jedným vrcholom, je bez ďalšieho iba silnou idealizáciou skutočného stavu, pretože tých vrcholov je viac:



legenda:

- NS – najvyšší súd,
- ÚS – ústavný súd,
- ESĽP – Európsky súd pre ľudské práva,
- SDEÚ – Súdny dvor Európskej únie,
- os x – pôsobnosť/jurisdikcia súdu: čím viac sa trojuholník ťahá do pravej strany, tým väčšiu má príslušný súd vecnú pôsobnosť,
- os y – pozícia v hierarchii: čím vyššie je položený vrchol trojuholníka, tým vyššiu formálnu autoritu príslušný súd požíva

Nech už je spojenie medzi autoritou súdu a jeho postavením v súdnej hierarchii akokoľvek pevné, táto autorita sa *musí* vždy opierať aj o reálny argumentačný výkon. To platí osobitne pre súdy, ktoré nie sú súčasťou všeobecného súdnictva. Rešpekt k ústavnému, štrasburskému a luxemburskému súdu je vo veľkej miere závislý od vierohodnosti ich „ustanovujúceho príbehu“, teda príbehu, ktorý opodstatňuje ich hlavné poslanie. Či už je to ochrana podstatných náležitostí demokratického a právneho štátu, garancia prahového minima ľudskoprávnej ochrany spoločnej pre všetky európske štáty, či garancia efektivity európskej (hospodárskej) integrácie, účelom každého z týchto príbehov je presvedčiť partnerov a obecnosť o tom, že príslušný súd má právo vyžadovať rešpekt k svojim vlastným rozhodnu-

tiam. Teda hoci sa autorita vrcholových súdov pôsobiacich na kontinente opiera o ich postavenie v súdnej hierarchii,¹⁸⁸ tieto súdy majú tendenciu odôvodňovať svoju autoritu aj materiálnymi argumentmi. Je len prirodzené, že konečné rozhodnutie v konkrétnom prípade má šancu stať sa preceden-
tom skôr vtedy, keď si vrcholové súdy tieto argumenty vzájomne uznávajú. Avšak to, či má v hraničnom prípade prednosť európska integrácia pred európskou ochranou ľudských práv a či má táto prednosť pred národnou ochranou podstatných náležitostí demokratického a právneho štátu, to je otázka, ktorej riešenie nie je v rukách sudcov, aj keby ako veľmi chceli.¹⁸⁹

2.6.3 Kultúrne odlišnosti

Priradenie určitého právneho poriadku k určitej právnej kultúre automaticky nedáva odpoveď na to, či je alebo nie je v tomto poriadku prítomná aj sudcovská tvorba práva.¹⁹⁰ Z klasikov právnej komparatistiky spomeniem Reného Davida: „*Legislatíva vytvára nie viac ako len kostru právneho poriadku, pričom veľkú časť života tejto kostre dávajú až iné faktory. Legislatíva nesmie byť chápaná len v podobe textov zákonov odtrhnutých od ich často veľmi extenzívneho výkladu, ktorý nám odhaluje tvorivú silu súdnych rozhodnutí a doktrínalnej spisby.*“¹⁹¹ Tieto iné faktory, judikatúra a doktrína, majú podľa Davida schopnosť tvoriť právo, teda sú prameňmi práva.¹⁹²

¹⁸⁸ Napokon v dôraze na postavenie v súdnej hierarchii sa kontinentálne vrcholové súdy javia mať viac formálnej autority ako ich anglické náprotivky. Hierarchizácia súdnej sústavy odvodená od systému opravných prostriedkov bola v Anglicku zavedená až v druhej polovici 19. storočia. Pre záväznosť precedentu však hierarchizácia súdnej sústavy nemala tak kľúčový význam ako zavedenie povinnosti odôvodňovať súdne rozhodnutia. Pozri: DUXBURY, N. *The Nature and Authority of Precedent*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, s. 56.

¹⁸⁹ Totiž nie je to súd v Luxemburgu, ktorý má konečné slovo v tom, či nejaký štát, ak sa pre to rozhodne, vystúpi z Európskej únie; nie je to súd v Štrasburgu, ktorý má konečné slovo v tom, či nejaký štát vypovedá Európsky dohovor o ochrane ľudských práv a základných slobôd; a napokon nie je to ústavný súd, ktorý má konečné slovo v tom, či ostane v platnosti zrušenie práva, ktoré založilo jeho právomoc.

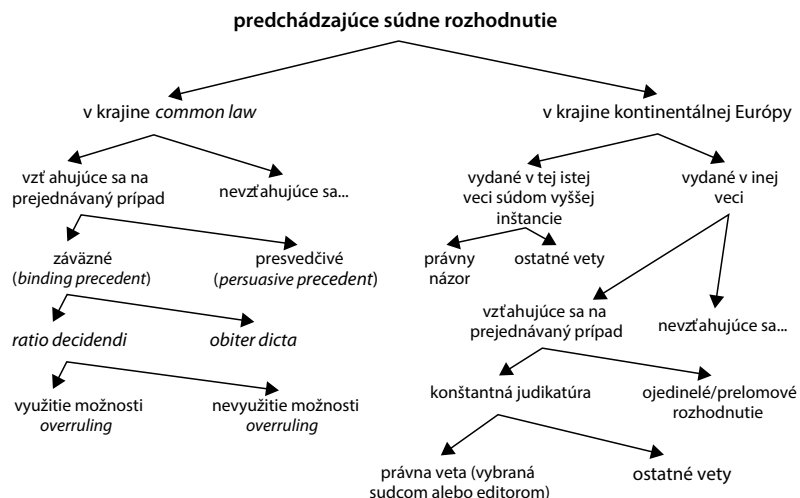
¹⁹⁰ „Pre komparatívne právo vo všeobecnosti a pre teóriu právnych rodín osobitne má otázka prameňov práva iba malý význam.“ ZWEIGERT, K. – KÖTZ, H. *An Introduction to Comparative Law*, vol. 1, 2nd ed. Oxford: Oxford University Press, 1987, s. 73.

¹⁹¹ DAVID, R. – BRIERLEY, J. E. C. *Major Legal Systems in the World Today*, 2nd ed. London: Stevens & Sons, 1978, s. 117–118.

¹⁹² ESQUIROL, J. L. René David: At the Head of the Legal Family. In RILES, A. (ed.) *Rethinking the Masters of comparative law*. Oxford – Portland: Hart Publishing, 2001, s. 222.

To samozrejme neznamená, že medzi jednotlivými právnymi kultúrami neexistujú žiadne rozdiely. Tvrdenie, že Anglicko je kultúrou súdnych rozhodnutí a kontinent je kultúrou zákona, dokáže byť užitočné predovšetkým ako heuristika, teda ako informácia, ktorú si ľudia pamätajú vďaka tomu, že je jednoduchá a napriek tomu, že je skresľujúca.

Pre tradičnú právnu vedu je typické, že ak si vytvorí nejakú binárnu klasifikáciu (dichotómiu), tak ju používa metódou *buď/alebo*.¹⁹³ Takýmto spôsobom teória získava schopnosť prezentovať zložité veci jednoducho. Peknou ilustráciou je praktická snaha o identifikáciu záväznej časti precedentu, ktorej teória vyšla v ústrety tým, že vytvorila nasledujúcu dichotomickú klasifikáciu:



To, že je právo založené na binárnom kóde *platnosti/neplatnosti*¹⁹⁴ a že sudca musí nakoniec každý uplatňovaný nárok buď uznať alebo zamietnuť, automaticky ešte neznamená, že keď si právny vedec vymyslí nejakú teoretickú dichotómiu, tak ju musí uplatňovať rovnakou metódou, teda *buď/*

¹⁹³ V právnom myslení s touto metódou ako prví začali pracovať glosátori. Pozri: ERRE-RA, A. The Role of Logic in the Legal Science of the Glossators and Commentators. In PADOVANI, A. – STEIN, P. (eds.) The Jurists' Philosophy of Law from Rome to the Seventeenth Century. Dordrecht: Springer, 2007, s. 87–93.

¹⁹⁴ LUHMANN, N. *Law as a Social System*. Oxford: Oxford University Press, 2004, s. 173 a nasl.

alebo. Podobne ak chce súd identifikovať záväznú časť judikatúry, tiež *musí* urobiť sériu volieb medzi „bud“ a „alebo“, avšak neznamená to, že kritéria, na základe ktorých tak robí (relevantná podobnosť skutkových stavov, nosnosť, vecná správnosť a pôsobnosť dôvodov minulého rozhodnutia) mu ponúkajú jednoznačné odpovede. Vo svete praktického rozhodovania sme nútení hovoriť buď „áno“ alebo „nie“, to však neznamená, že vo svete teoretickej klasifikácie musíme ponúkať rovnako ultimátne odpovede. Nemusíme, a to obzvlášť pokiaľ má teoretická klasifikácia podobu dichotómie, ktorej jednotlivé prvky nie sú vo vzájomnom protiklade. Napríklad verejné právo nie je protikladom súkromného práva, právny úkon nie je protikladom právnej udalosti a autoritatívna záväznosť nie je protikladom argumentačnej záväznosti. Nejde o *protiklady*, ale o *odlišnosti*, a preto sa môže stať, že pri klasifikácii určitého javu dospejeme k záveru, že obsahuje vlastnosti typické tak pre jeden, ako aj pre druhý prvok použitej dichotómie. Niekedy sa jednoducho stane, že narazíme na právnu udalosť, ktorej vznik je podmienený ľudskou vôľou (napr. samovražda), že narazíme na inštitúty patriace do verejného aj súkromného práva (napr. povinné zmluvné poisťenie) a že narazíme na prameň práva, ktorý je záväzný tak autoritatívne, ako aj argumentačne.¹⁹⁵ Teoretická klasifikácia na základe dichotómie A/B tak nakoniec nemusí vyúsťovať do záveru, že niečo jednoznačne spadá buď do kategórie A, alebo do kategórie B; záverom klasifikácie môže byť aj to, že niečo je *viac A a menej B*. Rôzne javy môžu spadať pod rozsah určitého pojmu v rôznej miere.

Napokon aj rozdelenie záväznosti prameňov práva na záväznosť z autority (... *pretože tak to niekto povedal*) a záväznosť z povahy veci (... *pretože tak je to správne*) je veľmi zjednodušujúce. Záväznosť prameňa práva, v dnešnej dobe predovšetkým precedentu, môže mať rôznu mieru intenzity, ktorá je závislá od viacerých faktorov:

„Ak povieme, že právnici rozmýšľajú v dichotómiách, podľa ktorých určujú, či určité súdne rozhodnutie buď je, alebo nie je precedantom, potom to nie je celkom presné. Výstižnejšie by bolo povedať, že právnici považujú všetky rozhodnutia za potenciálne argumenty a že sila týchto argumentov je otázkou vyvažovania. Medzi kvality, ktoré rozhodnutiu pridávajú váhu v konkrétnom prípade možno zahrnúť: inštančný stupeň, v rámci ktorého bolo rozhodnutie

¹⁹⁵ Pozri bližšie: KÁČER, M. Prečo zotrvať pri rozhodnutom? Kritika dichotomického myslenia. In *Právny obzor*. roč. 96, č. 2, 2013, s. 137–148.

vydané; prípadný výskyt a presvedčivosť odlišného stanoviska; aktuálnosť rozhodnutia, povaha právnej otázky a správnosť prijatého záveru.¹⁹⁶

S ohľadom na českú prax aplikácie práva Zdeněk Kühn konštatuje, že záväznosť precedentu sa odvíja aj od toho, či bol precedent vydaný v pléne alebo v senáte súdu, ďalej od spôsobu jeho uverejnenia, od konzistencie či konštantnosti jeho zastávania, od jeho spoločenských dopadov, či od toho, aký má k nemu postoj právna doktrína.¹⁹⁷ Takáto multi-faktorová analýza nie je cudzia ani *common law* kultúre. Neil Duxbury tvrdí, že sila anglického precedentu je závislá aj od prirodzenej autority sudcu, ktorý precedent vytvoril, aj od zloženia a konsenzu panelu, v mene ktorého bol precedent vyneseny. Okrem toho hrá niekedy úlohu aj to, či je precedentné pravidlo dôsledkom ojedinelého rozhodnutia alebo dôsledkom série rozhodnutí, v ktorých sa dané pravidlo postupne sedimentovalo.¹⁹⁸

Ako vidieť, výstižnosť popisu záväznej sily precedentu ide na úkor jeho prehľadnosti. Jednoduchá dichotomická schéma (*autorita/povaha veci*) sa roztrúsila do sledu rozmanitých kritérií, ktorých naplnenie sa môže líšiť nielen z kultúry na kultúru, ale aj z krajiny na krajinu, zo súdu na súd, či dokonca z prípadu na prípad. Rozdiel medzi anglo-americkým a kontinentálnym precedantom zrazu akoby prestával byť dôležitý, veď podstatné rozdiely môžeme nájsť aj medzi precedentmi vydané tým istým súdom. Má vôbec výpočet základných *kultúrnych* rozdielov medzi *common law* precedantom a kontinentálnym precedantom nejakú informačnú hodnotu?¹⁹⁹ Skúsme sa naň pozrieť bližšie:

¹⁹⁶ Eng, S. *Analysis of Dis/agreement – with Particular Reference to Law and Legal Theory*. Dordrecht: Kluwer, 2003, s. 407.

¹⁹⁷ Bližšie pozri: KÜHN, Z. – BOBEK, M. – POLČÁK, R. (eds.) *Judikatura a právní argumentace*. Praha: Auditorium, 2006, s. 43–47.

¹⁹⁸ Pozri: DUXBURY, N. *The Nature and Authority of Precedent*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, s. 23–24, 62, 65. Podobne: Perry, S. R. *Judicial Obligation, Precedent and the Common Law*. In *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 7, no. 2, 1987, s. 241–242.

¹⁹⁹ Sami právní komparatisti vedia, že triedenie právnych systémov podľa kultúr či rodín má len orientačnú informačnú hodnotu: „Akékoľvek rozdelenie sveta do rodín alebo skupín je len hrubou skratkou. Utriedenie mätúcej rôznorodosti právnych poriadkov do nejakého druhu medzerovitej schémy môže byť vcelku užitočné len pre nováčika, no skúsený komparatista má na osobitný štýl národných právnych poriadkov vypsotovaný „nos“, a preto ich triedenie do právnych rodín buď vôbec nepoužíva, alebo ho používa len so všetkou opatrnosťou, ktorá je namieste vždy vtedy, keď sa niekto snaží vtláčať do usporiadanej schémy tak vysoko komplexné spoločenské fenomény ako sú

a) Počet rozhodnutých prípadov

Rozdiel medzi precedentsom v krajinách *common law* a na kontinente sa tradične odvodzuje z rozdielu medzi počtom prípadov, ktoré vrcholové súdy v príslušných kultúrach bežne prejednávajú. Zatiaľ čo *common law* vrcholové súdy majú právo vybrať si, ktorým prípadom sa budú zaoberať, kontinentálne vrcholové súdy sa musia zaoberať všetkými podaniami, ktoré si nájdú vo svojej pošte.²⁰⁰ V praxi to znamená, že zatiaľ čo v Amerike alebo v Anglicku najvyššie súdy vydajú pár desiatok rozhodnutí ročne, ich kontinentálne náprotivky ich vydajú za rovnaký čas stovky až tisíce. „*Vyhlasenie rozhodnutia najvyššieho súdu v anglo-americkej krajine je ako rana z dela, zatiaľ čo vyhlásenie rozhodnutí najvyššieho či ústavného súdu v kontinentálnej krajine je ako strelba z guľometu.*“²⁰¹ Potom je len prirodzené, že v *common law* kultúre požívajú precedenty väčšiu vážnosť ako na kontinente.

Uvedený inštitucionálny rozdiel by sa však nemal preceňovať. Totiž aj na kontinente existujú mechanizmy, pomocou ktorých si vrcholoví sudcovia môžu vyberať prípady, ktoré chcú rozhodovať. Prvá otázka, ktorú súd rieši pri spracovaní doručeného podania znie: „Mám vôbec právomoc prejednať tento prípad?“ Čím nejasnejšie je definovaná právomoc súdu, tým väčší priestor má súd na to, aby si vyberal, ktoré z prípadov chce súdiť a ktoré nechce. Napríklad slovenský ústavný súd ako relatívne efektívny filter individuálnych sťažností používa doktrínu subsidiarity. Podľa tejto doktríny zodpovednosť za ústavnosť aplikácie práva v štáte nesie nielen ústavný súd, ale aj všeobecné súdy. Už všeobecné súdy majú dbať o to, aby sa pri výkone verejnej moci, či už zo strany exekutívy alebo samých súdov, rešpektovali ústavou garantované ľudské práva. Ústavný súd preto nepovažuje za správne, aby preskúmal každé rozhodnutie všeobecného súdu, na ktoré sa jednotlivci uňho sťažujú. Ústavný súd preskúmava rozhodnutie všeobecného súdu až vtedy, keď bolo vydané v konaní, ktoré bolo v rozpore s právom na spravodlivú súdnu ochranu. Typicky ide o situáciu, keď je napríklad odô-

žijúce právne poriadky.“ ZWEIGERT, K. – KÖTZ, H. *An Introduction to Comparative Law*, vol. 1, 2nd ed. Oxford: Oxford University Press, 1987, s. 74.

²⁰⁰ Pozri bližšie: Taruffo, M. Institutional Factors Influencing Precedents. In McCormick, N. – Summers, R. (eds.) *Interpreting Precedents – A Comparative Study*. Aldershot: Ashgate, 1997, s. 444-6.

²⁰¹ Parafrazujem slová Z. Kühna, ktoré odzneli na Annual European and Comparative Law PhD Workshop v dňoch 25.-27. 10. 2013 na pôde Právnickej fakulty Univerzity Palackého v Olomouci.

vodnenie rozhodnutia protirečivé alebo keď neboli vykonané všetky dôkazy potrebné pre správne posúdenie veci.²⁰² Neurčitost' práva na spravodlivý súdny proces ponúka ústavnému súdu manévrovací priestor na to, aby odmietol prejednať prípady, o ktoré nemá záujem. Popri doktríne subsidiarity majú sudcovia poruke ešte ďalší prostriedok selekcie prípadov – časové odkladanie spisu. Pokiaľ súd nemusí riešiť podania v poradí, v akom mu boli doručené, môže si vyberať, ktoré z nich majú preňho prioritu a ostatné odloží nabok, na mesiac, dva, rok, dva roky...²⁰³ S prípadným časovým odkladaním spisu je úzko spojená aj delba práce medzi sudcom a jeho pomocným personálom. Ak sa na rozhodovaní zložitejšieho prípadu sudca osobne angažuje viac, jednoduché veci môže prenechať svojim asistentom, ktorí teoreticky môžu koncipovať dokonca aj text samotného rozhodnutia, a to do takého štádia, že sudcovi ho stačí už len skontrolovať a podpísať. Sudca tak môže väčšinu svojho času investovať do rozhodovania prípadov, ktoré považuje za zásadné. Teda ak porovnáme to, ako si môže *common law* sudca vyberať svoje prípady s tým, ako si môže kontinentálny sudca úkolovať svoj pomocný personál a rozvrhovať vlastný pracovný čas, potom prídeme k záveru, že selekcia prípadov je prítomná v oboch kultúrach.

Rozdiel medzi počtom prípadov rozhodnutých vrcholovým sudcom v *common law* a na kontinente nespočíva v tom, že by mal kontinentálny sudca menej času na riešenie zásadných otázok právnej praxe, ale v tom, čo všetko musí ako svoje rozhodnutie zverejniť. Je to iné, keď nájdete v jednom ročníku zbierky 60 rozhodnutí, ako keď ich tam nájdete 2000. Aj keby tie rozhodnutia všetky boli brilantné, prečítať by ste stihli sotva desatinu z nich. To, čoho je viac, si jednoducho zvyčajne ceníme menej ako to, čoho je málo. Rozhodnutie kontinentálneho súdu tak môže získať širšie spo-

²⁰² Napr. „... skutkové a právne závery všeobecného súdu môžu byť predmetom preskúmania vtedy, ak by vyvedené závery boli zjavne neodôvodnené alebo arbitrárne, a tak z ústavného hľadiska neospravedlňiteľné a neudržateľné a zároveň by mali za následok porušenie základného práva alebo slobody (I. ÚS 13/00 mutatis mutandis I. ÚS 37/95, II. ÚS 58/98, I. ÚS 5/00, I. ÚS 17/00) a zároveň by malo za následok porušenie niektorého z princípov spravodlivého procesu, ktoré neboli napravené v inštančnom (opravnom) postupe všeobecných súdov.“ Uznesenie ÚS SR so sp. zn. IV. ÚS 236/07 vydané dňa 27. 9. 2007, bod II, (zdroj: <http://portal.concourt.sk/>).

²⁰³ Contra: Na margo rozhodovania ústavného súdu SR vo veci vedenej pod sp. zn. Pl. ÚS 11/2012 predsedníčka ústavného súdu konštatovala: „Ústavný súd prikladá dotknutému podaniu skupiny poslancov *rovnakú dôležitosť ako všetkým ostatným veciam, v ktorých rozhoduje*.“ Pozri: Tlačová informácia č. 67/2013 z 5. septembra 2013, (zdroj: www.concourt.sk).

čenské uznanie iba tak, že okrem publikácie získa aj publicitu, napríklad tým, že sudcovia pri príležitosti jeho vydania zvolajú tlačovú konferenciu alebo tým, že ho komentátori a učitelia práva preberú do svojich komentárov a učebníc. Napokon spoločenstvu právnikov nič nebráni v tom, aby si selekciu dôležitých rozhodnutí robilo samo a na vlastné náklady.²⁰⁴

b) Precedent alebo konštantná judikatúra?

Dá sa tvrdiť, že kontinent precedenty v podstate ani nepozná, pretože kontinentálne súdne rozhodnutia získavajú všeobecnú záväznosť nie vo forme precedentov, ale vo forme konštantnej judikatúry. Slovo „precedent“ označuje rozhodnutie, ktoré nemá oporu v predchádzajúcej praxi. Teda precedent je zo svojej povahy vždy bezprecedentný. Naopak bolo by asi nezmyslom tvrdiť, že súd, ktorý judikuje určitú vec konštantne, rozhoduje bezprecedentne. V tomto zmysle má autorita *common law* súdu také účinky, že už len jedno rozhodnutie súdu stačí na to, aby sa stal právny názor v ňom vyslovený všeobecne záväzným. Naopak autorita kontinentálneho súdu je taká malá, že súd nedokáže jedným „bezprecedentným“ rozhodnutím nič iné, iba vytýčiť možný smer budúceho vývoja judikatúry.²⁰⁵ To, či sa precedent uchytí, teda či získa všeobecnú záväznosť, tak nakoniec nezávisí iba od jeho autora, ale aj od nižších súdov, právnikov či spoločnosti ako celku. Ak budú precedent ignorovať či otvorene kritizovať, jeho obsah nezíska formu konštantnej judikatúry, a teda ani všeobecnú záväznosť. V tomto zmysle akoby mal súd iba právotvornú iniciatívu, pričom konečné rozhodnutie, či sa jeho návrh prijme akoby záviselo až od samých účastníkov právnej praxe. Do úvahy prichádza aj myšlienka, podľa ktorej to, čo nadobúda podobu prameňa práva, nie je samo súdne rozhodnutie, ale až *usus fori*, súdne zvy-

²⁰⁴ K stručnej histórii zverejňovania súdnych rozhodnutí pozri: BOBEK, M. Úvahy o uverejňovaní soudních rozhodnutí. In *Právní rozhledy*, roč. 19, č. 11, 2010, s. 397 a nasl.

²⁰⁵ Napr. „... práva istota patrí k princípom právneho štátu. O jej dosiahnutie v čo najväčšej možnej miere sú povinné sa usilovať všetky orgány verejnej moci, zvlášť súdy jednotnosťou svojej rozhodovacej činnosti. Zvlášť v počiatočnom období po prijatí novej právnej úpravy a pred vytvorením tzv. „ustálenej judikatúry“ v danej otázke nie je možné vyhnúť sa rozdielnemu výkladu a následne i rozdielnej aplikácii práva súdmi. Preto ani samotná rozdielna judikatúra krátko po prijatí nových trestných kódexov ešte neznamená porušenie čl. 1 ods. 1 ústavy.“ Uznesenie ÚS SR so sp. zn. I. ÚS 212/06 vydané dňa 28. júna 2006, posledný odsek, (zdroj: <http://portal.concourt.sk/>).

kové právo. Na kontinente to teda nie je precedent, ale obyčaj jeho používania, ktorá je všeobecne záväzná.²⁰⁶

Hoci porovnávané kultúry sa v uvedenom aspekte skutočne líšia, opäť ide iba o rozdiel v miere a nie v druhu; v kvantite a nie v kvalite. Ako bolo spomenuté vyššie, následná inštitucionálna či spoločenská akceptácia je faktorom, ktorý záväznosť anglo-amerického precedentu posilňuje. Presnejšie znenie precedentného pravidla sa niekedy objaví až po tom, ako sa dané pravidlo sedimentuje v sérii súdnych rozhodnutí, pričom takéto znenie je väčšinou výsledkom reflexie právnej vedy a nie súdov.²⁰⁷ Napokon nie je vylúčené, že občas niektorý precedent nezíska oporu systému alebo spoločnosti a že súd sa preto rozhodne prelomiť ho vydaním nového precedentu.²⁰⁸ Teda aj v anglo-amerických krajinách je pre záväznosť precedentu dôležitá následná prax jeho používania. Na druhej strane možno tvrdiť, že kontinentálne súdne rozhodnutia nie sú záväzné len z moci konštantnosti ich následnej aplikácie, pretože v opačnom prípade by bol úplne vylúčený akýkoľvek nelegislatívny vývoj práva. Bez precedentu na začiatku série rozhodnutí by žiadna konštantná judikatúra nikdy nevznikla. To, že následná aplikácia precedentu podstatnou mierou prispieva k jeho záväznosti možno vysvetliť tak, že pri nelegislatívnych prameňoch práva je aplikácia práva do určitej miery vždy zároveň aj jeho tvorbou.²⁰⁹ Rozdiel medzi krajinami *common law* a kontinentom tak nakoniec spočíva v miere, v ktorej následná aplikácia precedentu prispieva k povedomiu o jeho všeobecnej záväznosti.

²⁰⁶ Niektorí anglo-americkí autori robia explicitný rozdiel medzi „pravidlom“ stanoveným v jednotlivom precedente a „princípom“ stanoveným súdnym zvykovým právom. Pozri: RAZ, J. *Legal Principles and the Limits of Law*. In *The Yale Law Journal*, vol. 81, no. 5, 1972, s. 852–853.

²⁰⁷ DUXBURY, N. *The Nature and Authority of Precedent*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, s. 23.

²⁰⁸ Ilustráciou nech je Najvyšší súd Spojených štátov, ktorý prelomil svoje rozhodnutie *Hammer v. Dagenhart* v rozhodnutí *U.S. v. Darby* s nasledujúcim odôvodnením: „Rozhodnutie *Hammer v. Dagenhart* nebolo nasledované. Rozlišujúci znak, na ktorom toto rozhodnutie stálo, a síce, že právomoc Kongresu zakázať medzištátny obchod sa týka len takých tovarov, ktoré sú samé o sebe škodlivé – znak, ktorý bol v čase svojho prijatia celkom nový a nemal základ v žiadnom článku ústavy – bol dávno zavrhnutý. ... Rozhodnutie *Hammer v. Dagenhart* sa odchýlilo od princípov, ktoré pri interpretácii klauzuly o obchode prevažovali tak pred, ako aj po jeho prijatí a sila, akú vtedy malo z pozície precedentu, sa dávno vytratila.“ Pozri: *U.S. v. DARBY*, 312 U.S. 100 (1941). In <http://caselaw.lp.findlaw.com>

²⁰⁹ Porovnaj: PROCHÁZKA, R. – KÁČER, M. *Teória práva*. Bratislava: C. H. Beck, 2013, s. 217.

Závaznosť *common law* precedentu je od následnej aplikácie závislá menej ako závaznosť kontinentálneho precedentu.

c) *Koncentrácia právomoci*

S predchádzajúcim rozdielom úzko súvisí miera koncentrácie právotvornej právomoci súdov. Zatiaľ čo v *common law* systéme je táto právomoc koncentrovaná vo vrcholových súdoch, v kontinentálnom systéme je táto právomoc rozptýlená po celej súdnej sústave. Vyššie som sa pokúsil dokázať, že v oboch porovnávaných kultúrach je precedent záväzný aj z moci argumentov, o ktoré sa opiera. V praxi to znamená, že predtým, než sa sudca rozhodne aplikovať starý precedent na nový prípad, presvedčí sa o tom, či to bude viesť k spravodlivým, rozumným či prospešným účinkom. Tak ako sa zákony kontrolujú z pohľadu ústavy a úradné rozhodnutia z pohľadu zákona, tak sa precedenty kontrolujú z pohľadu ich „rozumnosti“. *Common law* systém sa od kontinentálneho systému líši v tom, že ak nižší súd dospeje k záveru, že starý precedent je potrebné z dôvodu jeho nerozumnosti prelomiť, potom tento precedent neprelomí vo vlastnej réžii, ale radšej ho nechá posúdiť vyšším súdom. Naopak ak nižší súd na kontinente dospeje k záveru, že aplikácia právneho názoru vyššieho súdu nepovedie k nastoleniu „zákonnosti“ v danom prípade, tento právny názor bude buď ignorovať, alebo ho otvorene zoberie v úvahu, v ktorej nakoniec aj tak uprednostní aplikáciu svojho vlastného právneho názoru. To celé sa môže odohrať dokonca aj v rámci kasácie. Kontinentálna kultúra, minimálne v zastúpení slovenskej súdnej praxe, si jednoducho viac váži nezávislosť súdnej moci ako jednotnosť jej rozhodovacej činnosti. Nezávislý je sudca vtedy, keď rozhoduje iba podľa zákona, čo podľa niektorých interpretácií znamená, že nie je viazaný ani právnym názorom vyššieho súdu. V konečnom dôsledku tak niektorí sudcovia cítia, že *smú* prelomiť právny názor vyššieho súdu vlastným právnym názorom aj v prípade kasácie. Pokiaľ by však mal jediný nedostatok súdnej praxe spočívať iba v tom, že sudcovia rozhodujú podľa vlastnej hodnotovej úvahy (nezávislosť súdov vs. jednotnosť výkladu) a podľa vlastnej predstavy „o zákonosti právnych názorov“ (alebo „o rozumnosti precedentov“), potom by táto prax ešte stále ostala do veľkej miery predvídateľná. Totiž aj ten najväčší „materialista“ musí svoju rozhodovaciu činnosť nakoniec sformalizovať, čo je cieľ, ktorý najľahšie dosiahne tak, že bude pri riešení terajších prípadov nasledovať predchádzajúce rozhodnutia. To, čo znižuje predvídateľnosť súdnych rozhodnutí, nie je otvorená polemika o správnom výklade zákona, ktorú medzi sebou vedú

jednotlivé súdy či senáty. Ak sa súdy snažia odôvodniť odchylenie sa od predchádzajúceho právneho názoru, ešte stále je to známka toho, že majú starosť o jednotnosť rozhodovacej činnosti súdnej moci ako celku. Akonáhle však súdy obchádzajú svoje predchádzajúce rozhodnutia mlčky, teda akonáhle vedome *ignorujú* rozpory v judikatúre, kvalita predvídateľnosti sa v súdnom systéme stáva vzácnou a záväznosť precedentu sa stáva viac výnimočnou a menej pravidelnou. Indikátor záväznosti precedentného práva je tak nakoniec daný počtom rozporov v judikatúre a kultúrou ich odôvodňovania. Anglo-americké súdy počet rozporov znižujú tým, že prelamovanie precedentov nechávajú na vrcholové súdy a že vrcholové súdy precedenty prelamujú otvorene a na základe predostretých argumentov. Kontinentálne súdy počet rozporov zvyšujú tým, že precedenty prelamujú aj vo vlastnej rézii a že niektoré z rozporov jednoducho prejdú mlčaním, spoliehajú sa na to, že ich úlohou je rozhodnúť v prvom rade nezávislo a až v druhom rade konzistentne.²¹⁰

d) Dôvera v súdy

Vyššie som spomenul, že jedným z historických zdrojov kontinentálneho právneho systému bola hlboká nedôvera v súdnictvo. Francúzska spoločnosť v polovici 18. storočia však bola negatívne naladená nie špecificky voči sudcovskému stavu, ale skôr voči právnickému stavu ako celku: právo nemalo systém, jednotnú formu, jednotného adresáta, a preto sa ľuďom zdalo, že si s ním právnici robia, čo sa im zachcelo.²¹¹ Riešením malo byť nastolenie vlády zákona, ktorý vďaka svojej jednoduchosti nepotreboval žiadny výklad, a to aj preto, aby laik nepotreboval žiadneho právnika. Keď v Anglicku prišiel s podobnou kritikou a podobným riešením Jeremy Bentham, anglická spoločnosť jeho rady nepočúvla. Pri vysvetľovaní tohto rozdielu sa vnucuje hypotéza, podľa ktorej *common law* súdy v porovnaní s kontinentálnymi súdmi požívajú väčšiu dôveru spoločnosti. Čím väčšiu spoločenskú prestíž určitý súd má, tým skôr sa mu prepáči celkom neoča-

²¹⁰ V domácom prostredí je táto druhoradosť zvýraznená aj tým, že pre účel zjednocovania judikatúry boli zriadené osobitné zjednocovacie procedúry. K zjednocovacím procedúram pozri: KÚHN, Z. – BOBEK, M. – POLČÁK, R. (eds.) *Judikatura a právní argumentace*. Praha: Auditorium, 2006, s. 49-50.

²¹¹ MARCOS, M. H. Conceptual Aspects of Legal Enlightenment in Europe. In CANALE, D. – GROSSI, P. – HOFMANN, H. (eds.) *A History of the Philosophy of Law in the Civil Law World, 1600–1900*. Dordrecht: Springer, 2009, s. 87.

kávané rozhodnutie.²¹² A čím viac sa vrcholovému súdu tolerujú excesy, tým väčší priestor mu ostane pre tvorbu práva. Skráteno: viac spoločenskej dôvery smeruje k väčšej právomoci.

Táto úvaha je však príliš zjednodušujúca. V súčasnej dobe niet spoľahlivého dôkazu o tom, že by existovala nutná spojitosť medzi dôverou v súdnu moc a veľkosťou jej právotvornej právomoci. Vrcholovému súdu môžu ľudia dôverovať práve aj z toho dôvodu, že je zdržanlivý a naopak môžu mu začať nedôverovať práve aj z toho dôvodu, že je príliš nezdržanlivý, teda expandujúci svoju právomoc na úkor iných orgánov. Dôvera v súdnictvo je jedným z prejavov faktickej akceptácie štátnej moci zo strany ľudí, ktorým táto moc vládne. Takáto akceptácia je sprievodným (hoci nie nutným) znakom legitimacy štátnej moci. V literatúre sa niekedy hovorí aj o legitimitate súdnej moci, ktorá je špecifická tým, že nemusí byť viazaná na demokratický spôsob výberu sudcov.²¹³ Napríklad Ján Svák za faktory ovplyvňujúce legitimitu súdnej moci považuje jednak kompetentnosť sudcov a jednak subjekty legitimujúce sudcov. Rozmenené na drobné to potom znamená, že legitimita súdnej moci je závislá od odbornej vzdelanosti sudcov, od ich bezúhonnosti či prirodzenej autority a zároveň aj od toho, či ich do funkcie ustanovujú priamo ľudia, orgány štátnej moci alebo orgán stavovskej samosprávy.²¹⁴ Priama voľba sudcov je tak len jedným z mnohých faktorov, ktorý ovplyvňuje legitimitu súdnej moci a navyše ani nie je celkom jasné, či ju ovplyvňuje pozitívne alebo negatívne, pretože priama voľba sudcov je v potenciálnom konflikte so sudcovskou nezávislosťou. Medzi faktormi, ktoré ovplyvňujú legitimitu súdnej moci nájdeme aj také, ktoré sú viac či menej typické len pre jednu právnu kultúru,²¹⁵ to však ešte neznamená, že faktory typické skôr pre *common law* krajiny zaručujú súdom väčšiu dôveryhodnosť. V niektorých výskumoch je to presne naopak: ak má zaradenie do právnej kultúry vplyv na dôveryhodnosť súdnictva, tak potom taký, že v *common law* krajinách majú sudy tendenciu byť v priemere menej dôve-

²¹² Porovnaj: HART, H. L. A. *Pojem práva*. Praha: Prostor, 2004, s. 155–156.

²¹³ BÜHLMANN, M. – KUNZ, R. Confidence in the Judiciary: Comparing the Independence and Legitimacy of Judicial Systems. In *West European Politics*, vol. 34, no. 2, 2011, s. 317.

²¹⁴ SVÁK, J. *Súdna moc a moc sudcov na Slovensku*. Bratislava: Eurokódex, 2011, s. 14 a nasl.

²¹⁵ Napr. v kontinentálnych krajinách sa sudcovská funkcia chápe skôr ako celoživotná úradnícka kariéra, zatiaľ čo v *common law* krajinách sa táto funkcia chápe skôr ako prestížne završenie profesionálnej kariéry nadaných právnikov. Pozri: *Ibidem*, s. 16.

ryhodné ako súdy na kontinente.²¹⁶ Bühlmann a Kunz to vysvetľujú rozdielnosťou priorít, na ktoré sa súdy zameriavajú: zatiaľ čo na kontinente sa súdy zameriavajú na férovosť súdnej procedúry, v *common law* krajinách sa súdy zameriavajú na zmierovanie procesných strán.²¹⁷ Ak sa posunieme smerom od nižších súdnych inštancií k vrcholovým súdom, ktoré majú právomoc vydávať precedenty, zistíme, že ich dôveryhodnosť je vo veľkej miere oslabená politizáciou ich personálnej kreácie, resp. tendenciou aktuálnych držiteľov moci monopolizovať svoje mocenské postavenie pomocou výberu sudcov. Takáto monopolizácia sa nemusí obmedzovať výlučne iba na výber „politicky lojálnych“ osôb. Napríklad v Anglicku sa ako problém vnímalo už len to, že Lord kancelár do sudcovských funkcií tradične navrhoval osoby pochádzajúce väčšinou iba z jednej spoločenskej skupiny (väčšina kandidátov boli belosi, mužského pohlavia, vyššieho veku, s dobrým spoločenským zázemím), čo bolo v kontraste s rozmanitosťou britskej spoločnosti i britskej právnickej obce.²¹⁸ V Spojených štátoch má monopolizácia moci pomocou súdov viditeľnejší politický rozmer, pretože výber kandidátov na pozíciu federálnych sudcov býva predmetom otvoreného a pravidelného konfliktu medzi demokratmi a republikánmi.²¹⁹ Je len pochopiteľné, že pokiaľ sa na kreácii súdnej moci podieľa zákonodarná moc alebo výkonná moc, alebo dokonca aj priamo občania, existuje riziko, že výber sudcov bude ovplyvnený snahou o rozšírenie mocenského vplyvu politických subjektov, ktorí dokážu danými mocami alebo občanmi hýbať. Preto je pravdepodobné, že to, čo sa odohráva v Spojených štátoch pri výbere federálnych

²¹⁶ Z údajov databázy World Value Survey vyzbieraných v rokoch 1995 až 2002 vyplynulo, že vyššiu dôveryhodnosť ako súdy v Anglicku požívajú súdy napríklad v Dánsku, Švajčiarsku, Nemecku či Grécku. Pozri: BÜHLMANN, M. – KUNZ, R. Confidence in the Judiciary: Comparing the Independence and Legitimacy of Judicial Systems. In *West European Politics*, vol. 34, no. 2, 2011, s. 322.

²¹⁷ *Ibidem*, s. 324, 332.

²¹⁸ ANDERSON, L. The Problem of Politics and Appointments to the Federal Bench: Looking to England for Guidance in Creating a Less Politicized Process. In *New England Law Review*, vol 47, Issue 3, 2013, s. 656.

²¹⁹ Tento konflikt sa odohráva jednak medzi po sebe úradujúcim prezidentmi (ktorí sudcov nominujú) alebo medzi prezidentom a senátom (ktorý nomináciu schvaľuje), ba dokonca aj medzi jednotlivými stavovskými či inými mimovládnyimi organizáciami, ktoré prezidentom pomáhajú pri hodnotení kompetentnosti jednotlivých kandidátov: American Bar Association asistuje pri výbere liberálne zmýšľajúcich sudcov, zatiaľ čo Federalist Society asistuje pri výbere konzervatívne zmýšľajúcich sudcov. Bližšie pozri: *Ibidem*, s. 664–667.

sudcov, sa odohráva aj v Slovenskej republike pri výbere ústavných sudcov, avšak s tým rozdielom, že na Slovensku do tohto výberového procesu verejnosť až tak veľmi nevidí. A ak spôsob kreácie súdnej moci zdôvodňuje obavu o nezávislosť súdneho rozhodovania, potom je len pochopiteľné, že dôvera v súdy klesá.²²⁰

V minulosti sa konflikt medzi kreáciou súdnej moci a nezávislosťou jej rozhodovania nemusel vyskytovať tak často, pretože funkcia sudcu bola dedičná.²²¹ Kedysi dávalo dobrý zmysel rozlišovať medzi štátom na jednej strane a súdmi na strane druhej;²²² v ideálnom prípade medzi štátom a súdmi dokonca ani nemal byť žiadny prienik.²²³ Zdalo by sa, že v republikách, ktoré odmietajú dedičnosť verejných funkcií, je možné garantovať nezávislosť súdnej moci tak, že na výbere nových sudcov sa budú podieľať iba starí sudcovia. Táto myšlienka sa objavuje v úvahách o ideálnom zložení súdnej rady, ktorej hlavným účelom je personálna kreácia súdnej moci.²²⁴ Napokon však ani takéto odtrhnutie sa súdnej moci od (zvyšku) štátu a spoločnosti nemusí slúžiť svojmu účelu.²²⁵ Neovplyvniteľnosť sudcu pri jeho

²²⁰ Bühlmann a Kunz tvrdia, že nezávislosť je hlavným faktorom dôveryhodnosti, a teda aj legitimacy súdnictva. Nejde však o nezávislosť *de iure* ale *de facto*, teda nejde o to, aké záruky poskytuje právny systém sudcom, aby mohli rozhodovať nezávisle, ale o to, či sudcovia skutočne rozhodujú nezávisle. Pozri: BÜHLMANN, M. – KUNZ, R. Confidence in the Judiciary: Comparing the Independence and Legitimacy of Judicial Systems. In *West European Politics*, vol. 34, no. 2, 2011, s. 323, 332–323.

²²¹ „Alexis de Tocqueville neskôr usúdil, že dedičnosť sudcovského úradu zaisťovala nezávislosť súdnictva, pretože sudca nebol dosadzovaný štátom... Dedičné súdnictvo už pri tom ani v ancien régime nevykonávali laici: predpokladom pre výkon sudcovskej funkcie bolo štúdium a znalosť práva. Tam, kde statkár neprešiel príslušnými skúškami, musel výkonom súdnictva poveriť juristu.“ HATTENHAUER, H. *Evropské dějiny práva*. Praha: C. H. Beck, 1997, s. 467.

²²² „Súdnictvo existovalo od nepamäti a štát sa musel vyrovnáť s tým, že rozsudky boli vynášané dávno pred jeho vznikom.“ HATTENHAUER, H. *Evropské dějiny práva*. Praha: C. H. Beck, 1997, s. 298.

²²³ „Nech má najvyššiu moc v štáte ktokoľvek, platí, že súdy by mali byť v čo najväčšej miere konštituované tak, aby od tohto subjektu boli nielen nezávislé, ale aby ho aj určitým spôsobom vyvažovali. Súdy by mali ochraňovať jeho spravodlivosť pred jeho mocou. Mali by vytvárať svoju judikatúru tak, akoby boli vo vzťahu k štátu externým elementom.“ BURKE, E. *Reflections on The French Revolution*. London: J. M. Dent, 1951, s. 202.

²²⁴ Bližšie Pozri: SVÁK, J. *Súdna moc a moc sudcov na Slovensku*. Bratislava: Eurokódex, 2011, s. 30 a 44.

²²⁵ Podľa niektorých výskumov existencia súdnej rady v krajine negatívne vplyva na celkovú výkonnosť súdnictva, ako aj na vnímanie jeho nezávislosti. Pozri: VOIGT, S.

rozhodovaní, ktorá je základom jeho nezávislosti, nakoniec vždy stojí na jeho osobných morálnych kvalitách, a nie na inštitucionálnom usporiadaní spôsobu jeho kreácie. Už len preto možno výlučnosť či dominanciu starých sudcov pri výbere nových sudcov kritizovať. Totiž ak sa predpoklady pre riadny výkon sudcovskej funkcie odvíjajú nielen od odbornosti, ale aj od morálnej integrity kandidáta, potom je prípustné, ba žiaduce, aby sa pri hodnotení tejto kvality zúčastnili aj laici, ktorí nie sú zaťažení stavovským nazeraním na svet.²²⁶

Nutná súvislosť medzi veľkosťou spoločenskej dôvery v súdy a veľkosťou ich právomoci tvorí právo neexistuje.²²⁷ Je síce pravda, že súdu so spoločenskou prestížou sa neočakávané rozhodnutia tolerujú ľahšie, no „uznanie“ neočakávaného rozhodnutia nemusí byť len výsledkom prestíže jeho tvorca. Ľudia, či už laici alebo právnici, môžu „uznať“ rozšírenie právomoci určitého orgánu už len tým, že proti takémuto rozšíreniu neprotestujú a nechajú ho zovšednieť. Ak si na niečo, čo je nenormálne zvykneme, stane sa to pre nás normálnym. Navyše netreba zabúdať, že prelomenie starého rozhodnutia rozhodnutím novým, výklad zákona v rozpore s jeho explicitným znením i implicitným účelom, jednoducho všetky excesy súdnej moci, sú často sprevádzané nejakým odôvodnením, v zmysle ktorého k excesu buď vôbec nedošlo (deklaratórna teória), alebo k nemu dôjsť muselo (materiálna korekcia práva). Takémuto odôvodneniu môžeme uveriť nielen preto, že súd, ktorý ho podal, požíva náš rešpekt, ale aj preto, že nechceme niesť

– BIALY, N. E. *Identifying the Determinants of Judicial Performance: Taxpayers' Money Well Spent?* (2013), s. 21. Zdroj: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2241224.

²²⁶ Rôznorodosť zloženia anglickej obdoby súdnej rady zavedenej v roku 2005 je daná priamo zákonom: rade predsedá laik, jej členmi je ďalších päť laikov, päť sudcov a štyria zástupcovia ostatných právnických profesií. Naopak na Slovensku nie je ustanovená rôznorodosť zloženia súdnej rady, ale len rôznorodosť orgánov spolupodieľajúcich sa na jej personálnej kreácii: predsedom je predseda Najvyššieho súdu, osem členov si volia sudcovia, po troch členoch nominuje prezident, vláda a parlament. Technicky však nie je vylúčené, že v rade sa nakoniec stretnú iba samí sudcovia. Pozri: ANDERSON, L. The Problem of Politics and Appointments to the Federal Bench: Looking to England for Guidance in Creating a Less Politicized Process. In *New England Law Review*, vol. 47, Issue 3, 2013, s. 658. SVÁK, J. *Súdna moc a moc sudcov na Slovensku*. Bratislava: Eurokódex, 2011, s. 44.

²²⁷ To je napokon potvrdené aj empiricky: BÜHLMANN, M. – KUNZ, R. Confidence in the Judiciary: Comparing the Independence and Legitimacy of Judicial Systems. In *West European Politics*, vol. 34, no. 2, 2011, s. 328.

zodpovednosť za to, aby sme sa proti nemu postavili. Takáto rezignácia je osobitne prítomná v súdnych systémoch s autoritárskou tendenciou, tj. v systémoch, kde vrchní predstavitelia súdnej moci neprípúšťajú diskurz o spravodlivosti, rozumnosti či prospešnosti svojich rozhodnutí.²²⁸

2.7 Zhrnutie

Záväznosť zákona je nielen autoritatívna, ale je aj argumentačná. Zákon je záväzný nielen kvôli tomu *kto* ho prijal, ale aj kvôli tomu *ako* vyzerá a kvôli tomu *čo* stanovuje. Hoci autoritatívny rozmer záväznosti zákona tlačí na sudcu, aby zákon aplikoval aj v tých prípadoch, v ktorých je to nespravodlivé, sudca sa môže takto správať iba v tých prípadoch, v ktorých mu to forma vyjadrenia zákona umožňuje. Ak sudcovia zákonu nerozumejú, zákonodarca nemôže očakávať, že bude aplikovaný tak, ako predvídal pri jeho tvorbe. Navyše dodržanie zákona nie je len logickým dôsledkom dobre formulovaného textu nejakej autority, ale vždy aj osobným rozhodnutím konkrétneho človeka. Preto žiadny zákonodarca nemá tak veľkú autoritu, aby ňou dokázal garantovať, že záväznosť jeho zákonov nebude testovaná s ohľadom na morálne kritériá tých, ktorým sú tieto zákony určené. Autorita zákonodarcu nedokáže umlčať, raz a navždy, argumenty proti zákonu, hoci sa jej to zvyčajne darí.

O obidva druhy dôvodov – tak o argument z autority ako aj o argument z povahy veci – sa opiera aj záväznosť precedentu. Argumentačný rozmer záväznosti precedentu je daný samou povahou súdnej právomoci – každý súd má ambíciu rozhodnúť prípad tak, aby bolo zrejmé, že sa pri tom riadil nejakým dopredu daným právom, čo je tendencia, ktorá je v *common law* kultúre osobitne zdôraznená v tzv. deklaratórnej teórii súdneho rozhodnutia. Navyše normy precedentného práva regulujú nielen správanie, ale aj dôvody svojej vlastnej opodstatnenosti, čo vedie k tomu, že v zásade každý precedent možno argumentačne prelomiť, resp. možno aspoň zmeniť rozsah jeho pôsobnosti. Autoritatívny rozmer záväznosti precedentu je prítomný aj v kontinentálnej kultúre, v ktorej vrcholové súdy opierajú svoju právotvornú právomoc o postavenie v súdnej hierarchii, o povinnosť odstraňovať rozpory v judikatúre a eventuálne aj o presvedčivosť svojho „ustanovujúceho príbehu“. Špecifiká záväznosti toho-ktorého prameňa práva sú

²²⁸ Pozri: KÜHN, Z. – BOBEK, M. – POLČÁK, R. (eds.) *Judikatura a právní argumentace*. Praha: Auditorium, 2006, s. 131–133.

nakoniec dané rôznosťou miery (intenzity), v ktorej sa daný prameň o uvedené druhy dôvodov opiera.

Záväznosť prameňov práva vo všeobecnosti a precedentov osobitne však nie je daná iba nejakými racionálnymi dôvodmi. V našom bežnom živote dokážeme považovať za správne aj také veci, ktoré nemajú žiadne racionálne opodstatnenie. V nasledujúcej kapitole sa pokúsim ukázať, prečo všeobecná záväznosť predchádzajúcich súdnych rozhodnutí nie je len o dôvodoch, ktoré túto záväznosť opodstatňujú, ale aj o psychike bežného človeka, ktorý si rád uľahčuje život tým, že samovoľne zotrváva pri tom, čo už raz rozhodol a že samovoľne takéto zotrvanie považuje za správne.

3. Fakt

3.1 Úvod

V predchádzajúcej kapitole som sa zaoberal odôvodnením všeobecnej záväznosti precedentu. Dôvody záväznosti som rozdelil na argumenty z povahy veci (... pretože tak je to správne) a argumenty z autority (... pretože tak to niekto povedal). Tieto dva druhy argumentov sú prítomné v odôvodnení záväznosti každého prameňa práva, teda prvky argumentačnej záväznosti možno nájsť aj pri zákone, aj pri anglo-americkom precedente. Sudcovia sú zaťažení povinnosťou odôvodňovať svoje právne názory aj v tých prípadoch, v ktorých aplikujú právo, ktoré sami vytvorili. Súdy jednoducho nie sú parlamenty, ktoré si môžu dovoliť vytvoriť nové právo bez toho, aby ho nejako racionálne opodstatnili. Už len z tohto dôvodu bude argumentačný prvok záväznosti vždy väčší pri súdnych rozhodnutiach ako pri zákonoch, a to bez ohľadu na to, o akú právnu kultúru ide.

Nie sú to však len racionálne argumenty, ktoré podporujú záväznosť precedentov. Pri všetkej počestnosti sudcových úmyslov, vydanie precedentu je vždy spojené s určitou kontroverziou. Precedent je zo svojej povahy bezprecedentný; je to rozhodnutie, ktoré prelamuje doterajšiu súdnu prax, doterajší výklad zákona či ústavy; toto rozhodnutie podlamuje doterajšie očakávania, ktoré na súd kládli tak právnici ako i spoločnosť. Z hmotno-právneho pohľadu by sme pokojne mohli tvrdiť, že vydaním precedentu došlo vlastne k porušeniu práva. A nech je odôvodnenie v prospech takéhoto precedentu akokoľvek erudované, nech je zachovávanie tohto precedentu akokoľvek trvalé, vždy môžeme proti nemu vytiahnuť „argument z kontrafaktivity noriem“. Argument, podľa ktorého je pojmovo vylúčené, aby z nepráva vzniklo právo; aby z nespravodlivosti vznikla spravodlivosť; aby z vyhlásenia protiprávneho rozhodnutia vznikla právomoc takéto rozhodnutia vyhlasovať; aby z faktu vznikla norma. Teda ak sa sudca pri tvorbe precedentného práva pomýlil, hoc aj dobromyseľne, nemôžeme hovoriť o tom, že vytvoril nejaké právo: *„Akokoľvek dlho by celé spektrum orgánov verejnej moci žilo v omyle ... samé o sebe by to nemohlo znamenať zmenu omylu na správne presvedčenie.“*²²⁹

²²⁹ PROCHÁZKA, R. *Lud a sudcovia v konštitučnej demokracii*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2011, s. 27.

Pravdou však ostáva, že v tom jedinom svete, v ktorom nám bolo súdené žiť, normy z faktov vznikajú celkom bežne. A celkom bežne vzniká právo aj z vedome či nevedome protiprávneho konania štátnych orgánov. Ako som tvrdil v prvej kapitole: jednota právneho systému, existencia pravidla uznania, je nakoniec vždy odvodená iba z faktov. Preto nie je pojmovo vylúčené, ba možno rovno predpokladať, že medzi faktami, na ktorých stojí platnosť právneho poriadku, sú aj také, ktoré sú s týmto poriadkom v logickom rozpore, napr. dôsledky dosiaľ neobjavených právnych omylov či úmyselného porušenia práva. Otázka „Ako sa môže normativita práva ultimátne opierať o spoločenské fakty?“ je zasadená do hlbšieho teoretického kontextu, pretože to, že právne normy vznikajú zo spoločenských faktov, je základným predpokladom, na ktorom stojí súčasný právny pozitivizmus.²³⁰ Aj z tohto dôvodu je nasledujúca kapitola koncipovaná širšie: najskôr sa pokúsím stručne podať, čo to znamená, keď povieme, že normy sú kontrafaktické (3.1) a následne sa pokúsím vysvetliť, akým spôsobom normy vznikajú z faktov (3.2). Problém záväznosti precedentu vydaného v rozpore s právom je tu v podstate len parciálny a slúži skôr ako ilustrácia všeobecnej tézy o „normatívnej sile faktického.“

3.2 Kontrafakticita noriem

Niet strádania, ktoré by nedokázal podstúpiť človek rozhodnutý nasledovať nejakú normu. Vidina obetí vytrpených pri nasledovaní normy nemá žiadny vplyv na rozhodnutie o tom, či sa ňou riadiť alebo nie. To je aj zvyčajný námet tragédie o morálnych hrdinoch. Jedine keď sa za plnenie povinnosti pyká, dokáže byť príbeh o takomto hrdinovi aspoň trochu napínavý. V konflikte medzi svetom faktov a svetom noriem morálny hrdina radšej poprie evidenciu faktu, akoby mal poprieť platnosť normy. Takto o tom píše Arthur Schopenhauer:

„Keď sa ho nedotknú dráždidlá rozkoše a pôžitku alebo ním neotrasú hrozby a zúrivosť rozbesnených nepriateľov, prosby zdanlivých priateľov neskrivia jeho rozhodnutie, preludy ktorými ho obklopili dojednané intrigy, ním nepohnú, posmech bláznov a spodiny ho nevyvedie z rovnováhy, ani nezmyli v jeho vlastnom hodnotení: potom sa zdá byť pod vplyvom jedine jemu vidi-

²³⁰ Tomáš Sobek tvrdí, že pre právny pozitivizmus je otázka vzniku normy z faktu „stále otvorená a naliehavá“. Pozri: SOBEC, T. *Argumenty teorie práva*. Praha: Ústav státu a práva, 2008, s. 270 a nasl.

telného duchovného sveta, pred ktorým sa všetka ona názorná prítomnosť rozplýva ako fantóm.“²³¹

To, čo v divadle rozčíti dušu, v teórii rozbolí hlavu. Azda prvý, kto túto „bolesť“ pocítil bol David Hume:

„V každom systéme morálky, s ktorým som sa doteraz stretol, som vždy spozoroval, že autor najskôr začal so zvyčajným spôsobom odôvodňovania, teda predpokladal existenciu Boha alebo pozoroval chod ľudských záležitostí, keď tu zrazu s prekvapením zisťujem, že namiesto zvyčajnej kopuly výrokov „je“ a „nie je“, nenachádzam žiadnu vetu, ktorá by nebola spojená kopulou „má byť“ alebo „nemá byť““²³²

Humor postreh sa časom stal tradičnou súčasťou argumentačnej výzbroje proti každému, kto by chcel normy vyvodzovať priamo z faktov. Nazvime túto vlastnosť noriem „kontrafakticita“ noriem.

Kontrafakticita noriem má viacero vzájomne prepojených podôb, z ktorých sa dajú rozlíšiť aspoň tieto štyri:

a) Normy sú *politicky kontrafaktické* v tom zmysle, že ich nemožno odvodiť priamo z faktov, pričom pod slovom „priamo“ myslím „bez prítomnosti ľudského rozhodnutia“. Normy nemožno odvodiť od žiadneho prírodného úkazu, nech by sa vyskytoval s akokoľvek železnou pravidelnosťou. Norma „Nezabíjaj!“ nie je priamym dôsledkom ľudskej potreby sociálneho života, pretože určitá ľudská potreba chápaná ako fakt nemusí ľudí automaticky viesť k jej uspokojeniu formou vytvorenia a aplikácie nejakej normy. To, že majú ľudia v sebe inštinkt k družnosti (*appetitus societatis*) teda automaticky neznamená, že normy nám musia prikazovať mierové spolužitie medzi ľuďmi. To, že človek dokáže splniť právnu povinnosť len keď je relatívne zrozumiteľne vyjadrená, ešte automaticky nemusí znamenať, že každý právny poriadok v sebe obsahuje normu, podľa ktorej zákonodarca smie tvoriť iba zrozumiteľný zákon a žiadny iný. Aj keby sme vytvorenie určitých noriem vo vzťahu k určitým prirodzeným inštinktom vnímali ako užitočné, aj tak nás to nemusí nútiť k tomu, aby sme túto tvorbu chápali aj ako povinnú. Podobne ak dospejeme k záveru, že v chladnom počasí je užitočné nosiť teplé oblečenie, ešte stále to neznamená, že máme povinnosť obliecť si hrubý sveter vždy vtedy, keď zafúka silný vietor.²³³ Norma môže

²³¹ SCHOPENHAUER, A. *Svět jako vůle a představa*, zv. 2. Nová tiskárna Pelhřimov, 1998, s. 108.

²³² HUME, D. *A Treatise of Human Nature*, vol. 2. London: Dent & Sons, 1962, s. 177–178.

²³³ OLIVECRONA, K. *Law as Fact*, 2nd ed. London: Stevens & Sons, 1971, s. 13.

byť dôsledkom faktu iba nepriamo, a to prostredníctvom ľudského (vedomého či nevedomého) rozhodnutia. A vyjmúc koncept dedičného hriechu, s každým osobným ľudským rozhodnutím prichádza aj zodpovednosť zaň. Práve v tejto zodpovednosti vidí Karl Popper rozdiel medzi prírodnými a ľudskými zákonmi: „*Normy sú ľudským dielom v tom zmysle, že za na ne môžeme viniť nikoho, iba seba; ani prírodu, ani Boha.*“²³⁴ Teda ak sa nám podsúva, že v určitých situáciách máme povinnosť konať tak alebo onak, vždy dáva dobrý zmysel pýtať sa, kto túto povinnosť stanovil.

b) Hoci normy nevieme priamo odvodiť z faktov, napr. ľudských potrieb, vyvstáva otázka, či ich vieme priamo odvodiť z iných noriem. Tí, ktorí považujú normy za *logicky kontrafaktické*, budú tvrdiť, že takéto priame normatívne vyplývanie existuje. Normy dokážu byť predmetom logických operácií iba za predpokladu, že výsledok týchto operácií je nezávislý na osobe toho, kto ich vykonáva. Darmo by sme rozmýšľali nad tým, či z vety „prezident vymenúva na návrh“ *logicky vyplýva* veta „prezident môže odmietnuť návrh na vymenovanie“, ak by sme pripustili, že akákoľvek odpoveď na túto otázku bude vždy (aspoň trochu) subjektívna. Čím viac budeme pripúšťať, že vyvodzovanie záverov zo všeobecných normatívnych viet je subjektívne, tým menej má zmysel hovoriť o tom, že skutočne ide „vyvodzovanie záverov“. Teda normy sú logicky kontrafaktické, ak „Miluj bližného svojho!“ možno priamo chápať aj ako normu „Daj hladnému chlieb!“; zákaz úkladnej vraždy možno priamo chápať aj ako zákaz eutanázie, pričom pod slovom „priamo“ myslím, „bez prítomnosti ľudského rozhodnutia“. Normy teda dokážu byť navzájom prepojené nielen na základe vôľových, ale aj na základe myšlienkových aktov.²³⁵ Na logickej kontrafaktícite stojí étos aplikácie práva: Ak chce sudca uložiť konkrétnemu človeku nejakú povinnosť s odôvodnením, že to tak „vyplýva z právnych noriem“, potom tým chce povedať aj to, že on osobne za uloženie tejto povinnosti vlastne ani nenesie zodpovednosť, pretože táto povinnosť bola *logicky nutným* dôsledkom dopredu stanoveného práva.

²³⁴ POPPER, K. *Otvorená spoločnosť a její nepřítelé I: Uhrnutí Platónem*. Praha: Oikoy-menh, 1994, s. 63.

²³⁵ Samozrejme ide o veľmi spornú tézu. Medzi proponentmi tohto sporu možno na jednej strane postaviť neskorého Hansa Kelsena a na strane druhej Ota Weinbergera. Bližšie pozri: KELSEN, H. *Všeobecná teorie norem*. Brno: Masarykova univerzita, 2000, s. 60, 215, 231 a 245. WEINBERGER, O. *Alternativní teorie jednání*. Praha: Filosofie, 1997, s. 22 a nasl. Weinberger v tejto súvislosti nehovorí o logickej kontrafaktícite noriem, ale o antipsychologickom poňatí noriem.

c) Normy sú *deontologicky kontrafaktické*, pretože človek, ktorý sa nimi riadi, neprípisuje faktom okolo seba pozíciu účinného „dôvodu“, ktorý by dokázal z procesu jeho rozhodovania danú normu vytlačiť z prvého miesta. Ide o kontrafakticitu motivácie morálneho hrdinu, ktorého sme si predstavili pred chvíľou: ani trest, ani odmena, ani dráždidlá rozkoše, dojednané intrigy či posmech bláznov... skrátka žiadny fakt nemá vplyv na to, či morálny hrdina bude nasledovať normu, ktorú si predsavzal. Ak na základe faktov (napr. hrozba za nesplnenie príkazu) konštruujeme praktické dôvody nášho správania (napr. splním príkaz, aby som sa vyhol zlu, ktorým sa mi hrozí), potom sa deontologická kontrafakticita noriem prejavuje tak, že normy fungujú ako dôvody, ktoré vylučujú relevanciu ostatných praktických dôvodov. Joseph Raz opiera takúto koncepciu noriem o bežnú ľudskú skúsenosť: „Každý, kto nasleduje určitú normu, sa môže dostať do situácie, v ktorej si uvedomí, že aj keď má vykonať to, čo mu norma prikazuje, predsa len sa nedokáže ubrániť tomu typickému zmiešanému pocitu, že to nie je to najsprávnejšie riešenie, teda že existuje iná kalkulácia, podľa ktorej by normou prikázané správanie vykonať nemal.“²³⁶ Vyššie (2.3) som spomenul, že normy chápané ako vylučujúce dôvody, sú záväzné viac z moci autority a menej z rozumnosti svojich účinkov.

d) *Analytická kontrafakticita* vychádza z premisy, podľa ktorej rozpor normy s faktom nie je dôvodom na zmenu normy, ale naopak ide o dôvod na zmenu faktu. Svein Eng použil túto formu kontrafakticity ako všeobecné kritérium pre rozlišovanie medzi normatívnymi a výrokovými vetami. Pri určovaní modalít určitej vety je užitočné pozrieť sa na to ako bude reagovať jej autor, keď sa postaví zoči-voči realite, ktorá je s danou vetou v rozpore. Ak v dôsledku tohto rozporu zmení znenie vety, potom túto vetu mienil ako výrok; na druhej strane ak sa autor pokúsi zmeniť realitu, potom touto vetou mienil vyjadriť normu.²³⁷ Modalita vety je jednoducho vecou praxe a nie vecou jej jazykového vyjadrenia. Ak meníme naše výroky tak, aby boli v súlade s realitou, usilujeme sa o presadenie pravdy. Ak meníme realitu tak, aby bola v súlade s našimi normatívnymi vetami, usilujeme sa o presadenie noriem. Uvediem ako príklad vetu „Interrupcie vykonané na žiadnosť tehotnej ženy sú zakázané.“ Ak zoberieme v úvahu spoločenskú prax, v ktorej sa takéto interrupcie tolerujú a v dôsledku toho túto vetu zmeníme

²³⁶ RAZ, J. *Practical Reason and Norms*. New York: Oxford University Press, 2002, s. 75.

²³⁷ ENG, S. *Analysis of Dis/agreement – with Particular Reference to Law and Legal Theory*. Dordrecht: Kluwer, 2003, s. 304.

tak, aby danej praxi zodpovedala, potom sme ju mienili ako výrok. Ak sa naopak pokúsime zmeniť spoločenskú prax, napríklad tým, že presvedčame lekárov, aby interrupcie nerobili alebo tým, že vyvíjame na parlament spoločenský tlak, aby interrupcie zakázal, potom sme danú vetu mienili ako vyjadrenie normy.

V zjednodušujúcom zhrnutí možno kontrafakticitu noriem charakterizovať takto: a) tvorba noriem je výsledkom vôľového aktu; b) aplikácia noriem je výsledkom myšlienkového aktu; c) dôvod pre nasledovanie normy je norma sama; d) fakty meníme podľa noriem, nie normy podľa faktov. V čom sú tieto rôzne podoby kontrafakticity noriem relevantné v diskusii o záväznosti kontinentálnych precedencí? V úvode tejto kapitoly som proti tvorbe precedencí spomenul „argument z kontrafakticity noriem“. Ten si teraz môžeme rozdeliť do viacerých častí:

a) Z faktu, že nižšie súdy, právnici či laická verejnosť nasledujú predchádzajúce súdne rozhodnutia priamo nevyplýva, že tieto rozhodnutia sa nasledovať majú. Podobne ak väčšina štátnych orgánov toleruje svojvoľné vraždenie určitej spoločenskej skupiny, bez ďalšieho to neznamená, že toto vraždenie je správne. Spojenie medzi faktami a povinnosťami môže byť iba nepriame, tj. platné z moci rozhodnutia kompetentnej právotvornej autority. Pokiaľ nám teda parlament či suverén nestanovil, že máme nasledovať predchádzajúce rozhodnutia, resp. že sme svojvoľne vraždiť svojich blízkych, potom tieto úkony nemôžeme považovať za plnenie našich povinností, resp. za výkon našich oprávnení. V histórii právneho myslenia existujú pokusy o odvodenie precedentného a obyčajového práva z vôle suveréna. Napríklad John Austin považoval precedent a obyčaj za prejav vôle suveréna z toho dôvodu, že ak by bol tento suverén chcel, mohol by konkrétny precedent alebo obyčaj zrušiť.²³⁸

b) Pri obhajobe záväznosti precedentu sa nemožno odvolávať na záväznosť noriem, ktoré sa v danom precedente aplikovali, pretože záväznosť týchto noriem je predmetom sporu. V prípade jednoduchej aplikácie práva je súdne rozhodnutie *nutným* logickým dôsledkom nejakého dopredu stanoveného *práva*. Precedenty však vznikajú v situáciách, kedy z práva nutné logické dôsledky nevyplývajú, resp. v situáciách, kedy z neho vyplýva viacero protistojných dôsledkov, pričom nie je jasné, ktorý z nich si máme vybrať. Ako som spomenul vyššie, precedent je bezprecedentné rozhodnutie,

²³⁸ K tomu bližšie pozri časť 2.6.1.

je v ňom obsiahnuté určité nívum, ktoré môže byť závislé na hodnotových preferenciách či politickej lojalite sudcu. V krajnom prípade možno vydanie precedentu hodnotiť dokonca aj ako porušenie dosiaľ platného práva. Logika vyvodzovania záverov z právnych noriem s takýmito faktami nepočíta, pretože pri posudzovaní logickej správnosti normatívneho úsudku jednoducho neberieme ohľad na to, kto tento úsudok urobil a takisto dopredu vylučujeme, že z práva možno vyvodiť záver, ktorý mu protirečí. Ak by teda sudca trval na tom, že jeho precedent je záväzný z dôvodu, že sú záväzné normy, ktoré v ňom aplikoval, potom sa ho možno legitímne pýtať, kto tieto normy stanovil ako právne. V predchádzajúcej kapitole som spomenul, že túto pochybnosť sa pokúsil odstrániť William Blackstone, keď formuloval deklaratórnu teóriu súdneho rozhodovania. Blackstone jednoducho postuloval fikciu, podľa ktorej súdy netvoría právo nové, ale vždy len nachádzajú právo staré (pozri časť 2.6.1). V jeho šlapajach šiel Ronald Dworkin so svojou teóriou jedinej správnej odpovede.²³⁹

c) Ak budeme tvrdiť, že právnici argumentujú precedentmi *len* preto, aby zvýšili pravdepodobnosť svojho úspechu v konaní a že nižšie súdy rešpektujú precedenty vyššieho súdu *len* preto, aby zvýšili pravdepodobnosť, že sa strany nebudú chcieť odvolať, potom nemôžeme tvrdiť, že títo aktéri majú *povinnosť* precedenty nasledovať. Totiž z deontologického pohľadu sa normy dodržiavajú len kvôli normám samým, a nie kvôli výhodám, ktoré z dodržiavania noriem plynú. Teda núdzným máme pomáhať nie preto, že nám to môžu v budúcnosti vrátiť, ale preto, lebo je to správne. Podobne ak majú advokáti či sudcovia dodržiavať zásadu *stare decisis* ako normu, tak nie preto, že im to prináša kariérny úspech či spoločenskú dôveru, ale preto, lebo tak je to správne. Je samozrejmé, že právne systémy si vynucujú rešpekt voči svojim právnym ustanoveniam aj hrozbou sankciami a že veľa ľudí dodržiava zákony *len* preto, aby sa týmto sankciám vyhli, napriek tomu však platí, že aspoň časť právneho poriadku musia ľudia chápať ako normy, tj. ako dostatočné a výlučné dôvody svojho správania.²⁴⁰ Herbert Hart bol toho názoru, že takýto postoj musia zachovávať minimálne úradné osoby minimálne voči pravidlu uznania (bližšie pozri časť 1.5), čo znamená, že určite aj voči pravidlu *stare decisis*. Možno teda tvrdiť, že súdy rešpektujú svoje

²³⁹ Pozri: DWORKIN, R. *Když se práva berou vážně*. Praha: Oikoymenh, 2001, s. 344 a nasl.

²⁴⁰ PATTARO, E. *The Law and the Right – A Reappraisal of the Reality that Ought to Be*. Dordrecht: Springer, 2005, s. 157.

predchádzajúce rozhodnutia len preto, že to považujú za správne? A keď sa aj sudcovia k takému niečomu priznajú, máme im veriť, že to myslia úprimne? Autor presvedčený o deontologickej kontrafaktícite noriem bude pri odpovedaní na tieto otázky skôr skeptický.

d) Z analytického hľadiska môže byť precedent normou správania iba za predpokladu, ak sa rozpor medzi precedentom a správaním rieši tak, že sa zmení správanie, a nie precedent. Záväznosť zákona, ktorá v sebe obsahuje oveľa viac autoritatívneho a oveľa menej argumentačného, skutočne funguje takýmto spôsobom. Ak sa niekto správa v rozpore so zákonom, *zvyčajne* mu nepomôže, že má na to veľmi dobré ospravedlnenie, sudca aj tak musí daný zákon aplikovať a danému previnilcovi uložiť sankciu. Pri precedentoch to také jednoznačné nie je: Ak mala strana veľmi dobré dôvody, prečo sa v konkrétnej situácii precedentom neriadila, môže dúfať, že sudca na ňu precedent neaplikuje, teda, že buď spresní jeho pôsobnosť, alebo ho rovno prelomí. Rozpor precedentu so správaním tak nemusí ústiť do zmeny správania, ale do zmeny samého precedentu, čo má za následok, že precedent sa tu nebude chápať ako vyjadrenie normy, ale len ako vyjadrenie nejakého faktu.

Ako vidieť, kontrafaktičita noriem bojuje proti precedentnému právu na viacerých frontoch. Skúsme sa teda bližšie pozrieť, či sú normy voči faktom *skutočne* imúnne.

3.3 Normatívna sila faktického

3.3.1 Norma ako fakt

Nemecký štátovedec Georg Jellinek sa preslávil svojou tézou o normatívnej sile faktického:

„Pôvod presvedčenia o tom, že pomery sú normálne, spočíva v určitom psychologicky podmienenom vzťahu človeka k faktickým udalostiam. Človek nehľadá na to, čo ho stále obklopuje, čo ustavične vníma, čo neustále koná, len ako na skutočnosť, ale aj ako na normu pre svoje úsudky ... netreba pritom myslieť hneď na odbor etiky a práva; javí sa to hneď v tisícorakých normách, ktoré tvoria náš každodenný život a v hodnotách, ktoré sú rozhodujúce pre naše styky a mravy. Väčšine ľudí sa zdá chutná domáca príprava pokrmov; krásnym typ vlastného rodu; chválitebnými predsudky kruhu, ku ktorému pri-náležia; správnym spôsob života spoločenskej triedy, do ktorej sa zaraďujú.“²⁴¹

²⁴¹ JELLINEK, G. *Všeobecná štátoveda*. Praha: Jan Laichter, 1906, s. 358.

Jellinek netvrdí, že neexistuje žiadny dualizmus medzi „byť“ a „má byť“, on len tvrdí, že na úrovni konkrétneho ľudského vedomia je tento dualizmus dynamický; že je celkom bežné, ak to, čo najskôr chápeme ako fakt, neskôr začneme chápať ako normu. Pre Jellinka je celkom irrelevantné, či pri premene faktov na normy postupujeme nejakým racionálnym spôsobom, pretože to, o čo svoju tézu opiera, nie je logika, ale skúsenosť. Ako však možno normy opierať o nejakú skúsenosť, keď vyššie sme povedali, že normy sú voči skúsenosti imúnne?

Iba normy chápané ako myšlienkové konštrukcie, ako ideálne entity, dokážu byť kontrafaktické. O takto chápaných normách sa zvykne hovoriť, že dokážu existovať mimo konkrétneho ľudského vedomia; existujú objektívne, čo pre niektorých znamená, že sú odrazom nejakého ideálneho sveta.²⁴² Napríklad ne jeden právny dogmatik bude tvrdiť, že právo existuje mimo jeho mysle, že výlučným dôvodom jeho existencie je vyhlásenie v zbierke zákonov a nič iné. Napokon Ota Weinberger tvrdí, že „antipsychologické“ poňatie noriem je predpokladom fungovania normatívnej logiky.²⁴³ Totiž tá pri posudzovaní správnosti normatívnych úsudkov nemôže brať ohľad na to, kto tieto úsudky urobil a čo si pod normami v úsudku predstavoval. Weinberger však nemá problém priznať, že takéto poňatie noriem nie je jediné. Normy môžu byť podľa neho tak ideálne, ako aj reálne entity. Normy ako ideálne entity existujú vo forme zmysluplných slovných výrazov, ktoré sú predmetom logických operácií. Normy ako reálne entity existujú v konkrétnom ľudskom vedomí, kde sa prejavujú buď ako skúsenosť so záväznosťou, alebo ako poznanie záväznosti:

„Normatívne vety môžu byť skúmané na čisto logickej báze; v takom prípade ich jednoducho ponímame ako zmysluplné slovné výrazy... [Na druhej strane] normy existujú aj v ríši ľudského vedomia: pre ľudí existuje niečo ako skúsenosť so záväznosťou, vedomie, že niečo má byť tak alebo onak ... Ďalej je tu ešte aj poznanie týkajúce sa záväznosti, napríklad poznatok nejakého pozorovateľa o tom, že určitý poriadok stanovuje povinnosti; v takom prípade pozorovateľ nemusí nevyhnutne tieto povinnosti uznávať či priať si ich. Takže

²⁴² Porovnaj: SOBEK, T. *Argumenty teorie práva*. Praha: Ústav státu a práva, 2008, s. 270 a nasl. SOBEK, T. *Právní myšlení: kritika moralismu*. Praha: Ústav státu a práva, 2011, s. 63 a nasl.

²⁴³ WEINBERGER, O. The Expressive Conception of Norms: An Impasse for the Logic of Norms. In *Law and Philosophy*, vol. 4, no. 2, 1985, s. 177. Weinberger však zdôrazňuje, že aj keď normy chápeme ako ideálne entity, ešte stále to nemusí znamenať, že odkazujú na nejaký pomyselný ideálny svet (Ibidem, s. 169).

„to, čo sa má” môže byť prítomné v ľudskom vedomí v dvoch smeroch; buď ako skúsenosť s „tým, čo sa má”, ako vyžadovanie „toho, čo sa má”; alebo ako poznanie o „tom, čo sa má”, ako poznatok, že „to, čo sa má” sa v určitej skupine považuje za dobré.²⁴⁴

Norma ako ideálny prvok racionálnej štruktúry myslenia je predstavitelná bez konkrétneho subjektu, ktorý túto normu vydal alebo presnejšie: ktorý verí, že daná norma predstavuje to, čo je správne. Na rozdiel od toho norma ako reálny prvok ľudského vedomia nemôže byť izolovaná od svojho ľudského nositeľa. To, čo konštituuje normu v tomto zmysle, je osobná skúsenosť so záväznosťou. Dokonca aj poznávanie záväznosti z externej perspektívy pozorovateľa, o ktorom píše Weinberger, je mysliteľné len za predpokladu, že tento pozorovateľ má svoju vlastnú skúsenosť so záväznosťou, ktorú pripisuje ľuďom, ktorých poriadok práve pozoruje. Pretože inak na akom základe by mohol tento pozorovateľ tvrdiť, že objektom jeho poznávania sú práve normy, a nie len faktické pravidelnosti správania prítomné v určitej sociálnej skupine?²⁴⁵

Enrico Pattaro o norme ako reálnej entite hovorí toto:

„... norma je ... viera (opinio vinculi), že určitý typ správania musí byť vykonaný ... vždy, keď sa vyskytne relevantný typ okolností. ... Norma, rovnako ako hociktorá iná viera, nemôže byť zvnútornená inde, než v ľudskej myšli, takže ako norma môže existovať iba v myšliach. ... Pravidlo alebo štandard, v ktorého záväznosť nikto neverí, nie je normou.“²⁴⁶

Ak je norma vierou, musí byť aj faktom, pretože viera je „náš záväzok a oddanosť k určitej myšlienke, a taktiež aj dôvera, ktorú vkladáme do tejto myšlienky tým, že ju akceptujeme alebo odmietame: Viera je zvnútornenie myšlienky.“²⁴⁷ Psychický proces internalizácie určitej myšlienky je jednoducho fenomén, ktorý sa vyskytuje v čase a ktorý vzniká a zaniká podľa zákona kauzality.²⁴⁸

²⁴⁴ MacCORMICK, N. – WEINBERGER, O. *An Institutional Theory of Law: New Approaches to Legal Positivism*. Dordrecht: D. Reidel Publishing Company, 1992, s. 39–40.

²⁴⁵ Rozdiel medzi vnútornou perspektívou (aktér) a vonkajšou perspektívou (pozorovateľ) je možné škálovať. Bližšie pozri: ROTTLEUTHNER, H. *Foundations of Law*. Dordrecht: Springer, 2005, s. 17–19.

²⁴⁶ PATTARO, E. *The Law and the Right – A Reappraisal of the Reality that Ought to Be*. Dordrecht: Springer, 2005, s. 97–98.

²⁴⁷ *Ibidem*, s. 96.

²⁴⁸ Napriek tomu, že hovorím o „kauzalite“, nemám ambíciu popisovať vzťah medzi biologickými procesmi odohrávajúcimi sa v mozgu a správaním jednotlivca. Mojim

Zatiaľ čo tvorba noriem ako ideálnych entít môže byť podriadená logickým operáciám, čím normy získavajú svoje racionálne opodstatnenie, tvorba noriem ako reálnych entít je podriadená zákonu kauzality, čím sa normy stávajú závislé od rôznych faktických okolností, v ktorých človek veriaci v ich platnosť žije. Niet pochybnosti o tom, že praktická argumentácia môže viesť k vzniku noriem v kauzálnom zmysle slova, tj. že konkrétna argumentácia v prospech určitej normy môže splodiť konkrétnu vieru v to, čo je správne. Rovnako však netreba pochybovať o tom, že kauzálne determinovaná vieru v to, čo je správne sa môže rozchádzať so závermi vlastnej praktickej argumentácie a že jednotlivec namiesto toho, aby zmenil svoju vieru, radšej zmení svoje argumenty. Uvediem jednoduchú ilustráciu:

Univerzitný učiteľ vytrvalo a dôsledne opravuje všetky skúškové testy podľa rovnakých kritérií, pretože si myslí, že toto je jediný spôsob, ako dokáže garantovať formálnu rovnosť medzi študentmi. Aspoň na prvý pohľad je zrejmé, že učiteľova vieru v to, čo je správne vznikla na základe praktickej argumentácie. Predstavme si, že tento učiteľ tajne túži po spoločenskom uznaní a že svoju dôslednosť pri opravovaní testov považuje za dobrý prostriedok, ako ho dosiahnuť. Učiteľ bezpochyby verí tomu, že zachovanie formálnej rovnosti medzi študentmi je správne bez ohľadu na osobné výhody, ktoré mu z toho plynú, avšak napriek tomu cíti uspokojenie, keď vie, že kvôli jeho zásadovosti ho jeho okolie rešpektuje. Predstavme si ďalej, že v dôsledku nešťastných okolností musel tento učiteľ zanechať svoju prácu a nájsť si novú, no na novom školskom pracovisku sa ocitol vo veľmi nepriateľskom spoločenskom prostredí. Jeho noví kolegovia boli veľmi chamtiví a ostatných rešpektovali len podľa výšky ich príjmov. V dôsledku toho neváhali kedykoľvek prijať úplatky od študentov výmenou za úspech na skúške. Takéto úplatkárstvo bolo medzi nimi celkom bežné a na každého, kto chcel ostať mimo tejto praktiky, pozerali ako na hlupáka. Po dlhšom čase to náš učiteľ nezvládol: v neutíchajúcom zápase proti spoločenskému tlaku sa jeho vieru v rovnosť jednoducho vyčerpala: učiteľ začal veriť, že rovnosť medzi študentmi nie je vecou ich študijných zručností, ale vecou ich vyjednávacej pozície: „Za áčko si vždy pýtam *rovnakú* protihodnotu.“

úmyslom je popis vzťahu medzi motívmi a správaním. O „kauzalite“ v tomto kontexte hovorím preto, lebo nie každý „motív“ správania sa dá prezentovať ako racionálny „dôvod“, pre ktorý si vedome vyberáme určitú alternatívu správania. Správanie jednotlivca je okrem takýchto „dôvodov“ podmienené aj „príčinami“ psychologickéj či sociologickej povahy, o ktorých jednotlivec ani nemusí vedieť, že majú naňho vplyv.

Ak chápeme normy ako fakty, potom sú normy závislé nielen od racionálnych vzťahov k iným normám, ale aj od kauzálnych vzťahov k iným faktom.

3.3.2 Teória kognitívnej disonancie

a) Úvod

Človek by normálne očakával, že ak sa určité správanie dostane do rozporu s určitou normou, tlak bude vyvinutý na to, aby sa zmenilo správanie a nie norma. Ak učiteľ príde na to, že študent pri písaní testu podvádzal, očakávame, že študent bude potrestaný, a nie že učiteľ zmení pravidla skúšania tak, aby študentov podvod „zlegalizoval“. Normy regulujú ľudské správanie, čo znamená, že kauzálne pôsobenie ide smerom od noriem k činom. No ak chápeme normu ako vieru konkrétnych jednotlivcov, potom je možné rozpor medzi normou a správaním vyriešiť aj zmenou normy. Kauzálne pôsobenie môže ísť teda aj opačným smerom: od činu k norme. A preto platí nielen to, že naše správanie tvarujeme podľa vzorcov stanovených našimi normami, ale aj to, že naše normy tvarujeme podľa vzorcov nášho bežného správania. Vyčerpávajúci zápas medzi racionálnym opodstatnením a kauzálnou determináciou našej viery v to, čo je správne, spravidla nekončí definitívnym víťazstvom jedného nad druhým. Aj napriek tomu však túžime, aby tieto dve mocnosti zložili medzi sebou zbrane, a preto sme ochotní hrať úlohu ich mierového vyjednávača, ktorý im ponúka kompromisné riešenia.

Keď pred viac ako 60 rokmi Leon Festinger formuloval svoju teóriu kognitívnej disonancie, jeho základným východiskom bola hypotéza, podľa ktorej „jednotlivec sa usiluje o dosiahnutie vnútornej konzistencie“. To znamená, že jeho „poznávanie, názory alebo viera vzťahujúce sa na jeho prostredie, na vlastnú osobu alebo správanie majú sklon existovať vo vnútorne neprotirečivých súboroch.“²⁴⁹ Tento sklon je obzvlášť viditeľný v situácii, v ktorej pri dosahovaní vytúženého stavu harmónie jednotlivec zlyhal; v situácii, ktorú Festinger nazval „kognitívna disonancia“. Existencia kognitívnej disonancie pôsobí podľa Festingera ako úplne samostatný motivačný faktor, tj. „vedie k aktivite zameranej na odstránenie disonancie presne tak isto, ako hlad vedie k aktivite zameranej na odstránenie hladu“.²⁵⁰

²⁴⁹ FESTINGER, L. *A Theory of Cognitive Dissonance*. Stanford: Stanford University Press, 1985, s. 1–3.

²⁵⁰ *Ibidem*, s. 3. Po desaťročiach výskumu sa potvrdilo, že výskyt disonancie je podmienený ďalšími faktickými okolnosťami: „Nekonzistentné správanie vedie k disonancii:

Skúsme si predstaviť typické nasledovanie normy: Verím, že je správne, aby nikto nebol sudcom v prípade, ktorý by mohol ovplyvniť nestrannosť jeho rozhodnutia. Ak oficiálne vydám rozhodnutie v spore, ktorý iniciovala moja vlastná matka, bolo by to nespravodlivé, pretože vzťah medzi mnou a ňou – jednou z procesných strán – by mohol ovplyvniť moju schopnosť každému dať, čo mu patrí. Takže ak moja matka podala žalobu a jej vec sa dostala predo mňa ako jej zákonného sudcu, nasledoval som danú normu a z prejednávania veci som sa „ľudovo povedané“ nechal vylúčiť. Prípád prevzal iný sudca a moja matka spor nakoniec prehrala. Hoci som urobil to, čo bolo správne, svoje rozhodnutie som nakoniec ľutoval. Jednoducho sa mi stalo, že som sa ocitol v stave kognitívnej disonancie. Nasledovanie normy „nikto nesmie byť sudcom vo vlastnom prípade“ bolo v konečnom dôsledku v disonancii s mojou náklonnosťou k vlastnej matke, či azda s mojou vierou, že je správne starať sa o blahobyt vlastných rodičov. Táto disonancia má nútiť, aby som ju odstránil presne tak, ako ma hlad núti, aby som sa najedol.

Festinger vypracoval typológiu situácií, v ktorých sa kognitívna disonancia vyskytuje pravidelne. Disonancia sa bežne objavuje po tom, ako dobrovoľne učiníme nejaké rozhodnutie; po tom, ako vykonáme niečo z prinútenia; po tom, ako sme boli náhodne alebo nútene vystavení novým informáciám; po tom, ako sa v určitej skupine rozvinul otvorený názorový konflikt alebo po tom, ako sa vyskytla udalosť, ktorá prinútila mnoho ľudí reagovať rovnakým spôsobom.²⁵¹ Disjunkcia prvých dvoch typov situácií má vo vzťahu k nasledovaniu či porušovaniu noriem všeobecné uplatnenie.²⁵² Kognitívnu disonanciu jednoducho zakúšame vždy po tom, ako sme sa rozhodli, dobrovoľne či z prinútenia, či budeme nasledovať určitú normu aj za cenu obetovania nejakého dobra alebo za cenu strpenia nejakého zla. Iba v dokonalom svete môže nasledovanie či porušovanie noriem produkovať výlučne len vnútorne konzistentné súbory kognícií, totálnu harmóniu medzi záujmami, hodnotami, blahobytom, spoločenským uznaním... Ale

ale iba v prípade, ak je miera slobody rozhodovania veľká; iba vtedy, ak sa ľudia hlásia k svojmu vlastnému správaniu; iba vtedy, ak správanie vedie k nežiaducim následkom; iba vtedy, ak sú tieto následky predvídateľné.“ COOPER, J. *Cognitive Dissonance: Fifty Years of a Classic Theory*. London: SAGE Publications, 2007, s. 73.

²⁵¹ FESTINGER, L. *A Theory of Cognitive Dissonance*. Stanford: Stanford University Press, 1985, s. 261–262.

²⁵² Porovnaj: COLLINS, P. M. Cognitive Dissonance on the U.S. Supreme Court. In *Political Research Quarterly*, vol. 64, 2011, s. 363–364.

takáto teodicea nie je výsledkom pravdivého opisu sveta, v ktorom žijeme, ale len výsledkom disonancie, ktorú nás tento svet prinútil odstrániť.

b) Redukcia disonancie plynúcej z dobrovoľného rozhodnutia

Kognitívnu disonanciu možno odstrániť viacerými spôsobmi, napríklad zmenou jedného alebo viacerých kognitívnych prvkov, ktoré sú v disonantnom vzťahu.²⁵³ S ohľadom na hlavnú tému tejto kapitoly je podstatné, že disonancia pochádzajúca z konfliktu medzi normou a správaním môže byť odstránená nielen zmenou správania, ale aj zmenou normy: „Určite sa vieme všetci zaručiť za tvrdenie, že poznanie podnecuje správanie. V dôsledku toho sa dá povedať, že týmto smerom kauzálneho vyplývania môže ísť akýkoľvek vzťah medzi správaním a zastávaním či nezastávaním určitého názoru. Teória disonancie naproti tomu predpovedá, že tieto vzťahy sa môžu vyvíjať aj opačným smerom kauzálneho vyplývania.“²⁵⁴ Skúsme sa najskôr pozrieť na to, akým spôsobom možno redukovať disonanciu spôsobenú dobrovoľným rozhodnutím („*postdecision dissonance*“).

Vo vyššie uvedenom príklade som odmietol prejednať žalobu vznesenú mojou vlastnou matkou, pretože som veril, že nie je správne, aby som súdil prípady, ktoré by mohli mať vplyv na moju nestrannosť. Napriek tomu po tom, ako iný sudca žalobu mojej matky zamietol, som pocítil ľútosť; zrejme kvôli mojej viere, že je správne starať sa o blahobyt vlastných rodičov. V záujme nasledovania jednej normy som porušil druhú normu, teda v dôsledku svojho dobrovoľného rozhodnutia som sa dostal do stavu kognitívnej disonancie. Z tohto stavu som sa dostal tak, že som zvýšil príťažlivosť tej alternatívy správania, ktorú som si vybral a zároveň znížil príťažlivosť tej, ktorú som odmietol.²⁵⁵ Teda v dôsledku svojho slobodného rozhodnutia, ktoré nebolo ničím iným než faktom, som posilnil svoju vieru v správnosť nestrannosti súdneho rozhodovania a oslabil svoju vieru v správnosť sta-

²⁵³ FESTINGER, L. *A Theory of Cognitive Dissonance*. Stanford: Stanford University Press, 1985, s. 264.

²⁵⁴ *Ibidem*, s. 154. V súčasnosti sa teória kognitívnej disonancie vo všeobecnosti považuje za teóriu zmeny postojov: „Vo všeobecnosti platí, že je náročné zmeniť kogníciu o vlastnom správaní. A preto ak je správanie v rozpore s postojmi, z toho plynúca disonancia sa zvyčajne redukuje zmenou postojov. Práve to, že kognícia týkajúca sa správania je rezistentná voči zmene, robí teóriu disonancie teóriou zmeny postojov.“ COOPER, J. *Cognitive Dissonance: Fifty Years of a Classic Theory*. London: SAGE Publications, 2007, s. 8.

²⁵⁵ FESTINGER, L. *A Theory of Cognitive Dissonance*. Stanford: Stanford University Press, 1985, s. 44.

roslivosti o vlastných rodičov. Ani netreba dodávať, že pár týždňov po tom, ako matka prehrala svoj súdny spor ma požiadala o to, aby som jej cez víkend pomohol v záhrade a ja som to odmietol, hoci som si na to vedel najst voľný čas.

Môžeme rozumne predpokladať, že toto nie je obvyklý spôsob, akým sudcovia redukujú disonanciu plynúcu z takýchto druhov rozhodnutí. Skôr je pravdepodobnejšie, že takejto disonancii sa snažia vyhnúť tak, že zdôrazňujú rozdiely medzi jednotlivými spoločenskými rolami, ktoré hrajú. Sudcovia dôsledne odlišujú medzi tým, ako sa majú správať ako sudcovia a tým, ako sa majú správať ako členovia rodiny (či iných skupín), a preto vidia potenciálnu disonanciu ako niečo, čo nie je vecou ich vnútornej konzistencie, ale skôr vecou konzistencie rôznych spoločenských rolí, ktoré hrajú.

Napriek tomu si dovoľm predpokladať, že disonancia plynúca z dobrovoľného rozhodnutia je v sudcovskej praxi celkom rozšírená; obzvlášť po tom, ako sudca vydal rozhodnutie v tzv. zložitom prípade, tj. v prípade, ktorý nemá jednoznačné riešenie. Jediný spôsob, akým sudcovia môžu rozhodnúť tieto typy prípadov je uplatnenie ich diskrečnej právomoci, takže z pomedzi viacerých možných – rovnako rozumných – alternatív si vyberajú tú, ktorá sa im pozdáva ako najsprávnejšia. Keďže v súdnom konaní výhra jednej strany spravidla znamená prehru druhej strany, sudcove povedomie o tom, že vydal rozhodnutie v zložitom prípade je zvyčajne v disonantnom vzťahu k jeho povedomiu o tom, že nejaká ľudská bytosť kvôli nemu utrpela prehru, teda zlo. Disonancia v týchto prípadoch sa zvyčajne odstraňuje tak, že sudca zvýši dôležitosť princípov či pravidiel, o ktoré svoje rozhodnutie oprel. Práve z tohto dôvodu sa princípy ťažkých prelomových prípadov niekedy považujú za súčasť právneho poriadku ešte pred vydaním samotného rozhodnutia, v ktorom boli použité po prvýkrát. Presne tu leží psychologické pozadie, z ktorého vyrastá deklaratórna teória súdneho rozhodnutia (pozri časť 2.6.1), podľa ktorej sudca právo vždy iba hľadá (deklaruje) a nikdy netvorí (nekonštituuje); teória, ktorej iluzórnosť dnes spochybňuje len málokto vedec, avšak ku ktorej sa sudcovia aj napriek tomu vždy radi vracajú. Psychologickú funkciu deklaratórnej teórie celkom výstižne zhrnul P. J. Mishkin:

„Napriek (a možno i kvôli) jej nedostatkom pri opise spoločenskej reality je deklaratórna teória symbolickým konceptom súdneho procesu, od ktorého do veľkej miery závisí prestíž a moc súdov. Ide o urputne zastávanú a hlboko zakorenenú vieru, že sudcovia sú viazaní súborom

*pevných a nadradených právnych pravidiel; že aplikujú toto právo osobnane a nestranne; že pri výkone svojej právomoci ich osobná voľba nehrá žiadnu úlohu a že nemajú žiadny politický program, ktorý by pri rozhodovaní prípadov presadzovali.*²⁵⁶

Niektorí sudcovia idú ešte ďalej, keď si trúfajú zastávať, že princípy, na podklade ktorých vydali precedent, nie sú ľudským dielom, v čoho dôsledku podiel, ktorý by mali na ich tvorbe, je nulový. Dokonca sa nájdu teoretici, ktorí budú tvrdiť, že ani zložité súdne prípady nemôžu byť použité ako argument proti „prirodzenej“ povahe princípov, pretože podľa nich má každý súdny prípad práve len jedno správne riešenie.²⁵⁷ Disonancia plynúca z dobrovoľného rozhodnutia v prospech nejakého princípu sa tu odstraňuje dôkazom, že v podstate tu o dobrovoľné rozhodnutie ani nešlo.²⁵⁸

Teda presne na tomto mieste, v diskusii o právnych princípoch a sudcovskej diskreícii, môžeme sledovať, ako správanie konkrétneho jednotlivca plodí vieru konkrétneho jednotlivca v to, čo je správne. Práve tu môžeme pozorovať, ako veľmi sa táto viera hanbí za spôsob akým bola počatá. Práve tu môžeme vidieť, ako fakty plodia normy. Áno, aj tu sa cítime pohodlnejšie, keď sa môžeme zakryť figovým listom.

c) Redukcia disonancie plynúcej z nedobrovoľného rozhodnutia

Skúsme sa teraz pozrieť na spôsob, akým odstraňujeme disonanciu spôsobenú rozhodnutím, ku ktorému nás niekto prinútil („*forced compliance dissonance*“). K rozhodnutiu môžeme niekoho prinútiť buď tak, že mu ponúkneme odmenu, alebo tak, že sa mu budeme vyhrázať nejakým trestom. Takéto nútenie zvyčajne vedie k disonancii medzi správaním viditeľným na

²⁵⁶ MISHKIN, P. J. The Supreme Court, 1964 Term. In *Harvard Law Review*, vol. 79, 1965, s. 62.

²⁵⁷ Typickým príkladom je Dworkin a jeho teória jedinej správnej odpovede.

²⁵⁸ Festinger tvrdí, že psychologické zrieknutie sa určitého rozhodnutia „pravdepodobne nie je spôsobom, akým sa disonancia odstraňuje bežne“ (FESTINGER, L. *A Theory of Cognitive Dissonance*, s. 44). V čase, keď to Festinger tvrdil pravdepodobne nemyslel na to, aké jednoduché je odmietnuť zodpovednosť za akékoľvek správanie vyskytujúce sa ako súčasť „aplikácie práva“. Niektorí súčasní autori si všimli, že je všeobecnou tendenciou právnych praktikov používať svoj profesionálny jazyk tak, akoby nenesli vôbec žiadnu zodpovednosť za rozhodnutia, ktoré vo svojej praxi robia. Pozri: ENG, S. The Doctrine of Precedent in English and Norwegian Law: Some Common and Specific Features. In *Scandinavian Studies in Law*, vol. 39, 2000, s. 281, 314.

verejnosti a názorom zastávaným v súkromí.²⁵⁹ Existujú dva základné spôsoby, akými možno odstrániť tento typ disonancie: buď zveličíme hodnotu odmeny, ktorú sme získali (prípadne prísnosť trestu, ktorému sme sa vyhli), alebo zmeníme náš súkromne zastávaný názor tak, aby bol v súlade s našim na verejnosti prezentovaným správaním. S ohľadom na tento druhý spôsob redukcie Festinger poznamenal, že „*by nemalo ísť o niečo nezvyčajné*“, a to obzvlášť ak zoberieme v úvahu, že manipulácia so správaním druhých nemá iba donucovaciu povahu, ale že je častokrát spojená aj s inými formami ovplyvňovania, napr. s presvedčaním.²⁶⁰ Disonancia spôsobená rozhodnutím z prinútenia je osobitne ilustratívna vo sfére práva, pretože existuje len malý počet noriem, ktoré nie sú garantované hrozbou aplikácie nejakej sankcie. O tom, aký obrovský vplyv mohlo mať právo na naše súkromné názory, keď nás po celé stáročia pod hrozbou násilím nútilo správať sa predpísaným spôsobom, nám ostrovtipne hovorí Nietzsche:

„*Nikde, kde človek uznal za nutné zaobstarať si pamäť, sa to neobišlo bez krvipreliať, múk, obetí ... to všetko má pôvod v inštinkte, ktorý rozpoznal bolesť ako najmocnejšiu pomôcku mnemotechniky. ... Čím horšie na tom bolo ľudstvo so svojou pamäťou, tým horší pohľad na jeho obyčaje; obzvlášť podľa tvrdomi trestných zákonov si možno predstaviť, koľko námahy muselo ľudstvo vynaložiť, aby zvíťazilo nad zabudlivosťou a udržalo niekoľko primitívnych požiadaviek spoločenského spolužitia natrvalo pred očami týchto otrokov momentálnych afektov a žiadostivosti.*“²⁶¹

Podľa Nietzscheho bolo pre ľudstvo veľmi náročné zapamätať si to, čo je správne, a preto sa muselo schýliť k násiliu, ktoré prostredníctvom vynucovania sociálne žiaduceho správania zmenilo ľuďom ich súkromné názory na morálku. Nechajme však otázku sugestívnej sily práva²⁶² otvorenú a zamerajme sa na rozhodnutie z prinútenia, ktoré je v rozpore s právom. Ak je v určitej spoločnosti autorita práva uznávaná, teda ak sa právo aspoň z časti skladá z viery jednotlivcov v to, čo je správne, potom je pravdepodobné, že veľa jednotlivcov sa rozhodne porušiť ho iba vtedy, ak sú k tomu prinútení. V takomto prípade bude ich vonkajšie správanie v disonancii s ich vnútornou vierou; právo sa rozhodnú porušiť hoci veria, že porušo-

²⁵⁹ FESTINGER, L. *A Theory of Cognitive Dissonance*, s. 89.

²⁶⁰ Ibidem, s. 95.

²⁶¹ NIETZSCHE, F. *Genealogie morálky*. Praha: Aurora, 2002, s. 44.

²⁶² K tomu viac pozri: MINDUS, P. *A Real Mind: The Life and Work of Axel Hägerström*. Dordrecht: Springer, 2009, s. 142–144.

vanie práva nie je správne. Ako som spomenul vyššie, existujú dva hlavné spôsoby ako redukovať disonanciu pochádzajúcu z vynúteného správania: jednotlivci sa buď pokúsia zveličiť odmenu, ktorú dostali, prípadne trest, ktorému sa vyhli, alebo zmenia svoju vnútornú vieru v to, čo je správne tak, aby bola v súlade s vonkajším správaním. Avšak v ríši práva je použitie prvého spôsobu redukcie značne obmedzené. Právne systémy sú špecifické tým, že dovoľujú ospravedlniť porušenie svojich vlastných pravidiel iba za predpokladu, že toto porušenie bolo výsledkom protiprávneho vyhrážania. Ktokoľvek poruší právo iba preto, že bol pod protiprávnym nátlakom, nenesie za takéto správanie právnu zodpovednosť.²⁶³ Na druhej strane však právne systémy nedovoľujú ospravedlniť porušenie práva s odkazom na to, že toto porušenie bolo motivované príslubom nejakej odmeny. Je to presne naopak, pretože takéto forma motivácie môže v niektorých prípadoch viesť k prísnejšiemu trestu.²⁶⁴ Takže prvý spôsob redukcie disonancie plynúcej z vynúteného správania bude s najväčšou pravdepodobnosťou účinný (a uznaný zo strany druhých) väčšinou v tých situáciách, kedy k vynucovaniu došlo iba cez protiprávny nátlak. Čím väčšia hrozba, tým menšia zodpovednosť a v konečnom dôsledku tým menšia disonancia. Na druhej strane jednotlivec, ktorý verí, že príslub odmeny nie je dostatočný dôvod na porušenie práva, pravdepodobne nebude ospravedlňovať vlastné porušenie právneho pravidla odkazom na to, aká veľká odmena mu bola za takéto správanie prisľúbená. Takýto jednotlivec sa v rámci svojich možností radšej presvedčí o tom, že svojim správaním v podstate právo ani neporušil; radšej si vyberie zmenu svojej viery v to, čo je správne. Existujú dobré dôvody predpokladať, že tento spôsob redukcie je osobitne obľúbený v právnických profesiách. Takmer každý právnik si potrebuje zachovať psychickú integritu budovaním povedomia o tom, že sa správa čestne. Právnici si jednoducho potrebujú myslieť, že zachovávajú normu *honeste vivere*; len ťažko nájdeme právnik, ktorý by pripustil, že jeho spoločenské okolie má rozumné dôvo-

²⁶³ Napr. „Osoba nie je trestne zodpovedná, ak v čase konania ... konanie, ktoré údajne je trestným činom v rámci jurisdikcie Súdu, bolo spôsobené tlakom vyplývajúcim z hrozby bezprostrednej smrti alebo bezprostredne hroziaceho telesného ublíženia tejto osobe, alebo inej osobe a že osoba konala nevyhnutne a rozumne na to, aby zabránila tejto hrozbe, za predpokladu, že nemá v úmysle spôsobiť väčšie ublíženie ako to, ktorému sa snaží zabrániť.“ Článok 31 ods. 1 písm d) Rímskeho štatútu.

²⁶⁴ Napr. trestná sadzba za úkladnú vraždu sa zvyšuje v prípade, ak sa táto vražda spáchala „v úmysle získať majetkový prospech“. Pozri: § 144 ods. 1 a ods. 2 písm. f) zák. č. 300/2005 Z. z.

dy považovať ho za nečestného, lenivého, ľahko úplatného a bez dostatočnej odbornosti.²⁶⁵ A preto ak právnik poruší právo s úmyslom získať za to odmenu, tá najpravdepodobnejšia cesta, ako potlačiť svoju disonanciu bude, že zmení svoju vieru v to, čo je správne, a to tak, aby mohol svoje správanie interpretovať ako súladné s právom. Čím viac sú právne texty nejednoznačné, tým jednoduchšie je možné zmeniť vieru v to, čo je v nich napísané. Právnicki sú špeciálne trénovaní v tom, ako hľadať v právnych textoch rôzne významy, tak prečo by nevyužili túto svoju zručnosť v prípade, ak im to pomôže zachovať vlastnú sebaúctu?

Predstavme si právnik, ktorému bola ponúknutá nominácia na pozíciu sudcu ústavného súdu výmenou za záväzok, že bude rozhodovať prípady podľa želaní toho, kto mu túto nomináciu ponúkol („nominátor“). Je pravdepodobné, že po úspešnom ustanovení do funkcie bude tento sudca čeliť kognitívnej disonancii vždy vtedy, ak bude nútený pri výkone svojej právomoci presadzovať právny názor svojho nominátora, hoci osobne s týmto názorom v kontexte prejednávanej veci nesúhlasí.²⁶⁶ Je pravdepodobné, že sudca takúto disonanciu redukuje práve zmenou svojej viery v to, čo je správne. V prvom rade by bolo preňho neefektívne, aby svoju disonanciu redukoval zveličovaním odmeny, ktorú za svoju lojalitu získal, pretože by tým podlomil svoju sebaúctu (porušenie normy *honeste vivere*). V druhom rade treba spomenúť, že samotné inštitucionálne nastavenie procesu adjudikácie sudcu povzbudzuje k tomu, aby radšej zmenil svoje vnútorné presvedčenie o tom, čo je správne, pretože toto presvedčenie požíva ochranu

²⁶⁵ Podľa teórie sebaoptvrdenia („the theory of self-affirmation“) je uvedená potreba sebaúcty charakteristická nielen pre právnikov. Každý z nás „je motivovaný vnímať seba samého ako dobrého a čestného človeka, pričom akýkoľvek dôkaz opaku narušuje našu vnútornú rovnováhu. Každý z nás potrebuje racionalizovať svoje správanie formou skresľovania či doplňovania informácií o sebe samom, a to za účelom zachovania integrity myšlienok o vlastnej osobe.“ COOPER, J. *Cognitive Dissonance: Fifty Years of a Classic Theory*, s. 90. Pozri aj: COLLINS, P. M. Cognitive Dissonance on the U.S. Supreme Court. In *Political Research Quarterly*, vol. 64, 2011, s. 364–365.

²⁶⁶ Môžeme otvoriť otázku, či v konkrétnom právnom systéme existujú inštitúty, ktoré by chránili sudcov pred protiprávnymi zásahmi do ich nezávislosti, napríklad doživotný výkon funkcie. Treba však zobrať do úvahy, že možnosti zásahov do nezávislosti rozhodovania konkrétneho sudcu nie sú len vecou inštitucionálnych garancií. Vzťah medzi sudcom a jeho nominátorom (či inými osobami) môže byť založený napríklad na lojalite. Rovnako hrá veľkú úlohu aj vydierateľnosť konkrétneho sudcu.

inštitútom *res iudicata*.²⁶⁷ *Res iudicata*, inštitút, podľa ktorého právoplatné rozhodnutie nemožno zvrátiť v žiadnej oficiálnej procedúre, poskytuje skorumpovanému sudcovi potrebnú dávku spoločenskej podpory,²⁶⁸ a tak ho povzbudzuje k tomu, aby zmenil svoju vieru v to, čo je správne vždy vtedy, keď to potrebuje na zachovanie obrazu o vlastnej čestnosti. Táto inštitucionálna zvláštnosť právneho systému bola právnou vedou rozpoznaná pred viac ako storočím: „... rozsudok v mene práva vydaný, avšak právu odporujúci a ďalšie odvolanie nepripúšťajúci ... podáva nový dôkaz o podivnej základnej skutočnosti právneho života, že totiž bezprávie môže splodiť právo.“²⁶⁹

Takže toto je druhý spôsob, ako konkrétne správanie plodí konkrétnu vieru v to, čo je správne; ako fakty plodia normy.

d) Typológia ľudských charakterov

Nieko by mohol povedať, že vôbec nie je nutné pozeráť sa na tvorbu noriem z faktov v takom dramatickom svetle. Učiť sa morálku z príkladov tých najšlachetnejších skutkov; založiť životnú spokojnosť na cieľoch, ktoré sa nám podarilo dosiahnuť a nie na cieľoch, o ktoré sme sa márne usilovali; zachovať kultúrne dedičstvo a živočíšne druhy, hoci nás to stojí veľa námahy; milovať svojich blízkych, hoci nám neustále ubližujú; pokračovať vo výkone profesie, v hraní spoločenskej role, v bývaní na určitom mieste bez ohľadu na to, či sa nám to páči... všetky tieto postoje môžu byť podnietené existenciou faktov, ktoré boli nejakým spôsobom disonantné

²⁶⁷ „Hneď ako sa rozhodnutie stane *res iudicata*, názor, že individuálna norma stanovená v rozhodnutí je v rozpore so všeobecnou normou, ktorá sa mala v rozhodnutí aplikovať, je bez akejkoľvek právnej relevancie. ... Pretože je to práve súd poslednej inštancie, ktorý je výlučne kompetentný definitívne a autenticky interpretovať všeobecné normy aplikovateľné v konkrétnom prípade. Z čisto právneho pohľadu sa rozpor medzi právoplatným súdnym rozhodnutím a zákonnými či obyčajovými pravidlami v podstate ani nemôže vyskytnúť. Ak máme rozhodnutie súdu poslednej inštancie vôbec považovať za rozhodnutie súdu, potom ho nemôžeme považovať za protiprávne.“ KELSEN, H. *General Theory of Law and State*. New Brunswick – New Jersey: Transaction Publishers, 2006, s. 155.

²⁶⁸ „Ak sa má kognitívny element reflektujúci realitu zmeniť, hoci sama realita ostáva nezmenená, potom je potrebné využiť nejaké prostriedky ignorácie či spracovania reality. ... Vo všeobecnosti platí, že ak sú prítomné tlaky na zmenu tejto kognície, hlavný spôsob zmeny spočíva vo vytvorení spoločenskej reality prostredníctvom získania súhlasu či podpory druhých ľudí.“ FESTINGER, L. *A Theory of Cognitive Dissonance*, s. 21.

²⁶⁹ JELLINEK, G. *Všeobecná štátoveda*. Praha: J. Laichter, 1906, s. 391–392.

s našimi počiatočnými názormi, a tak sa mohli ukotviť v našich myšliach aj vďaka podmanivej sile kognitívnej disonancie. Dokonca aj nasledovanie Kantovho kategorického imperatívu by mohlo byť interpretované pomocou terminológie tejto teórie.²⁷⁰ Napokon ak by sme zobrali Nietzscheho názor na morálnu mnemotechniku ľudstva vážne, mohli by sme prísť k záveru, že je to práve kognitívna disonancia, ktorá z nás – „*otrokov momentálnych afektov a žiadostivosti*“ – urobila úprimne veriacich v základné – „*primitívne*“ – požiadavky spoločenského spolužitia. Aplikácia teórie kognitívnej disonancie v oblasti normativity, abstrahujúc od aktuálnych individuálnych či spoločenských premenných, nám jednoducho neposkytuje dostatočné informácie na to, aby sme na ich základe mohli posúdiť morálnu správnosť účinkov plynúcich z odstránenia disonancie. Tvrdenie, že ľudia sú náchylní prispôsobovať svoju vieru v to, čo je správne faktickým okolnostiam, v ktorým sa im pritrafilo žiť, je bez ďalšieho mimo dobro a zlo. Toto tvrdenie nám nič nehovorí o tom, či z faktov vzniknuté normy sú alebo nie sú dobré a či si zaslúžia naše uznanie.²⁷¹

Mohli by sme sa pokúsiť o výpočet nutných podmienok výskytu premeny faktov na normy, avšak aj keby sme v tejto snahe uspeli, nikdy by sme neboli schopní robiť úplne presné predikcie o tom, či a kedy sa tieto premeny vyskytnú. Ich aktuálny výskyt je totiž v konečnom dôsledku závislý od konkrétneho jednotlivca, teda od premennej, ktorá ostane navždy aspoň do určitej miery nepoznatelná.²⁷² A preto sa zdá, že hodnovernou cestou,

²⁷⁰ O takúto interpretáciu sa pokúsil Jonathan Webber. Pozri: WEBBER, J. A Law Unto Onself. In *The Philosophical Quarterly*, vol. 62, 2012, s. 186–189.

²⁷¹ Samozrejme, ide o pozíciu externého pozorovateľa, ktorý nie je osobne účastný na pozorovanej spoločenskej praxi. Ak by tento pozorovateľ predsa len mienil posudzovať správnosť noriem, ktoré boli v danej praxi a danou praxou vytvorené, pravdepodobne by na to použil štandardy externého pôvodu. Aktuálna osobná účasť na praxi, či už vo forme priameho výkonu určitého správania alebo vo forme pestovania spriazneného vzťahu k praktikujúcemu spoločenstvu, zvyšuje pravdepodobnosť, že výsledky premeny faktov na normy budú hodnotené pozitívne. Iba čistý konzervatívec by mohol povedať, že premena faktov na normy je sama o sebe dobrá vec; teda pokiaľ fakty, z ktorých boli normy odvodené, pretrvávali počas dlhšieho časového obdobia (k tomu pozri nižšie hlavný text).

²⁷² „Teda ak nebude nikdy možné dokonale vypočítať konkrétne individuum – základ všetkých spoločenských javov – je tým rovnako dokázané, že nie je možné ani všeobšiahle poznanie spoločenských zákonov. Každá historická udalosť, každý spoločenský jav, pri všetkej rovnovtárnosti a podobnosti s inými javmi, predsa len vždy obsahuje aj nejaký prvok individuálnej určitosti, ktorý ho špecificky odlišuje od všetkých ostatných javov, nech je s nimi akokoľvek príbuzný. Žiadny spoločenský

ako zvýšiť spoľahlivosť takýchto predikcií, je využitie nejakej heuristiky, napríklad typológie osobnosti. Pri predikcii vzniku normy z vynúteného správania je možné použiť napríklad typológiu charakterov, ktorú vypracoval John Stuart Mill. Mill si položil otázku, ktorý z dvoch bežných typov charakterov, pasívny či aktívny, je pre všeobecné dobro ľudstva žiaducejší. Je to ten, „ktorý proti zlu bojuje alebo ten, ktorý zlo znáša; ten, ktorý sa ohýba pod ťarchou okolností alebo ten, ktorý sa usiluje, aby sa okolnosti ohýbali pod ťarchou jeho vlastnou?“²⁷³ Symptomatické znaky pasívneho charakteru sú absencia žiadostivosti a poddajnosť. Moralisti a náboženský kazatelia podľa Milla ospevovali pasívny typ z toho dôvodu, že „viac zapadal do harmónie vzniknutej z podrobenia božskej vôli“. Aj preto boli pasívni ľudia v oblube vlády jedného či nemnohých: „Podriadenosť ľudským zákonom ako vec prírodnej nutnosti bola lekciami, ktorú vláda vstúpovala všetkým tým, čo nemohli na nej nijakým spôsobom participovať.“ Na druhej strane aktívny charakter je večne nespokojný, „bojuje s prírodnými silami a tendenciami“, a preto je v oblube samosprávnej vlády všetkých. Mill trvá na tom, že zatiaľ čo pasívny charakter „udržiava v barbarstve či polobarbarskom stave veľkú väčšinu ľudského pokolenia“, aktívny charakter pomáha túto väčšinu povzniesť na civilizovanejšiu úroveň života.²⁷⁴

Netreba zdôrazňovať, že vznik normy z prinúteného správania sa s väčšou pravdepodobnosťou odohrá skôr v mysli pasívneho charakteru. Pasívni ľudia pestujú svoje cnosti tak, že otužujú svoju prispôsobivosť faktom.²⁷⁵

úkaz nie je len reprezentantom druhu, ale vždy zároveň aj niečím, čo existuje len jedenkrát; nikdy sa v presne tej istej forme nevracia, presne tak ako v neprehľadnej plnosti ľudských individualít sa nikdy neopakuje to isté individuum.“ JELLINEK, G. *Všeobecná štátoveda*. Praha: J. Laichter, 1906, s. 31.

²⁷³ MILL, J. S. *On Representative Government*. London: The Electric Book Company, 2001, s. 61–62.

²⁷⁴ *Ibidem*, s. 62–67. Millova typológia sa podobá na Neubauerove delenie ľudu na politicky aktívnu menšinu a politicky pasívnu väčšinu. Pozri: NEUBAUER, Z. *Štátoveda a theorie politiky*. Praha: J. Laichter, 1947, s. 416 a nasl.

²⁷⁵ Predstava tohto ideálu nachádza svoje završenie v koncepte teodicey. Nech sa nám stane hocičo, je to pre nás dobré, a preto tomu nebudeme vzdorovať. Leibniz hovorí: „Dokonca musíme uznať, že dôvody, ktoré Božiu múdrosť viedli k pripusteniu zla, ktoré nás udivuje, museli byť nanajvýš dôležité, či skôr nevyhnutné, a to na základe samotného faktu, že k tomuto pripusteniu došlo. Pretože od Boha nemôže vzísť nič, čo by sa dokonale nezhodovalo s jeho dobrotou, spravodlivosťou a svätosťou. Z udalosti (alebo a posteriori) teda môžeme usudzovať, že toto pripustenie bolo nevyhnutné, hoci to nie sme schopní ukázať (a priori) podrobnými dôvodmi, ktoré pre to Boh

Ak sú ich prania v rozpore s faktami, nepokúšajú sa zmeniť fakty, ale radšej zmenia svoje prania.²⁷⁶ Táto dispozícia je najviditeľnejšia v prípade, ak si pod „faktami“ predstavíme účinky prírodných procesov. Stačí si spomenúť na základné krédo stoických filozofov:

„Zima prináša so sebou studené počasie a my sa musíme triasť. Leto sa vracia so svojim teplom a my sa musíme potiť. ... Nie je v našej moci zmeniť tento poriadok vecí, ale zato dokážeme získať nebojácne srdcia hodné dobrých mužov, a tak dokážeme znášať vrtochy náhody a žiť v harmónii s Prírodou. ... Čokoľvek sa stane, predpokladaj, že sa to muselo stať a neodváž sa hromžiť na Prírodu. ... Z tohto dôvodu by sme mali vítať naše príkazy s nadšením a silou a nemali by sme prestať nasledovať prirodzený chod tohto najkrajšiejšieho univerza, do ktorého sú všetky naše budúce utrpenia vopred vpradené.“²⁷⁷

Pred prudkým rozmachom prírodných vied si ľudia zvykli prameň „príkazov“, o ktorých hovorí Seneca personalizovať; predstava, že prírodné procesy sú úmyselne riadené nejakými božskými bytosťami, bola v minulosti dominantným prístupom k výkladu sveta. V dôsledku toho boli čisto kauzálne vzťahy vnímané ako vzťahy normatívne.²⁷⁸ V časoch, kedy sa nerozoznávalo medzi *nomos* a *physis*, považovali ľudia za vec nutnosti nielen vrtochy prírody, ale aj vrtochy svojich vládcov.

Liberálny demokrat by si zrejme myslel, že išlo o divošský stav ľudstva, ktorý je v rozpore s rozumom, no konzervatívny aristokrat by proti takémuto hodnoteniu mohol vzniesť námietku. Napríklad Edmund Burke

určite mal. Rovnako nie je nutné, aby sme ukazovali dôvody pre jeho ospravedlnenie.“ LEIBNIZ, G. W. *Theodicea*. Praha: Oikoymenh, 2004, s. 49.

²⁷⁶ „Všetko šťastie spočíva len v pomere medzi tým, čo si nárokuje a tým, čo dostaneme. Je lahostajné, ako veľké či malé sú obe veličiny tohto pomeru, správny pomer môže byť dosiahnutý tak zmenšením prvej veličiny, tak zväčšením druhej. Z toho taktiež vyplýva, že všetko utrpenie pochádza vlastne z nepomeru požadovaného a očakávaného s tým, čo dosahujeme... Tak je i každá bujará radosť omylom, bludom, pretože žiadne splnené pranie nás nemôže natrvalo uspokojiť a pretože taktiež každý majetok, každé šťastie je požičané len čírou náhodou na dobu neurčitú, takže každú hodinu to môže byť žiadané naspäť.“ SCHOPENHAUER, A. *Svět jako vůle a představa*, zv. 1. Nová tiskárna Pelhřimov, 1998, s. 86.

²⁷⁷ SENECA: *Ad Lucilium Epistulae Morales*, vol. 3. London: William Heinemann, 1925, s. 226 (ep. 107.11).

²⁷⁸ „Ak je potrebné niečo vysvetliť, prírodný človek sa nepýta tak, ako človek vedecky vzdelaný, a sice Ako sa to stalo?, ale skôr sa opýta Kto to urobil?.“ KELSEN, H. *Society and Nature: A Sociological Inquiry*. Chicago: The University of Chicago Press, 1943, s. 42.

nás varoval pred „mylnou a slaboduchou vynachádzavosťou nášho vlastného rozumu“, ktorý nás môže bez rozmyslu podnieť k demontáži našich vládnych inštitúcií, hoc aj boli súčasťou nášho dedičstva prenášaného z generácie na generáciu „ako rodinná usadlosť naveky predurčená zákonmi mŕtvej ruky“.²⁷⁹ Ak by ste sa Burka spýtali prečo; prečo sa bál Boha; prečo sa s bázňou pozeral na kráľov; s láskyplnou náklonnosťou k parlamentom; s pocitom povinnosti na úradníkov; s úctou na kňazov a s rešpektom na šľachtické rody; odpovedal by: „Pretože keď sú tieto myšlienky predstreté pred naše mysle, je prirodzené mať takýto pátos; pretože všetky ostatné pocity sú falošné a rušivé, sú náchylné zradiť našu myseľ a znečistiť naše základné mravy.“²⁸⁰ Takže podľa Burkeho je prirodzené prechovávať úctu k usadeným spoločenským inštitúciám, ale prečo by to mal byť dostatočný dôvod na usmernenie nášho správania? Pretože, ako je zrejmé zo Senecu, ktorého som citoval vyššie, je múdre podriaďiť sa tomu, čo je prirodzené. Tento bod je úplne kľúčový: Hodnotiť veci podľa ich veku; prispôbovať naše pudy spoločenskému prostrediu; tvarovať normy podľa faktov, ktoré nás obkľučujú, nie je vecou rozumu, ale vecou našich prirodzených sklonov či podvedomia. „Skôr je to šťastný účinok plynúci z rešpektu k prírode, ktorý je svojou povahou múdrosťou bez reflexie a nad ňou.“²⁸¹ Podľa Burkeho je lepšie, keď sa riadime našimi dlho pretrvávajúcimi spoločenskými predsudkami, ako by sme sa mali riadiť našim „súkromným kúskom“ rozumu: „V stave pohotovosti je predsudok vždy pripravený na aplikáciu; predsudok zamestnáva našu myseľ v neprerušenom chode múdrosti a cnosti; predsudok nezvykne opúšťať človeka, ktorý v momente rozhodnutia ostal váhavý, skeptický, bezradný a nerozhodný. Predsudok premieňa cnosť človeka v jeho zvyk a nie v sled navzájom nesúvisiacich činov. Práve prostredníctvom predsudku sa jeho povinnosti stávajú súčasťou jeho prirodzenosti.“²⁸²

Predsudky fungujú v praktickom živote presne ako normy. Po tom, čo boli prenesené zo spoločnosti na jednotlivca, fungujú ako vylučujúce dôvody pre vykonanie určitého typu správania vždy vtedy, keď sa vyskytne situácia, v ktorej sa majú aplikovať. Takže ľudia, ktorí nasledujú svoje pred-

²⁷⁹ BURKE, E. *Reflections on The French Revolution*. London: J. M. Dent, 1951, s. 31. Výraz „mŕtva ruka“ pochádza z anglického právneho termínu „mortmain“, ktorý v čase feudalizmu označoval odveké vlastníctvo nehnuteľnosti, ktoré nebolo možné previesť na iný subjekt.

²⁸⁰ Ibidem, s. 83–84.

²⁸¹ Ibidem, s. 31.

²⁸² Ibidem, s. 84.

sudky, vlastne nasledujú normy s rovnakým obsahom, čím znižujú „riziko chybných kalkulácií, ktoré je prítomné vtedy, keď sa každá nová situácia posudzuje vždy odznova podľa svojich vlastných špecifik.“²⁸³ Ak sa človek chce stať integrálnou súčasťou „neprerušeného chodu múdrosti a cnosti“, to najlepšie, čo môže urobiť, je, že utopí svoju individualitu v močiari svojho spoločenského prostredia.²⁸⁴ Takýto prístup oslovuje obzvlášť pasívne typy charakterov. Ak pasívni zakúsia disonanciu medzi ich vierou v to, čo je správne a ich spoločenským prostredím, je pravdepodobné, že ju odstránia tak, že zmenia svoju vieru. Toto je ich spôsob, ako formujú normy z faktov.

3.4 Zotrvanie pri omyle

Vrátim sa k argumentu z kontrafaktivity noriem, ktorý som v úvode tejto kapitoly použil proti precedentnému právu: „*Akokoľvek dlho by celé spektrum orgánov verejnej moci žilo v omyle ... samé o sebe by to nemohlo znamenať zmenu omylu na správne presvedčenie.*“²⁸⁵ Normy naozaj nemôžu byť zmenené len tým, že ich niekto dlhodobo mylne vykladá či aplikuje, avšak to platí iba za predpokladu, ak ich berieme „samé o sebe“, tj. ako ideálne entity, ktoré sú predmetom racionálnych operácií. V reálnom svete však žiadne „normy o sebe“ neexistujú; v tomto svete sú normy vždy iba subjektívnou vierou konkrétnych ľudí v to, čo je správne. Vznik takejto viery nie je podmienený len správnosťou praktickej argumentácie, ktorá danú vieru opodstatňuje, ale aj nutnosťou zákona kauzality, ktorý danú vieru viaže na súbor faktov zložený z individuálnych vlastností „veriaceho“ a z vlastností jeho spoločenského okolia. Takýmto spôsobom sa z dobromyselného omylu či dokonca zo zlomyseľného podvodu môže stať správne presvedčenie, ktoré sa upevňuje tým viac, čím dlhšie ho určitá osoba zastáva a čím menej ostatné osoby proti tomuto presvedčeniu protestujú. S ohľadom na precedentné právo možno z toho vyvodíť nasledujúce:

a) Je pravda, že ak sa predchádzajúce súdne rozhodnutia fakticky nasledujú, automaticky z toho nevyplýva, že tieto rozhodnutia sa nasledovať majú. Napriek tomu je pravda aj to, že ľudia majú všeobecnú tendenciu interpretovať svoje skutky v pozitívnom svetle a že právnici majú osobitnú

²⁸³ Raz, J. *Practical Reason and Norms*. New York: Oxford University Press, 2002, s. 59.

²⁸⁴ Typológiu spoločenstiev aktívne/pasívne a jej politický význam rozoberám v časti 4.4.3.

²⁸⁵ Procházka, R. *Lud a sudcovia v konštitučnej demokracii*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2011, s. 27.

tendenciu interpretovať všetky svoje profesijné úkony (právne rady, názory, argumenty, žaloby) ako opierajúce sa o právo. Nasledovanie precedentu bez presvedčenia o tom, že je to tak správne, je teda skôr nenormálne ako normálne. Totiž ak právnik zakúša disonanciu medzi svojím vonkajším správaním („nasledujem precedenty“) a vnútorným presvedčením („precedenty sú nezáväzné“), je pravdepodobné, že ju odstráni tak, že zmení svoje vnútorné presvedčenie („precedenty sú záväzné“). Celé pravidlo uznania aspoň z časti stojí na tomto psychologickom mechanizme. Existuje nemálo vecí, v ktorých je rozhodujúce nie to, čo si o ich správnosti myslí ústavodarca, ale to, čo si o ich správnosti myslia súdy či iné úradné osoby. A títo si väčšinou myslia, že je správne presne to, čo konajú.

b) Je pravda, že pri tvorbe precedentov sa aplikujú normy, ktoré nie sú nutným logickým dôsledkom nejakého dopredu stanoveného právneho textu. Rovnako je však pravda aj to, že z pohľadu sudcov spravidla vždy ide o aplikáciu záväzných noriem. Čím väčší priestor má sudca pre voľnú úvahu; čím väčšie spoločenské dopady bude mať jeho rozhodnutie; čím väčšia šanca, že sudca bude konať pod vplyvom svojich subjektívnym morálnych predstáv či pod vplyvom svojich „politických záväzkov“, tým je pravdepodobnejšie, že svoje konečné rozhodnutie bude úprimne považovať za jedinou správnu odpoveď vyplývajúcu z dopredu daného „práva“. Únik do zákutí deklaratórnej teórie súdneho rozhodnutia („právo má len jeden správny výklad“) je totiž preňho tou najefektívnejšou cestou, ako odstráni svoju disonanciu medzi tým, čo ako právo stanovil („ako právo stanovujem len tento výklad“) a tým, čo si pôvodne myslel, že právo stanovuje („právo má viacero možných výkladov“). Pre sudcu tak problém záväznosti precedentu v podstate ani nevzniká: sudca v precedente ako právo stanovuje len to, čo podľa neho ako právo platilo už predtým.

c) Je pravda, že motívov k nasledovaniu precedentu môže byť viacero: kariérny úspech, spoločenské uznanie, zjednodušenie práce, súhlas s vecnými argumentmi precedentu, splácanie „politických záväzkov“ a pod. Rovnako je pravda, že sudca môže odkaz na precedent využiť aj na to, aby zakryl skutočné motívy svojho aktuálneho rozhodnutia; najskôr asi z dôvodu, že sú pre odbornú či laickú verejnosť príliš kontroverzné. Takýmto prístupom sa však sudca dostáva do stavu kognitívnej disonancie spôsobenej nesúladiom medzi svojím vonkajším správaním („nasledujem precedent“) a vnútorným presvedčením („usilujem sa o spoločenské uznanie...“), pričom to najlepšie, čo môže pre seba urobiť je, že daný nesúlad odstráni zmenou svojho presvedčenia. Jednoducho povedané: ak sudca klame, keď

hovorí, že iba nasleduje precedent, je pravdepodobné, že svojmu klamstvu uverí. Z dlhodobého hľadiska takéto sebaklamy precedentnú záväznosť skôr posilňujú ako oslabujú. Dá sa totiž predpokladať, že budúce ignorovanie precedentu bude pre sudcu ťažšie, ak v minulosti sám seba presvedčil o tom, že precedenty sa ignorovať nesmú. Pre celkovú kultúru práce s precedentmi má význam už len to, ak sa sudca namiesto ignorácie precedentu explicitne rozhodne pre zmenu jeho pôsobnosti (*distinguishing*) alebo pre jeho prelomenie (*overruling*).

d) Je pravda, že rozpor medzi precedentom a správaním môže viesť nielen ku korekcii správania, ale aj ku korekcii precedentu. Preto je možné meniť pôsobnosť precedentu či dokonca prelomiť ho aj priamo vo veci, v ktorej sa má aplikovať, teda s účinkami do minulosti. Precedent v pôvodnej podobe prestáva byť vyjadrením štandardu, ktorý normuje súčasnú a budúcu spoločenskú prax a namiesto toho sa stáva vyjadrením faktu, opisom minulej spoločenskej praxe. Zo sémantického hľadiska ide o čisté protirečenie, z pragmatického hľadiska o úplnú svojvôľu. Z psychologického hľadiska ide o disonanciu medzi tým, čo sudca tvrdil v minulosti („nasledovať tento precedent je správne“) a tým, čo tvrdí dnes („nasledovať tento precedent je nesprávne“),²⁸⁶ pričom my získavame príležitosť sledovať redukciu disonancie v priamom prenose. Základnou stratégiou sudcu je, aby presvedčil, že pôvod rozporov v jeho rozhodovacej činnosti neleží v jeho osobe, ale v nejakých externých okolnostiach či premisách. Za prelomením precedentu tak môže stáť podstatná zmena spoločenských pomerov (napr. pokrok v medicínskych vedách); pôsobnosť precedentu možno zmeniť napríklad tak, že sudca odkryje zamlčané premisy, z ktorých pôvodný precedent vychádzal a pomocou subtilnejšej úvahy spresní okruh spoločenských vzťahov, na ktoré sa má aplikovať (napr. zodpovednosť za vadný výrobok rozšíri aj na zodpovednosť za vadnú službu). V týchto prípadoch sa zo starého precedentu nestáva číry fakt, aj prelomený precedent stále funguje ako potenciálny argument, ktorý môže ovplyvniť smerovanie sudcovej úvahy pri rozhodovaní terajšieho či budúcich prípadov.²⁸⁷ Jedným extrémom je, keď sa sudca presvedčí o tom, že v podstate precedent nezmenil, ale len

²⁸⁶ O tejto disonancii sa dá hovoriť najmä vtedy, ak konkrétny sudca mení pôsobnosť či prelmuje taký precedent, ktorý sám vydal alebo nasledoval. V ostatných prípadoch môže ísť len o disonanciu medzi sudcovým presvedčením, že treba zachovávať precedenty a jeho správaním, ktorým precedent v podstate porušuje.

²⁸⁷ Odpovede na súčasné právne problémy sa jednoducho hľadajú v minulosti, čo je typické najmä pre *common law* argumentáciu. K tomu bližšie pozri: HATHAWAY, O. A.

spresnil.²⁸⁸ Druhým extrémom je, keď sa sudca presvedčí o tom, že to, čo zmenil, v podstate ani nebol precedent, ale len dôsledok nejakého zjavného právneho omylu, ktorý urobil sudcov predchodca. Sudcami potvrdené právne omyly jednoducho nemôžu ďalej existovať ako právo, ibaže by toto potvrdenie samé bolo vydané pod vplyvom nejakého omylu.

3.5 Zhrnutie

Predchádzajúce riadky ukazujú, že rozhodovanie súdnych prípadov vo všeobecnosti a vydávanie precedentov osobitne, nie je podmienené iba racionálnymi úvahami. Výhra v sporoch sa rozdeľuje aj podľa váhy argumentov, aj podľa konkrétnej konštelácie faktických pomerov tvorenej individuálnymi vlastnosťami sudcu, ako aj vlastnosťami spoločenského prostredia, v ktorom sa sudca nachádza. Môže to byť jeho morálne presvedčenie, či už čisto subjektívne alebo reflektujúce očakávania spoločnosti; môžu to byť jeho mocenské záujmy, či už čisto subjektívne alebo reflektujúce očakávania spriazenej politickej strany; môže to byť celá rada ďalších faktorov, ktoré sú vo vzťahu k vecnej stránke prejednávaneho prípadu čisto náhodné. Mojim cieľom v tejto kapitole však nebolo obhájiť záver, že súdne rozhodnutie môže byť vytvorené aj pod vplyvom subjektívnych predstáv sudcu, ale obhájiť záver, že ak sa tak stane, sudca je náchylný tento vplyv vytesniť; je schopný presvedčiť sa o tom, že aj tak stále iba aplikuje to, čo logicky vyplýva výlučne len z dopredu daných právnych textov. Teória kognitívnej disonancie vysvetľuje, prečo existujú aj takí sudcovia, ktorí sú úprimne presvedčení napríklad o tom, že portfólio právomocí predsedu súdu spadá výlučne len do okruhu súdnej zložky moci a nikdy nie aj do okruhu výkonnej zložky moci. Či je sudca pri formovaní názoru na určitú právnu vec korumpovaný dobrom alebo zlom, aj tak nakoniec sformuje niečo, o čom bude úprimne presvedčený, že je to *právny názor*.

Path Dependence in the Law: The Course and Pattern of Legal Change in a Common Law System. In *Iowa Law Review*, vol. 86, 2001, s. 601–661.

²⁸⁸ Tocqueville o anglickom sudcovi: „... a keď je prinútený v nejakom bode ich upraviť, aby sa dali prispôbiť zmenám, ktorými časom prešla spoločnosť, utieka sa k najneuveriteľnejším dôvtipnostiam, len aby sám seba presvedčil, že ak aj pridá niečo k dielu svojich otcov, tak iba rozvinie ich myšlienku a zavŕši ich prácu. Nesnažte sa ho presvedčiť, že je novátor; radšej zájde až do absurdností, než by priznal taký ťažký zločin.“ TOCQUEVILLE, A. *O demokracii v Amerike*. Bratislava: Kalligram, 2006, s. 426.

Nejeden herec by sudcom závidel ich schopnosť vžiť sa do úlohy postavy, ktorú majú hrať. Problémom však je, že sudcovia sa vedia pre svoje úlohy zanietiť tak veľmi, že ani nepostrehnú, kedy prestali hrať podľa scenára. A tento problém je o to väčší, že nemajú žiadneho režiséra, ktorý by ich zastavil a upozornil na to. Pre diváka môže byť takéto divadlo zarážajúce aj bez toho, aby sa v ňom hralo o jeho slobodu, život či majetok. Ak sa však o tieto hodnoty hrať začne, problém odchýlenia sa od scenára sa stáva legitímnou otázkou politického života. Na túto otázku sa pozriem v nasledujúcej kapitole.

4. Politika

4.1 Úvod

Súdy sú konzervatívne, parlamenty progresívne; súdy hľadajú do minulosti, parlamenty na budúcnosť; súdy požívajú vážnosť večne trvalého, parlamenty požívajú dôveru, ktorú im dala nádej na zmenu. Je len prirodzené, že sa tieto dve moci budú počas svojej bežnej prevádzky o seba trieť a že vo výnimočných prípadoch do seba prudko narazia. Napriek uvedenému predstava všeobecne záväzných súdnych precedentov je plne kompatibilná s predstavou parlamentu ako držiteľa suverénnej moci, teda súdna tvorba práva nie je automaticky uzurpáciou právotvornej moci parlamentu. Konflikt medzi súdmi a parlamentom vzniká až vtedy, keď súdy odmietnu aplikovať zákon, resp. keď ho aplikujú v rozpore s jeho jednoznačným znením. V krajinách s demokratickou formou vlády sa tento konflikt rieši v prospech parlamentu. Parlament ako inštitúcia, prostredníctvom ktorej vyjadruje občan svoj súhlas so štátnou mocou, sa môže kedykoľvek rozhodnúť, že výsledky súdnej tvorby práva zruší formou novelizácie zákona alebo ústavy. To však automaticky neznamená, že parlament súdnu tvorbu práva zakazuje, resp. že ju vo všeobecnosti považuje za negatívny fenomén, ktorý je potrebné odstrániť (4.2).

Vážnejší mocenský stret medzi súdmi a parlamentom nastáva až vtedy, keď si súdy myslia, že právomoc parlamentu nie je neobmedzená (v právnom slova zmysle). Teda keď odmietnu aplikovať legislatívu, či už zákon, ústavný zákon alebo priamo ústavu, z dôvodu, že parlament nemal právomoc takúto legislatívu vytvoriť. Takýto konflikt vzniká predovšetkým pri abstraktnej kontrole ústavnosti, kde súd kontroluje, či parlament pri tvorbe určitého právneho predpisu konal protiprávne a ak zistí, že áno, tak príslušný predpis zruší. Pri zrušovaní právnych predpisov sa ústavný súd väčšinou opiera o text ústavy, čo v teórii nepredstavuje žiadny problém, pokiaľ sa text ústavy chápe opäť len ako výsledok legislatívnej činnosti parlamentu. Problém vzniká až v prípade, ak sa ústavný súd pri zrušovaní zákonov opiera o právo, ktoré nepovažuje za právo parlamentu, resp. o ktorom si myslí, že ho parlament nemôže zrušiť. Až v tomto bode možno hovoriť o tom, že si súdy uzurpujú moc na úkor parlamentu a že precedenty, prostredníctvom ktorých to robia, sú sporným prameňom práva. V tomto strete nejde o to, či súdy smú alebo nesmú tvoriť právo, ale o to, kde by mala mať súdna tvorba práva svoje hranice.

V nasledujúcich riadkoch sa pokúsim o expozíciu základných rozdielov medzi teóriou, ktorá hovorí, že priamo volený parlament má neobmedzenú moc a teóriou, ktorá hovorí, že v určitých prípadoch musí súd moc parlamentu zastaviť (4.3). Následne sa pokúsim spochybníť nadradené postavenie parlamentu, a to tým, že ukážem, prečo priamo volený parlament nemusí byť prostriedkom pre vyjadrenie súhlasu občana so štátnou mocou (4.4.1) a prečo priamo volení poslanci nemusia byť politicky zodpovední svojim voličom (4.4.2). V závere sa zamyslím nad tým, či existuje situácia, v ktorej by ústavní sudcovia mohli zrušiť akt ústavodarnej moci spôsobom nepodlamujúcim základné princípy demokracie (4.4.3).

4.2 Súdny precedent nie je uzurpáciou moci parlamentu

Tvorba súdnych precedentov nemusí byť *apriori* v konflikte s tvorbou zákonov, čoho peknou ilustráciou je ústavný systém Anglicka. Len málokto pochybuje o tom, že anglické súdy smú tvoriť právo a rovnako málo je tých, ktorí si myslia, že v dôsledku toho zaniká suverenita westminsterského parlamentu. Suverenita parlamentu nezaniká, pretože súdy (okrem toho, že tvoria a nasledujú precedenty) aplikujú zákony, a to aj vtedy, keď ich považujú za nespravodlivé, nerozumné či neprospešné. V časti 1.8 som ako ilustráciu uviedol historický prípad Somersett, v ktorom lord Mansfield povedal, že inštitút otroctva je tak zjavne proti rozumu, že ho možno ustanoviť iba vo forme zákona. Niečo z tohto postoja pretrváva v myšliach anglických sudcov dodnes. Hoci sudcovia majú interpretovať zákony pokiaľ možno v čo najväčšom súlade s ľudskými právami, táto interpretácia nikdy nemôže ísť proti textu zákona, z ktorého zásah do ľudských práv vyplýva jednoznačne. Tak napríklad retroaktivita v trestných veciach sa považuje za nesúladnú s ľudskými právami, avšak ak je dôsledkom jednoznačného ustanovenia zákona, sudcom neostáva nič iné, len páchatela retroaktívne potrestať (pozri bližšie časť 2.5). Parlament dokáže mať navrch proti súdnym precedentom dokonca aj v takých krajinách, v ktorých je etablované ústavné súdnictvo. Jediné čo k svojej dominancii potrebuje, je právomoc meniť ústavu: ak súd zruší zákon z dôvodu, že je protiústavný, parlament môže tú istú úpravu prijať formou ústavného zákona, ústavného dodatku či novelizácie ústavy. Hoci parlament môže s účinkami do budúcnosti zrušiť akýkoľvek precedent ústavného súdu, vôbec to neznamena, že tento súd kvôli tomu nesmie pokračovať vo vlastnej tvorbe práva. Jednoducho predstava súdu vydávajúceho precedenty je plne kompatibilná s predstavou parlamentu ako najvyššej

moci v štáte. Tocqueville tvrdí, že súdne uplatňovanie ústavy proti zákonom by mohlo veľmi ľahko zasiahnuť „do ešte posvätejšieho práva: do práva spoločnosti, v ktorej mene sudcovia konajú.“ Amerika si podľa neho s týmto problémom poradila, „keď ľud zmenou ústavy môže vždy prinútiť súdnych úradníkov k poslušnosti.“ Právomoc parlamentu prelamovať súdne precedenty nastavuje delbu moci tak, že sú v nej „politika i logika v súlade a ľud aj sudcovia si v rovnakej miere zachovávajú svoje výsady.“²⁸⁹

Ani na kontinente nie je súdna tvorba práva *a priori* v rozpore s legislatívnou tvorbou práva, aspoň za predpokladu, že jedno vyplýva z druhého. Totiž zákaz *denegatio iustitiae* – teda zásada, podľa ktorej súd musí meritorne rozhodnúť o každej žalobe, ktorú má právomoc prejednať – funguje ako generálne splnomocnenie na súdnu tvorbu práva všade tam, kde zákon nedáva jednoznačnú odpoveď na právnu otázku nastolenú žalobou. Teda vždy vtedy, keď parlament prijme zákon, ktorý má pri všetkej dobromyseľnosti viacero rovnako udržateľných výkladov, poveruje tým súdy, aby tento zákon pri jeho aplikácii dotvorili.²⁹⁰ Ako vyplýva z kapitoly 2.5.1 a 2.6.1, vecné odôvodnenie záväznosti zákona sa do určitej miery kryje s odôvodnením záväznosti precedentu: ak záväznosť zákonov uznávame aj preto, že nám to pomáha dosiahnuť formálnu rovnosť a právnu istotu, potom musíme uznať aj to, že tieto zákony majú byť aplikované jednotne; musíme teda uznať aj všeobecnú záväznosť tých súdnych rozhodnutí, ktoré túto jednotu zakladajú.

Ako som spomenul už vyššie, konflikt medzi sudcom a parlamentom nastáva až vtedy, keď sudca „aplikuje“ zákon v rozpore s jeho jednoznačným znením alebo keď ho otvorene odmietne aplikovať s odôvodnením, že je nespravodlivý, nerozumný či neprospešný. Tento druhý prípad má svoje špecifické inštitucionálne zobrazenie v abstraktnej kontrole ústavnosti, v rámci ktorej ústavný súd posudzuje kompatibilitu zákona s ústavou, pričom ak ju nenájde, príslušný zákon zruší. Ústavný sudca chráni občanov pred ich priamymi zástupcami, čo implikuje, že je kompetentnejší posúdiť, čo je v ich najlepšom právnom záujme. Vláda ľudu, napríklad keď sa v jej

²⁸⁹ TOCQUEVILLE, A. *O demokracii v Amerike*. Bratislava: Kalligram, 2006, s. 214. Pozri aj: PROCHÁZKA, R. *Ľud a sudcovia v konštitučnej demokracii*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2011, s. 75.

²⁹⁰ Kelsen v tejto súvislosti hovorí o úmyselnej a neúmyselnej neurčitosti právo-aplikačného aktu, čo možno analogicky chápať ako priame a nepriame splnomocnenie na tvorbu práva právo-aplikačnými orgánmi. Pozri: KELSEN, H. *Pure Theory of Law*. New Jersey: The Lawbook Exchange, 2008, s. 349-50.

dôsledku prijme zákon, ktorý pozbavuje časť obyvateľstva ich majetkových práv, sa môže dostať do rozporu s vládou práva, resp. s „vládou ľudských práv“. V domácej teórii sa tento konflikt reflektoval ako stret dvoch teórií: na jednej strane je teória spoločenskej zmluvy, podľa ktorej štát vzniká a prevádzkuje svoju moc so súhlasom občanov a na druhej strane je teória materiálneho jadra ústavy, podľa ktorej každá ústava demokratického a právneho štátu má určité náležitosti, ktoré nemožno zrušiť v žiadnej právotvornej procedúre.²⁹¹ Poďme sa na tieto teórie pozrieť bližšie.

4.3 Vláda ľudu proti vláde práva

V súčasnosti je konflikt medzi mocou súdov a mocou parlamentu najviditeľnejší pri abstraktnej kontrole ústavnosti, kde súd kontroluje, či parlament pri tvorbe určitého zákona konal proti ústave a ak zistí, že áno, tak príslušný zákon zruší. Parlament, ktorý dostal poverenie od všetkých občanov, aby niečo konkrétnym zákonom zmenil, je nakoniec zastavený ústavným súdom, ktorý trvá na tom, že daná zmena je protiprávna. Tento konflikt môžeme zjednodušiť, keď povieme, že ide o stret medzi *vládou ľudu*, ktorá sa opiera o spoločenskú zmluvu a *vládou práva*, ktorá sa opiera o materiálne jadro ústavy. Ak je parlament stelesnením vôle ľudu, teda hlavným prostriedkom vyjadrenia súhlasu občana so štátnou mocou, potom by mu v ceste malo stáť čo najmenej prekážok: čím viac zákonov ústavný súd zruší, tým menej sa štát musí svojich občanov pýtať, či súhlasia s tým, ako im vládne. Na druhej strane ak je ústavný súd ochrancom ústavy, teda aj hlavným garantom ľudských práv, ktoré ústava prehlasuje za nezrušiteľné, potom má povinnosť klásť prekážky každému orgánu, ktorý ľudské práva porušuje a v krajnom prípade azda aj takému, ktorý ich hodlá oficiálne zrušiť.

Východiskovou premisou demokracie je rovnosť všetkých, a preto založiť a prevádzkovať štát možno len na základe spoločenskej zmluvy: „*Ak nemá žiadny človek prirodzenú právomoc nad svojim bližným a ak právo nie je mocou silnejšieho, potom ako základ všetkej legitímnej moci medzi ľud-*

²⁹¹ Teóriu materiálneho jadra zastáva Holländer, pozri napr. HOLLÄNDER, P. *Základy všeobecné štátovedy*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2009, s. 266 a nasl. Teóriu spoločenskej zmluvy naopak zastáva Procházka, pozri: PROCHÁZKA, R. *Ľud a sudcovia v konštitučnej demokracii*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2011, s. 55 a nasl. Konflikt je doktrinálne spracovaný v celej rade publikácií, reprezentatívnou je PŘIBÁŇ, J. – HOLLÄNDER, P. a kol. *Právo a dobro v ústavní demokracii: polemické a kritické úvahy*. Praha: Sociologické nakladatelství, 2011.

*mi zostávajú iba dohody.*²⁹² Pre legitimitu tvorby práva je tak kľúčový jej procedurálny rozmer, ktorý má byť nastavený tak, aby bolo možné o práve hovoriť ako o výsledku dohody všetkých. V praxi to znamená pokiaľ možno čo najširšiu participáciu občanov na tvorbe práva, ktoré sa prijíma na základe väčšinového hlasovania.²⁹³ V zastupiteľskej demokracii možno túto požiadavku naplniť len tak, že orgán, ktorý má právomoc vytvoriť právo s najvyššou právnou silou, je personálne kreovaný vo všeobecných, rovných a slobodných voľbách.

Východiskovou premisou teórie materiálneho jadra ústavy je nedotknuteľnosť konštitutívnych hodnôt demokratického a právneho štátu. Ako povedal český ústavný súd *„ústava nie je založená na hodnotovej neutralite, nie je čírym vymedzením inštitúcií a procesov, ale včleňuje do svojho textu i určité regulatívne idey vyjadrujúce základné nedotknuteľné hodnoty demokratickej spoločnosti“*.²⁹⁴ V praxi to potom znamená, že kľúčovým momentom v tvorbe práva nie je nastavenie procedúry, v ktorej právo vzniká, ale kompatibilita výsledkov tejto procedúry s hodnotami, ktoré sú pre demokratický a právny štát konštitutívne; inými slovami: *„právo a spravodlivosť nie sú predmetom voľnej dispozície zákonodarca... realizovanej hoci aj väčšinovým alebo úplne jednomyselným rozhodnutím parlamentu.“*²⁹⁵ Ako je dobre známe, český ústavný súd si trúfol použiť tento argument nielen proti zákonodarnej, ale aj proti ústavodarnej moci.²⁹⁶

V syntéze uvedených teórií legitimita určitého mocenského rozhodnutia odkazuje jednak na jeho *pôvod*, na správnosť procedúry, v ktorej má byť rozhodnutie prijaté, a jednak na jeho *účel*, na správnosť predmetu, s ktorým má byť rozhodnutie obsahovo súladné.²⁹⁷ Ak sa teda právo prijíma v procedúre umožňujúcej čo najširšiu participáciu občanov a ak je toto právo obsahovo súladné so základnými hodnotami demokratického a právneho štátu, potom ani niet príležitosti na to, aby si uvedené teórie protirečili.

²⁹² ROUSSEAU, J. J. *O spoločenské smlouvě neboli o zásadách státního práva*. Praha: V. Linhart, 1949, s. 15.

²⁹³ PROCHÁZKA, R. *Lud a sudcovia v konštitučnej demokracii*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2011, s. 53–127.

²⁹⁴ Nález ÚS ČR so spisovou značkou Pl. ÚS 19/93 zo dňa 21. 12. 1993, bod A, (zdroj: <http://nalus.usoud.cz/>).

²⁹⁵ Ibidem.

²⁹⁶ Pozri: Nález ÚS ČR so sp. zn. Pl. ÚS 27/09 zo dňa 10. 9. 2009, (zdroj: <http://nalus.usoud.cz/>).

²⁹⁷ Porovnaj: BARÁNY, E. *Pojmy dobrého práva*. Bratislava: Eurokódex, 2007, s. 149.

V reálnom svete však platí, že všeobecná participácia na tvorbe zákonov nie je garanciou ich obsahovej správnosti.²⁹⁸ Totiž, zdá sa len málo pravdepodobné, aby sa v histórii ľudstva vyskytol štát, v ktorom by počas celej doby jeho existencie nenastal konflikt medzi jeho teoreticky opodstatneným pôvodom a fakticky presadzovaným účelom. Bohom povolaný vládca nemusí plniť božie zámery, panovník ako hlava rodiny sa nemusí starať o poddaných ako o svoje deti, vláda ľudu nemusí byť v prospech ľudu, väčšina, hoci vychádza z rovnosti všetkých, nemusí chrániť menšinu... Ak nastane takáto konštelácia pomerov v demokratickom a právnom štáte, teória materiálneho jadra prestane teóriu spoločenskej zmluvy dopĺňať a naopak začne jej konkurovať. Podstatu tejto konkurencie možno vysvetliť na rozdieloch medzi danými teóriami. Rozdiel medzi nimi spočíva: a) v ich funkciách vo vzťahu k vlastným východiskovým premisám; b) v ich právno-politickom prostriedku; c) v historických okolnostiach ich spoločenskej preferencie.

a) Teória spoločenskej zmluvy funguje vtedy, ak počas prevádzky štátnej moci dochádza k *realizácii* hodnoty rovnosti všetkých. Teória materiálneho jadra funguje vtedy, ak sa počas prevádzky štátnej moci *ochraňujú* konštitutívne hodnoty formy štátu, u nás demokratického a právneho štátu. Funkciou prvej teórie je realizácia hodnoty, funkciou druhej teórie je ochrana hodnoty. Ak teda z uplatnenia demokratickej procedúry vziđe ústavný zákon, ktorým sa odoberú ľudské práva časti občanov, konzekventný demokrat radšej pripustí, aby tento zákon ostal v platnosti, akoby mal pripustiť, aby sa zrušil v procedúre, ktorá nie je demokratická. V kontraste s ním konzekventný „materialista“ radšej pripustí zrušenie zákona v nedemokratickej procedúre, akoby mal pripustiť, aby tento zákon ostal v platnosti. Prvý svoje rozhodnutie oprie o tvrdenie, že prijatím zákona došlo k realizácii rovnosti všetkých. Druhý svoje rozhodnutie oprie o tvrdenie, že zrušením zákona došlo k ochrane rovnosti všetkých. Teda ak nám osud nevydláži našu cestu súhrou šťastných okolností; takých, v ktorých by všeobecná participácia občanov na moci bola zároveň aj garanciou ochrany dôstojnosti každého jedného z nich, potom zákonite dorazíme k rázcestiu, pri ktorom si budeme musieť vybrať medzi vládou „ľudu“ alebo vládou „práva“. Nikto si neželá,

²⁹⁸ Hoci pri nástupe reprezentatívnej demokracie v 19. storočí mnohí autori dúfali v opak. Pozri napr. MILL, J. S. *On Representative Government*. London: The Electric Book Company, 2001, s. 58–59. Dokonca aj dnes vidia niektorí liek proti chorobám právneho a politického systému vo väčšej a priamejšej participácii občanov na jeho prevádzke.

aby sa tieto vlády rozchádzali, avšak pre prípad, že sa tak stane, si zástancovia spoločenskej zmluvy vyberajú „ľud“, zatiaľ čo zástancovia materiálneho jadra si vyberajú „právo“.

b) Právno-politickým prostriedkom teórie spoločenskej zmluvy je *založenie moci* určitého subjektu. Konečným právno-politickým prostriedkom teórie materiálneho jadra je *obmedzenie moci* bez ohľadu na to, ktorý subjekt ňou disponuje. Ústredným problémom prvej teórie je otázka „*Kto má vládnuť?*“, zatiaľ čo ústredným problémom druhej teórie je otázka „*Ako sa nemá vládnuť?*“. Rozdiel v uvedených otázkach implikuje druhový rozdiel v odpovediach na ne. Na prvú otázku možno odpovedať zoznamom mien osôb, o ktorých si myslíme, že majú ideálne predispozície k vládnutiu, abstraktným popisom daných predispozícií alebo návrhom kreačnej procedúry právotvorného orgánu. Právnik rieši problém výberu kompetentného vládcu návrhom kreačnej procedúry, pričom v krajnom prípade mu takáto procedúra dokáže poslúžiť ako výlučný zdroj všetkých kritérií potrebných na posúdenie toho, čo je správne.²⁹⁹ V protiklade k tomu na otázku „*Ako sa nemá vládnuť?*“ sa odpovedá celým radom rôznych pravidiel, princípov či hodnôt, o ktorých si myslíme, že majú obmedzovať voľnú úvahu pri výbere prostriedkov vládnutia, teda, že majú slúžiť ako negatívne podmienky správnosti takéhoto výberu. Celkom zásadné je pri tom presvedčenie, že uvedený zoznam podmienok sám nie je výsledkom nejakej kreačnej či právotvornej procedúry. To, čo sa v určitej procedúre nesmie prijať ako správne, jednoducho nemôže byť stanovené procedúrou, o ktorej obmedzenie ide, pretože v konečnom dôsledku by o žiadne obmedzenie nešlo.

c) Čím je motivovaný výber formulácie ústrednej otázky politického a právneho života? Ľudia preferujú otázku *Kto má vládnuť?* pred otázkou *Ako sa nemá vládnuť?* v časoch, keď nemajú pocit bezpečnosti a príčinu tohto stavu vidia v konflikte medzi spoločenskými skupinami. Pozrime sa napríklad na klasikov teórie suverenity Bodina a Hobbesa.³⁰⁰ Pre nich boli zlí a neschopní vládcovia ešte stále lepší ako vládcovia žiadni, pretože stav, v ktorom nie je konštituovaná moc so schopnosťou vynucovať pravidlá

²⁹⁹ Ako príklad redukcie otázky *Čo mám robiť?* na otázku *Kto mi vládne?* možno uviesť Thomasa Hobbesa (Hobbes, T. *Leviathan aneb látka, forma a moc státu církevního a politického*. Praha: Oikoymenh, 2009, s. 90), ktorého som citoval v časti 1.3. Porovnaj: WEYR, F. *Základy filosofie právní (Nauka o poznávání právníckém)*. Brno: Nakladatel A. Píša, 1920, s. 39.

³⁰⁰ Pozri: PICKEL, A. Never Ask Who Should Rule: Karl Popper and Political Theory. In *Canadian Journal of Political Science*, vol. 22, no. 1, 1989, s. 92 a nasl.

spolunažívania bol podľa nich horší ako stav, v ktorom táto moc konštituovaná je, hoci sa bežne zneužíva. Bodin mal skúsenosť s desaťročia trvajúcim konfliktom medzi katolíkmi a protestantmi, Hobbes mal skúsenosť s občianskou vojnou medzi zástancami parlamentu a zástancami kráľa. Od konca 18. storočia sa otázka *Kto by mal vládnuť?* objavuje ako symptóm emancipačných snáh určitého spoločenstva, ktoré sa chce zbaviť zlej, či skôr cudzej nadvlády.³⁰¹ Dnes a v našej kultúre ide o protest proti intelektuálnemu perfekcionizmu elit, ktoré stále viac spútavajú život spoločnosti naoko dokonalými pravidlami; stále viac dirigujú obyčajných ľudí³⁰² v záujme ochrany ich vlastnej bezpečnosti, zdravia a života, či už ide o ochranu spotrebiteľa pred nesprávnym zakrivením banánov alebo o ochranu občana pred osobitnou osobnou kompetenciou špeciálneho trestného súdu.³⁰³ Naopak ľudia preferujú otázku *Ako sa nemá vládnuť?* pred otázkou *Kto by mal vládnuť?* vo chvíli, keď sa snažia vysporiadať s problémom zneužitia štátnej moci, osobitne s problémom totalitarizmu. Typickým príkladom sú liberálni autori, ktorí hľadajú inštitucionálne garancie negatívnej slobody. Napríklad Karl Popper argumentuje, že nech už výber nášho vládcu dopadne akokoľvek, vždy budeme musieť pripustiť, že tento vládca nebude dobrotivý alebo múdry, a práve preto by sme sa namiesto toho mali radšej sústrediť na otázku, ako prispôbiť naše inštitúcie tak, aby tento vládca napáchal čo najmenej škôd.³⁰⁴ Pre tento smer myslenia teda nie je kľúčové to, kto prijal ústavu, ale to, aké mechanizmy kontroly moci ústava obsahuje. Posledným kritériom správnosti systému politických a právnych inštitúcií by mala byť minimalizácia ľudského utrpenia, nie maximalizácia moci určitého subjektu.

V súhrne možno povedať, že konflikt medzi parlamentom a súdmi je v teórii reflektovaný ako konflikt medzi dvoma rozdielnymi chápaniami

³⁰¹ Pozri bližšie koncept pozitívnej slobody u Isaiaha Berlina. BERLIN, I. *Two Concepts of Liberty*. In Berlin, I. *Liberty (Incorporating Four Essays on Liberty)*. Oxford: Oxford University Press. 2002, s. 169 a nasl.

³⁰² Pozri: PROCHÁZKA, R. *Lud a sudcovia v konštitučnej demokracii*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2011, s. 112 a nasl.

³⁰³ ... ktorý sa údajne ponášal na niekdajšie feudálne súdnictvo s kompetenciou vymedzenou podľa toho, kto sa do akej rodiny narodil. Bližšie pozri: Nález ÚS SR so spis. zn. Pl. ÚS 17/08 zo dňa 20. mája 2009, kde sa hovorí: „Pôsobnosť Špeciálneho súdu tak bola určená podľa princípu personality, ktorý patril k relevantným znakom určenia právomoci súdnej moci predovšetkým za feudalizmu.“ (Bod III.1)

³⁰⁴ POPPER, K. R. *Otvorená spoločnosť a její nepřítelé*, 1. sv., Praha: Oikoyemenh, 1994 s. 113–114.

práva a politiky. Ak spoločenstvo v určitej historickej situácii vníma ako svoj základný politický problém všeobecné *odcudzenie moci*, pristupuje k nemu vo forme odpovedí na otázku *Kto by mal vládnuť?*; ide mu teda v prvom rade o *založenie či obnovu moci* určitého subjektu, pričom v právnej rovine sa tento problém rieši návrhom špecifickej procedúry, v ktorej sa kreuje právotvorný orgán alebo v ktorej sa právo priamo vytvára. Teória spoločenskej zmluvy vychádzajúca z hodnoty rovnosti všetkých ako riešenie daného problému navrhuje procedúru umožňujúcu všeobecnú participáciu občanov. Keďže zavŕšením tejto procedúry dochádza k *realizácii hodnoty rovnosti všetkých*, samo o sebe ho možno chápať ako nutný a dostatočný dôvod pre vznik nového práva. Naopak ak spoločenstvo v určitej historickej situácii vníma ako svoj základný politický problém hrubé *zneužitie moci*, pristupuje k nemu vo forme odpovedí na otázku *Ako sa nemá vládnuť?*; ide mu teda v prvom rade o *obmedzenie moci* bez ohľadu na to, komu táto moc patrí, pričom v právnej praxi sa tento problém rieši stanovením negatívnych podmienok vzniku práva. Teória materiálneho jadra vychádza z premisy, podľa ktorej konštitutívne hodnoty demokratického a právneho štátu sú nedotknuteľné a ako riešenie daného problému navrhuje, aby sa neuznala platnosť tých právnych aktov, ktoré dané hodnoty popierajú. Keďže neuznaním platnosti týchto aktov dochádza k *ochrane konštitutívnych hodnôt* demokratického a právneho štátu, možno ho chápať ako oprávnené.

Hoci táto doktrínálna reflexia zapadá predovšetkým do kontextu abstraktnej kontroly ústavnosti a osobitne do debaty o posudzovaní ústavnosti ústavných zákonov, v zásade sa hodí aj na opis menej politicky citlivých konfliktov medzi parlamentom a súdnou mocou. Už len obyčajné uplatnenie aristotelovskej epikie³⁰⁵ v konkrétnom prípade možno exponovať ako stret medzi tým, čo je správne podľa legislatívnej procedúry a tým, čo je správne podľa hodnôt, o ktorých si sudca myslí, že sú konštitutívne pre právne posúdenie konkrétného prípadu. Ide o stret medzi formálno-právnou racionalitou, podľa ktorej je správne to, čo je v súlade s dopredu ustanoveným právnym textom a materiálno-právnou racionalitou, podľa ktorej je správne to, čo sa v konkrétnom prípade javí ako rozumné, spravodlivé či prospešné.³⁰⁶ Ide o stret dvoch typov argumentov: na strane parlamentu

³⁰⁵ ARISTOTELES. *Etika Nikomachova*. Praha: Petr Rezek, 2009, s. 132. ARISTOTELES. *Rétorika*. Praha: Petr Rezek, 2010, s. 82 a nasl.

³⁰⁶ K dichotómii materiálno-právna/formálno-právna racionalita pozri viac: WEBER, M. *Economy and Society – An Outline of Interpretive Sociology*. Berkeley – Los

stoja argumenty z autority (... *lebo tak to niekto povedal*), na strane súdu stoja argumenty z povahy veci (... *lebo tak sa to zdá rozumné*). Samozrejme, v dnešnej dobe založenej na hodnotovom pluralizme pôsobí koncept „vecných argumentov“ rozpačito: sudcov môže inšpirovať, demokratov naopak iritovať. Demokrat vychádzajúci z otázky *Kto má vládnuť?* sa totiž môže odôvodnene pýtať: Ak má byť nejaká norma záväzná len preto, že sa zdá byť rozumná, spravodlivá či prospešná, potom *komu* sa taká zdá byť? A kto má oprávnenie toto zdanie premeniť na spoločenskú realitu?

Výklad práva, osobitne výklad ústavy, pri ktorom sa riešia konflikty medzi verejným záujmom a ľudskými právami, si vyžaduje zodpovedať množstvo hodnotových otázok, na ktoré neexistujú objektívne platné odpovede. Pre demokrata je preto klamlivé vykresľovať konflikt medzi parlamentom a súdmi ako konflikt medzi vládou ľudu a vládou práva. Protivníkom parlamentu totiž nie je vláda práva, ale vláda sudcov, ktorí toto právo „vykladajú“. Ak teda sudca odmietne aplikovať zákon z dôvodu, že je nespravodlivý alebo nerozumný, nápadne to pripomína vládu, v ktorej „*múdri staršínovia kmeňa strážia svoje ovečky pred pokušením rozhodovať o sebe samých*“;³⁰⁷ vládu, ktorú pred viac ako dvoma tisícročiami ospevoval Platón, ktorý nedokázal znieť, aby o veciach verejného záujmu rozhodovali všetci, teda aj obyčajní ľudia, ktorí sa „*ako dobytok pozerajú iba dole, sklonení k zemi a stolu; ktorí sa len krmia a pária, z lakomstva po týchto pôžitkoch sa kopú a narážajú do seba železnými rohmi a kopytami a z nenásytosti sa navzájom zabíjajú*“.³⁰⁸ Demokrat teda povie, že súčasťou opodstatnenia súdneho rozhodnutia, ktoré ide proti moci parlamentu je nielen ochrana hodnôt, o ktorých si sudca myslí, že sú konštitutívne pre právne posúdenie konkrétneho prípadu, ale aj nedôvera v morálne či intelektuálne schopnosti priemerného občana, ktorý nie je schopný tieto hodnoty uchrániť osobnou účasťou v demokratickej procedúre tvorby práva. Demokrat, povedzme, že *populista*, zároveň vidí, že expanzia súdnej moci na úkor parlamentu je len jedným z príkladov oveľa širšieho spoločenského trendu. Celé postmoderné delenie moci vykazuje rysy *progressivizmu*, smeru, podľa ktorého je správne, aby sa veľká časť otázok verejného života riešila iba na odborných fórach, ku

Angeles – London: University of California Press, 1978, s. 656–657, 811. Pozri aj: ROTTLEUTHNER, H. *Foundations of Law*. Dordrecht: Springer, 2005, s. 55.

³⁰⁷ PROCHÁZKA, R. *Lud a sudcovia v konštitučnej demokracii*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2011, s. 126.

³⁰⁸ PLATÓN. Štát. In Platón. *Dialógy*, 2. zväzok. Bratislava: Tatran, 1990, s. 316–317.

ktorým ma prístup iba morálna a intelektuálna elita, teda nie na ulici, kde sa môže k diskutujúcim pristaviť kdekto, trebárs aj „*leďva svojprávny príživníček z umaraktovej krčmy*“.³⁰⁹ Sprievodným znakom progresivistického trendu je snaha o preformulovanie pôvodne politických otázok do otázok právnych, asi ako keď si biológ, predtým než sa pozrie do mikroskopu, nachystá preparát tak, aby v ňom neboli žiadne nánosy, ktoré by mu zakrývali pravdu o skúmanej vzorke sveta. Je však skutočne nutné, aby sudca, ktorý sa rozhodol potopiť zákon parlamentu, prechovával nedôveru voči obyčajným občanom? Nestačí mu prechovávať nedôveru len voči samému parlamentu? Nemôže byť príbeh o „špinavej“ politike a o „čistom“ práve – príbeh o dvoch mocnostiach, z ktorých prvá podstatu spravodlivosti zakrýva, zatiaľ čo tá druhá ju odhaľuje – aspoň v niektorých situáciách pravdivý?

4.4 Keď demokracia zlyháva

Demokrat či skôr populista tvrdí, že sudca nesmie vydať rozhodnutie v rozpore s textom zákona. Sudca na takéto konanie „nemá mandát“, teda nedostal naň súhlas od občanov. Rovnako ani „nie je politicky zodpovedný“, čo znamená, že zotráva vo funkcii bez ohľadu na to, či sa to páči tomu, kto ho do nej ustanovil. Pre sudcu, ktorý by sa bránil, že veď nerobí nič zlé, pretože len presadzuje spoločenské hodnoty, má demokrat nasledujúci

³⁰⁹ PROCHÁZKA, R. *Lud a sudcovia v konštitučnej demokracii*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2011, s. 120. O rozdiel medzi populistami a progresivistami pozri s. 110 a nasl. Nedôvera v masy nevzdelaného ľudu je taká stará ako demokracia sama. Ak by sme chceli antidemokratické hnutie charakterizovať vo všetkých jeho historických podobách, asi len ťažko by sme povedali, že mu ide výlučne len o progres. Záujem oligarchických vrstiev v klasickom Grécku spočíval práve v zastavení progresu, v konzervovaní spoločenskej štruktúry, ktorú Popper charakterizoval ako „kmeňovú“ či „uzavretú“. (POPPER, K. *Otvorená spoločnosť a její nepřítelé I: Uhrnutí Platónem*. Praha: Oikoymenh, 1994, s. 164 a nasl.). Teda zatiaľ čo v minulosti sa antidemokratické hnutie snažilo konzervovať spoločnosť podľa spomienky na staré zlaté časy, od osvietenstva sa toto hnutie snaží spoločnosť meniť podľa vízie svetlých zajtrajškov. V zásade však v oboch prípadoch ide o konzerváciu spoločnosti v chráme rozumu, vzdelanosti a vypočítateľnosti. Skutočnosť, že v minulosti sa pre tento účel využívala mágia, zatiaľ čo v prítomnosti sa preň využíva veda, nemá vplyv na to, že jeho dosahovanie vedie obyčajných ľudí k pocitu odcudzenia. „Pokrok spoločenskej diferenciacie a racionalizácie znamená... vcelku stále rastúci odstup tých, ktorých sa racionálne techniky a poriadky prakticky týkajú, od ich racionálnej základne, a tá im ostáva vcelku väčšmi skrytá ako „divochovi“ zmysel magických procedúr jeho čarodejníka“. WEBER, M. *K metodológii sociálnych vied*. Bratislava: Pravda, 1983, s. 164.

odkaz: Ak chceš presadzovať svoju vlastnú hodnotovú víziu sveta, uchádzaj sa o jej podporu v demokratických voľbách a ak ju získaš, máš voľné ruky. Nie preto, že tvoje hodnoty tvoria základ práva, ale preto, že tvoje hodnoty obstáli v politickom zápase, teda že získali väčšinový súhlas všetkých občanov. V nasledujúcom texte sa pokúsim ukázať, v čom sa môže takýto populista mylíť. Totiž v prvom rade (4.4.1) počíta s fikciou, podľa ktorej súhlas s osobou kandidáta do volenej funkcie automaticky implikuje súhlas s tým, čo táto osoba v danej funkcii bude robiť. V druhom rade (4.4.2) vychádza z mylného predpokladu, že priamo volený poslanec *musí vždy* niesť kvalitatívne iný druh zodpovednosti ako nikým nevolený sudca. V závere (4.4.3) sa pokúsim načrtnúť situáciu, v ktorej by nález ústavného súdu zrušujúci akt ústavodarnej moci nemusel automaticky znamenať popretie demokratického spôsobu vládnutia.

4.4.1 Nie ľud, ale parlament

V populistickom kalkule to vyzerá tak, že priamo volený parlament požíva väčšiu autoritu ako súd práve z toho dôvodu, že je prostriedkom vyjadrenia súhlasu občana so štátnou mocou. V jazyku reprezentatívnej demokracie platí, že *občania tvoria zákony* prostredníctvom svojich zástupcov. Odkiaľ však populistu berú takú dôveru v zastupiteľskú demokraciu? Nemal pravdu skôr Jean Jacques Rousseau, ktorý tvrdil, že suverénny ľud je nezastupiteľný?³¹⁰

V teórii sa hovorí, že voľby sú ustanovené pre to, aby v nich občan mohol vyjadriť svoj súhlas so štátnou mocou. V praxi je to však presne naopak: aby si štátna moc nemusela od občana pýtať súhlas, ponúkla mu inštitút volieb, v ktorých si môže vybrať osoby, ktoré budú súhlas vyjadrovať namiesto neho. Predmetom každej kreácie štátnych orgánov je v prvom rade výber osôb a až v druhom rade výber vecných programov, ktoré majú kreované orgány realizovať. Keď sa občania zúčastňujú volieb do parlamentu, na hlasovacom lístku majú uvedený zoznam mien konkrétnych kandidátov, nie zoznam činností, s ktorými súhlasia, aby ich štát v budúcnosti vykonával. Práve preto nie je vylúčené, ba možno rovno predpokladať, že občania nebudú súhlasiť so všetkým, čo štátna moc vykonáva, a to i napriek tomu, že si vyberajú osoby, ktoré túto moc riadia. Ak teda populista tvrdí, že občan súhlasí so štátnou mocou práve preto, že si vo voľbách zvolil „svojich“

³¹⁰ ROUSSEAU, J. J. *O spoločenské smlouvě neboli o zásadách státního práva*. Praha: V. Linhart, 1949, s. 106–110.

poslancov, prečo podľa rovnakej logiky netvrdí aj to, že poslanci súhlasia s rozhodnutiami ústavného súdu práve preto, že si samy vybrali „svojich“ ústavných sudcov? V tomto druhom vzťahu by mal byť súhlas o to zrejmejší, o čo viac je vecný program ústavných sudcov („rozhodovať podľa ústavy“) konkrétnejší v porovnaní s vecným programom poslancov („plniť predvolebné sľuby“). Teda v konečnom dôsledku buď platí, že ak občania nutne súhlasia so všetkými zákonmi parlamentu, tak musia súhlasiť aj so všetkými rozhodnutiami ústavného súdu, alebo platí, že ak môžu nesúhlasiť s rozhodnutiami ústavného súdu, potom môžu nesúhlasiť aj so zákonmi parlamentu.

Takáto úvaha je sama o sebe triviálna: nikto nepochybuje o tom, že v systéme reprezentatívnej demokracie musí byť miera nesúladu medzi „vôľou“ štátu a „vôľou“ občanov vyššia ako v systéme priamej demokracie. V minulosti bol tento nesúlad dokonca jedným z argumentov, vďaka ktorému sa demokracia začala uznávať ako reálna alternatíva formy vlády,³¹¹ takže jeho existencia sama o sebe nemôže byť problémom. Nesúlad medzi vstupmi (voľba poslancov) a výstupmi (prijaté zákony) je problémom až vtedy, keď naberie kritické rozmery; keď občania nevnímajú poslancov (a celkovo všetky štátne inštitúcie) ako orgány, ktoré ich reprezentujú. Niektorí autori vinia zo súčasnej krízy demokracie progresivistov, abstraktnú skupinu heterogénnych jednotlivcov, ktorých nespája nič iné, len nedôvera voči všetkému laickému vo verejnom priestore.³¹² Otázka stojí tak, či vinu za tento stav

³¹¹ Obavu z účasti ľudového živlu na legislatívnom procese sa podarilo zažehnať aj vďaka tomu, že táto účasť mala byť len nepriama. Je niečo iné, keď o zákonoch hlasujú všetci občania a keď o nich hlasujú iba tí najlepší, ktorých si občania spomedzi seba vybrali vo férovej súťaži. Volby (spočiatku obmedzené majetkovým cenzom a pohlavím) mali slúžiť ako filter, cez ktorý neprejdú osoby s príliš radikálnymi návrhmi alebo bez akejkoľvek schopnosti uvažovať aj mimo horizont svojich čisto súkromných záujmov. Ak by volby nefungovali ako prostriedok pre generovanie spoločenskej elity, potom by si nepriame demokracie pokojne vystačili s výberom poslancov na základe zberovania, čo je prostriedok, ktorý je v porovnaní s voľbami menej logisticky náročný a v ktorom sa realizuje hodnota rovnosti v oveľa väčšej miere. V zastupiteľskej demokracii sa kombinuje princíp občianskej rovnosti s princípom politickej elity, pričom nesúlad, ktorý tým vzniká medzi vôľou občanov a vôľou štátu nakoniec prispieva k stabilite celého politického systému. Porovnaj: NEUBAUER, Z. *Státověda a theorie politiky*. Praha: Jan Laichter, 1947, s. 255–274, 350–358, 416–425. WEYR, F. *Teorie práva*. Brno – Praha: Orbis, 1936, s. 278.

³¹² PROCHÁZKA, R. *Lud a sudcovia v konštitučnej demokracii*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2011, s. 112.

nenesú (aj) oveľa konkrétnejší aktéri s oveľa silnejšou motiváciou. Mám na mysli politické strany. S ohľadom na pomery v Českej republike, ktoré slovenskému prostrediu nie sú vzdialené, to celkom výstižne vyjadril Michal Klíma: „Namiesto toho, aby strany vo volebnom procese mobilizovali občanov k účasti na chode vecí verejných, sú to občania, ktorí sa mobilizujú proti etablovaným stranám a ich lídrom.“³¹³ Konečným terčom progresivistickej reakcie tak vôbec nemusí byť občan – laik; na to, aby progresivista získal skeptický pohľad na formovanie politickej vôle v niektorých stredoeurópskych demokraciách si nepotrebuje vykresľovať bežných občanov ako skazené či ľahko zmanipulovateľné stádo; stačí sa mu pozrieť na spôsob, akým sa nemalá časť „ich“ zástupcov snaží upevňovať svoju mocenskú pozíciu v rozpore s verejným záujmom: „Politické strany ako privilegované organizácie s prístupom k štátu a k verejným zdrojom si privykli obsadiť štát a správať sa k nemu ako k dobytému územiu, ako ku koristi, ktorú je potrebné rýchlo rozdeliť.“³¹⁴ Zákon, ktorý populisti chápú ako vyjadrenie vôle všetkých občanov tak nakoniec môže vyjadrovať iba vôľu jedného, dvoch či troch z nich, podľa toho, kto má aký vplyv pri delení koristi a podľa toho, či daný zákon ostrí nôž, ktorým sa táto korisť bude krájať.

Samozrejme, obraz politického života možno maľovať aj v svetlejších farbách, politika nemusí byť iba špinavou hrou o moc, ktorá skazí každého, kto sa jej zúčastní. V princípe možno vychádzať z dvoch protichodných modelov politiky – z konkurenčného a kooperačného modelu. V *konkurenčnom modeli* sa politika chápe ako boj o moc, najlepším politikom je ten, kto dokáže tejto moci získať najviac, pričom základnou stratégiou, ktorá určuje jeho správanie, je delenie ľudí na priateľov a nepriateľov.³¹⁵ Naopak

³¹³ KLÍMA, M. Zvažování rekonstrukce ústavního a politického systému v kontextu proměny role politických stran. In GERLOCH, A. – KYSELA, J. a kol. *20 let Ústavy České republiky: Ohlédnutí zpět a pohled vpřed*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2013, s. 267. (inak s. 65–283).

³¹⁴ Ibidem, s. 270. Obdobne: „Žijeme v krajine, v ktorej akákoľvek verejná právomoc nie je vnímaná ako dočasné poverenie na službu, ale ako korisť. PROCHÁZKA, R. *Snehulienka Piussi*. Dostupné na: <http://radoslavprochazka.blog.sme.sk/c/311881/Snehulienka-Piussi.html>.

³¹⁵ „Politický nepriateľ nemusí byť morálne zlý alebo esteticky škaredý; nemusí stáť v pozícii ekonomického konkurenta a dokonca môže byť výhodné vstúpiť s ním do obchodnej transakcie. Avšak aj napriek tomu je to „ten druhý“, je to cudzinec a celkom postačuje, keď je jeho povaha, v osobitne intenzívnom stupni, existenciálne niečo úplne odlišné alebo neznáme, takže v krajnom prípade je možné dostať sa s ním do konfliktu.“ SCHMITT, C. *The Concept of the Political*. Chicago – London: The

v *kooperačnom modeli* sa politika chápe ako spoločné úsilie o dosiahnutie dobra, resp. o odstránenie utrpenia. Politika („*politikos*“) je vec, ktorá sa týka každého občana³¹⁶ a jej cieľom je dosiahnuť medzi občanmi kompromis ohľadne záväzných pravidiel správania.³¹⁷ Politik je dobrý podľa toho, akou mierou dokáže osobne prispieť k dosiahnutiu tohto kompromisu, pričom jeho základnou stratégiou je dialóg. Uvedené modely sú ideálne typy, čo znamená, že v reálnom svete sa nevyskytujú vo svojej čistej forme.³¹⁸ V zásade každá politická aktivita vykazuje črty tak konkurenčného, ako aj kooperačného modelu, avšak v rôznej miere.³¹⁹ Ak je niekto presvedčený, že politika konkrétnych aktérov je špinavou hrou o moc, potom to spravida znamená, že ich politickú aktivitu vníma viac v konkurenčnom a menej v kooperačnom modeli. Takéto vnímanie pritom môže mať reálny základ: ak sme svedkami napríklad toho, že poslanci v parlamente hlasujú za zákon nie podľa jeho vecných kvalít, ale podľa osoby, ktorá ho predkladá, potom sa len ťažko ubrániť pocitu, že jednotlivé strany operujú podľa kódu „priateľ/nepriateľ“. V takomto modeli netreba o zákonoch diskutovať, pretože to, či ho predkladá priateľ („nás“) alebo nepriateľ („ich“) je väčšinou každému celkom zjavné. Napokon ak poslanci využívajú podobnú stratégiu aj pri voľbe ústavných sudcov, potom sa netreba čudovať tomu, kto nadobudne podozrenie, že niektorí z týchto sudcov rozhodujú politicky citlivé prípady (aj) podľa politickej príslušnosti navrhovateľov. Cynik by si z takéhoto podozrenia ani nerobil ťažkú hlavu; veď predsa aj politizáciu ústavného súdnictva – pokiaľ je dôsledkom politickej hry priamo volených

University of Chicago Press, 2007, s. 27. Schmitt aplikuje túto tézu na vzťah medzi jednotlivými politickými spoločenstvami („národ“, „ľud“), no možno ju zmysluplne aplikovať aj na vzťahy medzi jednotlivými skupinami („strany“) v rámci jedného spoločenstva.

³¹⁶ MARCOS, M. H. Conceptual Aspects of Legal Enlightenment in Europe. In CANALE, D. – GROSSI, P. – HOFMANN, H. (eds.) *A History of the Philosophy of Law in the Civil Law World, 1600–1900*. Dordrecht: Springer, 2009, s. 77.

³¹⁷ MILLER, D. a kol. *Blackwellova encyklopédie politického myslenia*. Brno: CDK, Proglas/JOTA, 1995, s. 378.

³¹⁸ K ideálnemu typu pozri: WEBER, M. *K metodológii sociálnych vied*. Bratislava: Pravda, 1983, s. 87–89, 95–100, 214–216.

³¹⁹ Ak niekto hodnotí politiku ako čisto konkurenčnú aktivitu, ostatní ho môžu vnímať ako paranoika so záľubou v konšpiračných teóriách; naopak ak niekto hodnotí politiku ako čisto kooperačnú aktivitu, ostatní si o ňom môžu myslieť, že je naivný a že si rád zamieňa realitu za svoje ideály.

orgánov – možno zarátať medzi tie prejavy verejnej moci, ktoré sú odsúhlasené všetkými občanmi.

Miesto, kde sa preťahuje lano medzi konkurenčným a kooperačným modelom politiky, je poslancove svedomie. Totiž politickým stranám nič nebráni v tom, aby zo stránickej kandidátky do nasledujúcich parlamentných volieb vyškrtli všetkých tých, ktorí odmietajú konkurenčný model politiky. Je preto vecou poslancovho svedomia, či sa nechá zmanipulovať v tom zmysle, že zahlasuje za všetko, čo predloží „jeho“ strana a zároveň zahlasuje proti všetkému, čo predložia „ich“ strany. Populista zrejme povie, že demokracia je charakteristická tým, že kontrolu vládcov nenecháva iba na ich vlastnom svedomí, ale že ju zveruje občanom, ktorí môžu svojich vládcov odvolať.³²⁰ Priamo volení poslanci majú mať viac moci ako sudcovia práve preto, že na rozdiel od sudcov nesú „politickú zodpovednosť“.

4.4.2 Zodpovednosť poslanca

Sudcovia na rozdiel od členov parlamentu sa občanom „z ničoho nemusia a nebudú zodpovedať“,³²¹ čo znamená, že sú „inštitucionálne imunizovaní voči potrebe usilovať o obnovu poverenia tými, ktorí ho poskytujú“. ³²² Nositeľ verejnej funkcie je politicky zodpovedný vtedy, ak je jeho zotrvanie v danej funkcii podmienené udelením súhlasu toho, kto je oprávnený ho udeliť.

Tak ako sa slobodou dokáže bezbreho opájať len ten, komu nezviera hrdlo zodpovednosť, tak ako slobodné zahryznutie do plodu stromu poznania priťažilo človeku dedičným hriechom, tak možno spojiť veľkosť verejnej moci s ťarchou zodpovednosti, ktorú nesú jej držiteľia. Čím viac zodpovednosti, tým viac moci. Preto majú mať priamo volení poslanci viac moci ako nevolení sudcovia.

Slovo „zodpovednosť“ možno použiť v rôznych významoch, pričom nie vždy je jasné, ktorý z významov má hovoriaci na mysli. Skúsme sa pozrieť, akým spôsobom funguje toto slovo v nasledujúcej vete: „*Eichmann bol zodpovedný za smrť dvoch miliónov Židov.*“³²³ Význam skúmaného výrazu sa

³²⁰ POPPER, K. *Otvorená spoločnosť a její nepřátelé I. Uhranutí Platónem*. Praha: Oikoy-menh, 1994, s. 117.

³²¹ PROCHÁZKA, R. *Lud a sudcovia v konstitučníj demokracii*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2011, s. 100.

³²² *Ibidem*, s. 107.

³²³ ROSS, A. *On Guilt, Responsibility and Punishment*. Berkeley – Los Angeles: University of California Press, 1975, s. 19.

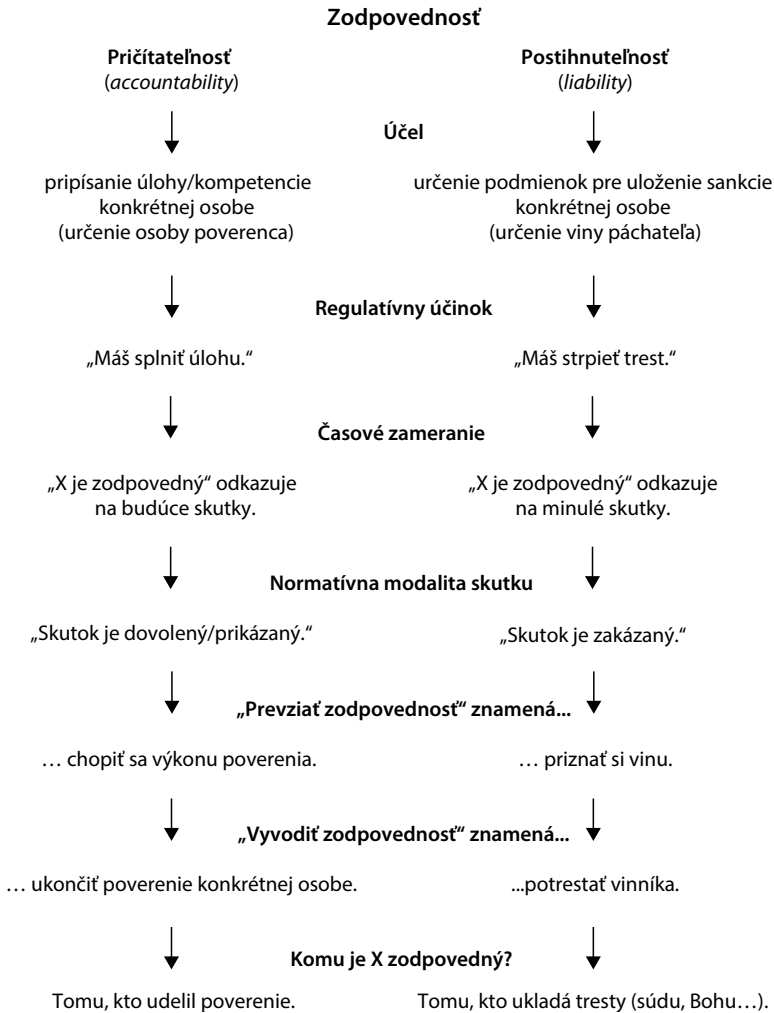
líši od kontextu, v ktorom ho používame, pričom ten možno zreteľne odlíšiť až prostredníctvom odpovede na otázku, komu bol Eichmann zodpovedný. Ak bol zodpovedný Hitlerovi, potom smrť dvoch miliónov Židov predstavuje politický cieľ a Eichmannova zodpovednosť je výrazom pre určenie konkrétnej osoby, ktorá má tento cieľ splniť. Ak bol zodpovedný pred súdom, potom smrť dvoch miliónov Židov predstavuje zločin a Eichmannova zodpovednosť je iným výrazom pre vinu, ktorá je nutnou podmienkou uloženia trestu.³²⁴

Zodpovednosť možno chápať buď ako *pričítateľnosť* alebo ako *postihnuteľnosť*, čo sú pojmy, medzi ktorými existujú výrazné rozdiely. Nasledujúce schematické znázornenie (s. 148) je pokusom o ich ilustráciu.

Termín „zodpovednosť“ dokáže fungovať ako kritérium pre určenie veľkosti moci len za predpokladu, ak ho chápeme ako postihnuteľnosť, nie pričítateľnosť. Totiž skutočnosť, že niekto bol poverený, aby niečo vykonal, sama o sebe ešte nič nehovorí o tom, aká veľká má byť moc daného poverenca v porovnaní s inými subjektmi. Rôzne subjekty sú poverené výkonom rôznych činností a ak by sme mali veľkosť ich moci merať iba podľa pričítateľnosti, zrejme by sme museli vychádzať z predpokladu, že čím dôležitejší cieľ musí poverenec dosiahnuť, tým väčšou mocou má disponovať. V takejto perspektíve by sa však pokojne dalo tvrdiť napríklad to, že ústavný súd má mať väčšiu moc ako parlament, pretože ten, kto je zodpovedný za dodržiavanie ľudských práv, bol poverený dôležitejšou úlohou ako ten, kto je zodpovedný za plnenie predvolebných sľubov. Určovať mocenské vzťahy medzi subjektmi len na základe zodpovednosti, ktorú tieto subjekty nesú, je teda možné iba vtedy, ak zodpovednosť chápeme ako postihnuteľnosť, tj. ako spôsobilosť strpieť trest uložený za nesplnenie povinnosti. Totiž, ak jeden subjekt za nesplnenie svojej povinnosti musí pykať, zatiaľ čo druhý subjekt za nesplnenie svojej povinnosti pykať nemusí, potom možno vierohodne tvrdiť, že ak sa tieto subjekty pri plnení svojich povinností dostanú do vzájomného konfliktu, prvý ho má vyhrať na úkor druhého. Pretože v našej kultúre platí, že ten, koho možno postihnúť za porušenie povinnosti, by mal mať aj právo a faktickú možnosť túto povinnosť splniť.³²⁵

³²⁴ Ibidem.

³²⁵ Na jednej strane povinnosti nesmú byť nesplniteľné (*impossibilia nulla obligatio est*), na druhej strane z každého príkazu vyplýva dovoľenie daný príkaz vykonať (implicitné dovoľenie).



Ako to vyzerá s „politickou zodpovednosťou“ priamo volených poslancov? Trik používania termínu „politická zodpovednosť“ spočíva v tom, že zatiaľ čo jeho pôvodný význam sa obmedzuje na pripísanie určitej úlohy konkrétnej osobe (určenie poverenca), v bežnej jazykovej praxi spontánne dochádza k „splynutiu“ s významom, podľa ktorého „byť politicky zodpo-

vedný“ znamená spĺňať podmienku pre uloženie sankcie (určenie vinníka). Ak sa má teda „politická zodpovednosť“ použiť ako argument v prospech moci priamo voleného parlamentu, tak potom zrejme nie v tom zmysle, že to je práve parlament, ktorého občania niečím poverili, ale v tom zmysle, že ak parlament toto poverenie nesplní riadne, tak ho občania za to potrestajú. Takto sa zdôraznením politickej zodpovednosti priamo volených poslancov odkazuje na ich spôsobilosť odpykať si trest za to, že nesplnili úlohy, ktorými ich občania poverili. Prechodom do zodpovednostného vzťahu sa politik stáva aj poverený, aj obvinený. Ľud tu už nepôsobí iba ako zdroj moci, ktorý ho poveruje výkonom nejakej funkcie, ale aj ako sudca, ktorý mu ukladá náležitý trest za to, že túto funkciu neplnil riadne. Pričítateľnosť a postihnuteľnosť sa zaplietli do jedného celku: ľud je aj poverovateľ, aj sudca; poslanec je aj poverenec, aj obvinený. Problémom tohto spletenia pojmov je však to, že odvolanie poverenia nemožno vždy chápať ako uloženie trestu.

Neúspech vo voľbách nemožno automaticky interpretovať ako sankciu uloženie zo strany voličov. Ide najmä o to, že rozhodovanie voličov je slobodné a že jeho predmetom nie je ukončenie starého poverenia ale poskytnutie nového poverenia. Veď sa len zamyslime: Môže byť volebný neúspech poslanca, ktorý do bodky splnil svoj minulý predvolebný sľub, čo najviac zo všetkých sľubov prospieval všetkým občanom štátu, interpretovaný ako trest za jeho previnenie? Príčinnú súvislosť medzi riadnym spravovaním verejných záležitostí a volebným úspechom toho, kto bol za takéto spravovanie „zodpovedný“, nemožno založiť, pretože volebné správanie je z povahy veci slobodné a nie je viazané ohľadmi na zásluhy alebo prešľapy tých, o ktorých sa rozhodovalo naposledy. Pre výsledok volieb vôbec nie je podstatná *causa* (dôvod udelenia hlasu), ale iba zavŕšená procedúra (to, že sa hlas platne udelil). Motivácia udeliť hlas niekomu inému ako tomu, koho som volil naposledy, môže byť rôznorodá a ani zďaleka nemusí mať sankčný charakter. K tomu treba dodať, že v demokratických voľbách sa nerozhoduje o strate starého mandátu, ale o poskytnutí nového mandátu, čím sa vysvetľuje, prečo vo voľbách môžu kandidovať aj také osoby, ktoré vo svojom živote neboli nikdy ničím poverené. Teda ukončenie poverenia nikdy nie je bezprostredne závislé od výsledku volieb, ale od uplynutia určitého času. Mandát bol od počiatku iba dočasný a dopredu živú nádej na jeho obnovu³²⁶ nemožno nijako prirovnáť k nádeji obvineného, ktorý

³²⁶ Porovnaj: PROCHÁZKA, R. *Ľud a sudcovia v konštitučnej demokracii*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2011, s. 109.

si zúfalo praje, aby jeho sloboda nebola obmedzená nespravodlivým rozsudkom. Technicky vzaté: ak je dôvod straty mandátu daný uplynutím času jeho trvania a súčasne ak platí zákaz jeho imperatívnej formy, teda aj zákaz ukončiť ho z moci toho, kto ho udelil, potom dočasný držiteľ mandátu nie je zodpovedný nikomu. Presnejšie: hoci mu je pričítaný poslanecký mandát, predsa len ho nemožno postihnúť, ak by tento mandát nevykonával riadne. Politickú nepostihnuteľnosť priamo voleného poslanca si možno najlepšie predstaviť na príklade človeka, ktorý sa ako nováčik dostal do parlamentu a po druhej či tretej schôdzi zistil, že ho táto práca vôbec nebaví, v dôsledku čoho sa rozhodol, že v najbližších voľbách kandidovať nebude. Takýto poslanec je nepochybne zodpovedný *za riadny chod* zákonodarnej či ústavnodarnej moci štátu, avšak vôbec nie je jasné, prečo by mal byť zodpovedný *svojim občanom*. Ak sa totiž neplánuje zúčastniť budúcich volieb, oberá ich o možnosť, aby mu uložili trest za to, že si svoje terajšie poverenie nesplní riadne. Ten, kto sa nemusí alebo nechce starať o predĺženie svojho poverenia, ten nie je zodpovedný nikomu, bez ohľadu na to, či je to poslanec alebo sudca.

A čo s tými, ktorí sa o predĺženie svojho poverenia snažia, no poverovateľ im ho aj tak neposkytol? Pripustíme, že nepredĺženie poverenia možno rozumne chápať ako trest, ktorý ukladá poverovateľ svojmu poverencovi. Možno skutočnosť, že sa poslanci „trestajú“ neúspechom vo voľbách, považovať za dostatočný dôvod na to, aby mali viac moci ako sudcovia? Tu sa zrejme treba pýtať, prečo sa vôbec starý poverenec pokúšal získať nové poverenie. Táto motivácia môže byť rôzna; Max Weber hovorí, že ten, kto sa „*zaoberá politikou, sa usiluje získať moc, a to buď moc ako prostriedok v službách iných – ideálnych či egoistických – cieľov, alebo moc „kvôli nej samej“, pre pôžitok z pocitu prestíže, ktorý mu táto moc poskytuje*“.³²⁷ Ak sa teda poslanec snaží znovu uchádzať o priazeň voličov, môže to robiť i) kvôli verejnému záujmu, pretože chce presadzovať to, čo považuje pre život všetkých občanov za správne; ii) kvôli súkromnému záujmu, pretože chce získavať osobné výhody pre seba alebo pre svojho „blízkeho“, či už je to súrodenec, priateľ, kolega, podnikateľ... iii) kvôli pachteniu po moci, či už moci vlastnej alebo moci strany, za ktorú o ňu bojuje proti svojim nepriateľom. Domnievam sa, že iba prvá z uvedených motivácií zakladá dôvod, pre ktorý by mal mať poslanec viac moci ako sudca.

³²⁷ WEBER, M. *Politika ako povolanie*. Bratislava: Spektrum, 1990, s. 11.

Teda až tu sa dostávame k zamlčanej premise, na základe ktorej možno politickú zodpovednosť chápať ako dôvod pre väčšiu moc: poverenec vidí *konečný* účel svojho poverenia v dosahovaní dobra pre poverovateľa, resp. v odstraňovaní jeho utrpenia. Nejde teda len o inštitucionálne nastavenie spôsobu, ktorým sa poverenie udeľuje, ale aj o osobnú motiváciu toho, kto sa o poverenie uchádza. V tomto svetle rozdiel medzi priamo voleným poslancom a nikým nevoleným sudcom nemusí vyzeráť tak dramaticky. Skúsme si pre účely zhrnutia porovnať „zodpovednosť“ poslanca so „zodpovednosťou“ ústavného sudcu.

Je pravda, že ústavný sudca sa „nezodpovedá“ osobám, ktoré ho ustanovili do funkcie, ale iba v tom zmysle, že tieto osoby ho nesmú z funkcie odvolať. Takáto nezodpovednosť však nie je kvalitatívne odlišná od zodpovednosti poslanca vytvorenej zákazom imperatívneho mandátu, teda zákazom odvolať poslanca počas výkonu jeho mandátu. Obidve „nezodpovednosti“ imunizujú daných funkcionárov od moci, ktorá ich do funkcie ustanovila a účel obidvoch spočíva v garancii nezávislosti ich rozhodovania. Rozdiel v daných funkciách potom spočíva v tom, že funkciou poslanca možno určitého človeka poveriť iba na kratšie časové obdobie, avšak viackrát za sebou, zatiaľ čo funkciou ústavného sudcu možno určitého človeka poveriť na dlhšie časové obdobie, avšak najviac jedenkrát.³²⁸ Aby tento rozdiel mohol zakladať dôvod, pre ktorý má mať poslanec viac moci ako ústavný sudca, je potrebné najskôr to, aby poslanec vôbec mal nejaký záujem o predĺženie svojho mandátu. Keď tento záujem nemá, občania nemajú k dispozícii žiadny inštitucionálny mechanizmus, pomocou ktorého by ho mohli „potrestať“ za to, že nevykonáva svoj mandát podľa ich predstáv. Samotný záujem poslanca o pokračovanie vo výkone mandátu však nie je dostatočným dôvodom na to, aby smel mať viac moci. Je totiž absurdné pripísať určitému orgánu väčšiu právomoc práve len a len z toho dôvodu, že jedna a tá istá osoba môže chcieť obsadiť tento orgán viackrát za sebou. Preto okrem záujmu musíme predpokladať aj osobitný motív, a síce, že poslanec má záujem o predĺžovanie svojho mandátu z dôvodu, že chce jeho prostredníctvom presadzovať to, čo považuje za správne pre všetkých občanov. Až keď je splnená aj táto podmienka, možno hovoriť o tom, že viac politickej zodpovednosti znamená zároveň aj viac moci. Skráteno: hoci je poslanec zodpovedný za riadny výkon svojho mandátu, občanom sa za ta-

³²⁸ „Tá istá osoba nemôže byť opakovane vymenovaná za sudcu ústavného súdu“. Čl. 134 ods. 3 Ústavy SR.

kýto výkon zodpovedá iba vtedy, ak si chce daný mandát predĺžiť. Možnosť predĺženia mandátu však vedie k posilneniu právomocí s ním spojených iba vtedy, ak poslanec predĺžením mandátu sleduje dosiahnutie verejného záujmu. Ak teda poslanec nesleduje verejný záujem, niet dôvodu, pre ktorý by sme mu mali pripísať viac moci ako ústavnému sudcovi.

4.4.3 Zodpovednosť občana a sudcu

Z predchádzajúcich riadkov vyplýva, že priamo volený parlament nemusí byť vždy a za akýchkoľvek okolností prostriedkom vyjadrenia súhlasu všetkých občanov so štátnou mocou. Občan mohol súhlasiť s osobou kandidáta na poslanca parlamentu, to však neznamená, že musí súhlasiť aj s tým, ako táto osoba svoju funkciu skutočne vykonáva. Zároveň platí, že ak občan nesúhlasí s tým, ako priamo zvolená osoba svoju funkciu skutočne vykonáva, nemusí to automaticky smerovať k tomu, že túto osobu v budúcnosti „vytrestá“ jej neúspechom vo voľbách. V praxi sa teda môžu vyskytnúť prípady, v ktorých populistické argumenty nemusia fungovať. Predstavme si fiktívnu situáciu, v ktorej parlament prijme ústavný zákon zasahujúci do podstatných náležitostí demokratického a právneho štátu, o ktorom sa dá rozumne a dobromyseľne predpokladať, že v ňom ústavná väčšina presadila skôr záujem politickej strany, a nie záujem všetkých občanov. Iste, možno sa sporiť o to, čo všetko je alebo nie je v záujme všetkých občanov a možno hneď namietat, že o takýchto sporoch by mali rozhodovať všetci. Skúsme však pre jednoduchosť ilustrácie predpokladať, že takýto spor by v konkrétnom prípade nebol dobromyseľný: napríklad parlament prijal ústavný zákon, ktorým odstraňuje z ústavného systému slobodnú súťaž politických síl a namiesto toho zakotvuje vedúce postavenie jednej politickej strany. V takejto situácii asi len ťažko možno tvrdiť, že občania zvrátia túto zmenu účasťou v budúcich parlamentných voľbách, pretože v tých, ak sa vôbec budú konať, sa bude hlasovať iba za tú stranu, ktorá danú zmenu navrhla. Prečo populista tvrdí, že ani v takejto situácii nemajú súdy, osobitne ústavný súd, právomoc daný zákon nerešpektovať, resp. vyhlásiť ho za neplatný? Pretože aj keby ústavný súd túto právomoc mal, nemožno rozumne očakávať, že jej uplatnenie by viedlo k vyriešeniu daného problému. Radoslav Procházka to pomenoval takto:

„... predstierať, že trinásť ľudí nás bude ochotných a schopných chrániť pred rozhodnutiami tých, ktorí týchto trinástich vybrali, a že záchrana demokratického právneho štátu pred prílišnou rozpínavosťou ústavnej väčšiny je v skupine ľudí, ktorých myslenie, charakter, životná a odborná skúsenosť,

*odolnosť voči pokušeniam atď. sa nemusí v ničom líšiť od analogickej výbavy tých, pred ktorými nám majú poskytnúť záštitu, nie je riešením problému, ale skratkovitým útekom od neho.*³²⁹

Procházka namiesto ústavného súdu navrhuje ako riešenie „motivovanú verejnosť“. Ak by určitému štátu hrozilo formálne bezchybné odstránenie jeho demokratických základov, potom vloženie poslednej nádeje na záchranu do rúk motivovanej verejnosti namiesto rúk ústavných sudcov je lepšie v tom, že táto nádej má oveľa väčšiu šancu naplniť sa. Celospoločenský občiansky aktivizmus (od využitia slobody prejavu po využitie práva na odpor), hoci je v porovnaní so súdnou kontrolou ústavnosti ústavných zákonov logisticky náročnejší, je efektívnejším prostriedkom, ako prinútiť ústavodarnú väčšinu, aby zachovala alebo obnovila právne ukotvenie podstatných náležitostí demokratického a právneho štátu. Nejde však len o otázku efektivity, ale aj o otázku pestovania občianskych cností. Starosť o demokratické základy štátu nemá ležať na pleciah ústavných sudcov alebo akejkolvek inej spoločenskej elity, ale na pleciah všetkých, pretože akákoľvek iná distribúcia tohto bremena znižuje hodnotu demokracie v očiach občanov, a teda aj ich ochotu participovať na nej a postaviť sa za ňu, ak by jej hrozil zánik.³³⁰

Argument o „motivovanej verejnosti“ môže znieť presvedčivo, no celú debatu posúva do nového kontextu. Jeho algoritmus vyzerá takto: ústavný súd *nemá mať právomoc* chrániť demokratické základy štátu pred ústavnou väčšinou, pretože proti takémuto súperovi ich jednoducho *nie je schopný* ubrániť. Inak povedané: právo má mať ten, kto je schopný si ho uhájiť, pretože právo je moc silnejšieho. Ak teda chceme zistiť, kto má akú právomoc, to najlepšie, čo môžeme urobiť, je predvídať jeho politickú silu. Politická sila jednotlivých národov sa však môže rôzniť a to, že verejnosť dokáže ubrániť demokraciu v Amerike ešte nutne nemusí znamenať, že ju dokáže ubrániť aj na Slovensku. V časti 3.3.2.d) som spomenul typológiu Johna Stuarta Milla, ktorý rozdeľoval ľudské charaktery na aktívne a pasívne. Keďže medzi charakterom jednotlivca a charakterom jeho spoločenstva existuje vzájomná podmienenosť, možno popri typológii, ktorá triedi jednotlivcov postaviť aj typológiu, ktorá triedi kultúry. Napríklad Joan Millerová robí rozdiel medzi tzv. agentickou a holistickou kultúrou. V tej prvej sa ľudia vnímajú ako

³²⁹ PROCHÁZKA, R. *Lud a sudcovia v konštitučnej demokracii*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2011, s. 99.

³³⁰ Pozri: *Ibidem*, s. 117 a nasl.

subjekty, ktoré kontrolujú svoje vlastné činy a nesú za ne zodpovednosť, v tej druhej človek vníma svoje správanie ako odraz spoločenských vzťahov, rolí a záväzkov, ktoré vytvára s veľkým počtom iných ľudí.³³¹ Niekde medzi tieto dve typológie možno vtesnať aj typológiu literárnych postáv, ktoré zobrazujú povahové črty ideálneho reprezentanta určitého národa. Presne takú vypracoval aj Procházka, keď popísal povahové rozdiely medzi Jozefom Makom a Jayom Gatsbym. Mak je „*typus tzv. bežného, azda najmä dedinského človeka, skúšaného osudom a odolávajúceho osudu kombináciou odovzdanosti, odolnosti a zapovedania si akýchkoľvek mimoriadnych očakávaní. Človeka, ktorý si nad krivdou zanádáva a zamrzí ho, ale vie, že krivdy k životu nevyhnutne patria a nijako už sa neodstanú.*“ Jay Gatsby „*naopak od sveta spravodlivosť očakáva, spravodlivosť lineárnu: úspech za snahu, zisk za risk, ako si usteliem, tak budem spať ... Takýto svet je pre aktívneho, náročného, chcejúceho hrdinu zásobárňou prísľubov, vyčerpateľnou len v miere, v akej je sám schopný vyčerpať svoje túžby a vôľu usilovať o ich naplnenie.*“³³² Ak sa teda vrátíme k obrazu motivovanej verejnosti, ktorá kladie odpor proti legálnej demontáži demokratického a právneho štátu, zrejme dospejeme k záveru, že pri aktívnom charaktere Jaya Gatsbyho žijúceho v agentickej kultúre pôsobí tento obraz ako predpoveď možného budúceho stavu, zatiaľ čo pri pasívnom charaktere Jozefa Maka žijúceho v holistickej kultúre pôsobí tento obraz skôr ako výplod fantázie. Inými slovami: ak ústavný súd nemá právo ochraňovať demokraciu proti ústavodarnej moci, lebo ju nie je schopný ochrániť, potom toto právo rovnako nemá ani ľud, ktorý pri nastolení totality ostane mlčať. Realistický kalkul je veľmi jednoduchý: právo na odpor má len ten, kto ho vie úspešne uplatniť.³³³

Diskusii zrejme prospieva, ak je zasadená do kontextu reálnej politiky: ústavný súd nás pred totalitou nezachráni a ak sa nedokáže zachrániť ani ľud sám, je to síce smutné, ale nič s tým nenarobíme. Azda je pravda aj to, že koncept „podstatných náležitostí demokratického a právneho štátu“ je

³³¹ Pozri: MILLER, J. G. Culture and the development of ever yday social explanation. In COOPER, J. *Cognitive Dissonance: Fifty Years of a Classic Theory*. London: SAGE Publications, 2007, s. 137.

³³² PROCHÁZKA, R. *Mak proti Gatsbymu: Osud, vina a zodpovednosť za škodu*. Trnava: Edition Ryba, 2009, s. 138–143.

³³³ Napokon právo ako moc silnejšieho explicitne spojil s problémom zachovania ústavy už Aristoteles: „Tá časť občianstva, ktorá chce udržať ústavu, musí byť vždy silnejšia ako tá, ktorá ju nechce.“ ARISTOTELES. *Politika*. Bratislava: Kalligram, 2006, s. 163. Pozri aj: *Ibidem*, s. 123, 205.

príliš široký na to, aby mohol založiť právomoc ústavného súdu zrušovať ústavné zákony. Napriek tomu sa domnievam, že existuje situácia, v ktorej je zásah do základov demokracie tak evidentný, že nemožno mať rozumné a dobromyseľné pochybnosti o tom, či nastal. Ide o situáciu, v ktorej formálne perfektne prijatý akt ústavodarnej moci svojim obsahom opodstatňuje uplatnenie práva občanov na odpor. Čo by mohol s takýmto aktom urobiť ústavný súd? Iste, v načrtnutých okolnostiach, ak by tento súd nebol rovno zrušený, s najväčšou pravdepodobnosťou by už bol dávno obsadený sudcami práve vznikajúcej totality. No pre prípad, že by tam ešte ostali tí z práve zanikajúcej demokracie, aký dôvod – okrem strachu z perzekúcie vlastnej osoby – by im mohol brániť v tom, aby vyhlásili zánik demokracie za neplatný a aby exekúciu tohto nálezu „zverili“ do rúk občanov? Nikto nepochybuje, že takýmto činom by ústavný sudca občanom žiadnu demokraciu nevrátil. Prečo ich však aspoň nepodporiť symbolickým gestom opretým o vieru, že právo nie je len moc silnejšieho, ale aj to, čo je správne?

4.5 Zhrnutie

Súdna tvorba práva je kompatibilná s legislatívnou tvorbou práva, čoho praktickým príkladom je právny poriadok Veľkej Británie. Ak parlament nesúhlasí s tým, aké právo súd aplikuje, môže sa rozhodnúť ho zmeniť tým, že vydá zákon. Rovnako to platí pre krajiny s ústavným súdnictvom: ak parlament nesúhlasí s tým, ako ústavný súd vykladá ústavu, môže sa z pozície ústavodarného orgánu rozhodnúť, že ústavu zmení. Príkladom tohto riešenia sú Spojené štáty. Hoci sa v oboch menovaných krajinách uznáva nadradené postavenie parlamentu, ani v jednej z nich sa nepopiera, že súdy právo tvoria a majú tvoriť. Súdna tvorba práva teda nie je *a priori* uzurpáciou moci parlamentu.

Moc parlamentu si súdy začínajú uzurpovať až vtedy, keď aplikujú právo v rozpore s jednoznačným znením zákona, typicky z dôvodu, že daný zákon považujú za nespravodlivý. V krajinách s ústavným súdnictvom sa tento konflikt posúva do otvorenejšej roviny, pričom na európskom kontinente sa dokáže vyhrotiť až do roviny, v ktorej ústavný súd posudzuje rozumnosť či spravodlivosť aktov samej ústavodarnej moci. Elementárne prvky spravodlivosti, totiž podstatné náležitosti demokratického a právneho štátu, chápu niektoré ústavné súdy ako štandardy, ktoré ležia mimo legislatívnu právomoc parlamentu. V tomto bode moc súdu prekračuje hranice, za ktorými vytvára právo, ktoré nepodlieha súhlasu občanov. Aspoň tak to vidia autori,

ktorí kladú dôraz na demokratickú procedúru tvorby práva, teda na to, aby sa právo tvorilo v priamo volenom parlamente. V súvislosti s narastajúcou mocou politických strán však možno aspoň v niektorých krajinách sledovať, že parlament svojou legislatívnou činnosťou presadzuje aj iné ako len verejné záujmy. Dokonca ani inštitút politickej zodpovednosti nemusí vždy fungovať ako efektívny nástroj zmeny vecí verejných. V krajinách s etablovanou partokraciou teda neexistuje *nutná* súvislosť medzi legislatívnou tvorbou práva a vyjadrením súhlasu občana so štátnou mocou.

Hoci koncept „podstatných náležitostí demokratického a právneho štátu“ je príliš široký na to, aby udeľoval ústavnému súdu generálnu právomoc posudzovať spravodlivosť aktov ústavodarnej moci, predsa len môže nastať situácia, v ktorej by zrušenie ústavného zákona ústavným súdom nepredstavovalo popretie demokracie. Ak by ústavodarca prijal zákon, ktorým by tak radikálne menil ústavný systém, že by to oprávňovalo občanov postaviť sa na odpor, potom niet prekážky, ktorá by bránila sudcom vyhlásiť daný zákon za neplatný a konštatovať, že odpor občanov proti nemu je oprávnený. Ak si sudca myslí, že má právomoc vyhlásiť revolúciu, nech ju radšej vyhlási otvorene. Tak mu nebude môcť nikto vyčítať, že za svoje konanie neponesie žiadnu zodpovednosť.

Záver

Základnou tézou pozitivizmu je, že právo je spoločenský fakt – ide o spoločenskú praktiku súkromných a úradných osôb spojenú s presvedčením, že je správna. Pri hľadaní špecifik tejto praktiky zohrávajú významnú úlohu práve súdy. Ak vyjdeme z predpokladu, že jedinou úlohou súdov je právo aplikovať, potom právo nájdeme tak, že sa pozrieme na to, čo súdy vo svojich rozhodnutiach aplikujú. Všeobecné druhy dôvodov, pre ktoré súdy považujú určitú normu za právnu, možno označiť ako pramene práva. Teda ak hľadáme identitu právneho systému induktívne, mlčky vychádzame z predpokladu, že súdne rozhodovanie má pre koncepciu prameňov práva konštitutívny význam. Pramene práva však nedávajú jednoznačné odpovede na všetky otázky vznesené žalobami konkrétnych strán. Proces vyvodzovania záveru zo všeobecnej normatívnej vety, eventuálne zo všeobecnej normatívnej praktiky, je aspoň do určitej miery tvorivý, teda závislý na vóli sudcu, či tento záver akceptuje alebo nie. Právo teda nemožno aplikovať bez toho, aby sa zároveň v tejto aplikácii nepokračovalo v jeho tvorbe. Túto skutočnosť možno v doktríne prameňov práva reflektovať viacerými spôsobmi: buď budeme tvrdiť, že súdne rozhodnutie spoluurčuje obsah prameňov práva, alebo budeme tvrdiť, že samé súdne rozhodnutie môže byť osobitným prameňom práva; druhá alternatíva je aktuálna najmä v prípade, ak sa súdne rozhodnutie opiera o dôvody, ktoré nemožno odvodiť z legislatívnych prameňov práva, napr. o zvyklosti, obyčaje, materiálne jadro a pod.

Kvalitatívny rozdiel medzi záväznosťou precedentov v *common law* a na kontinente nespočíva v tom, že tie prvé sú záväzné výlučne autoritatívne („formálne“), zatiaľ čo tie druhé sú záväzné výlučne argumentačne. Záväznosť akéhokoľvek prameňa práva sa opiera tak o argumenty z authority (... *pretože tak to niekto povedal*), ako aj o argumenty z povahy veci (... *pretože tak sa to zdá rozumné či spravodlivé*). Argumentačný rozmer záväznosti precedentu je daný samou povahou súdnej právomoci – každý súd má ambíciu rozhodnúť prípad tak, aby bolo zrejmé, že sa pri tom riadil nejakým dopredu daným právom, čo je tendencia, ktorá je v *common law* kultúre osobitne zdôraznená v tzv. deklaratórnej teórii súdneho rozhodnutia. Navyše normy precedentného práva regulujú nielen správanie, ale aj dôvody svojej vlastnej opodstatnenosti, čo vedie k tomu, že v zásade každý precedent možno argumentačne prelomiť, resp. možno aspoň zmeniť rozsah jeho pôsobnosti. Naopak autoritatívny rozmer záväznosti precedentu je prítomný aj v kontinentálnej kultúre, v ktorej vrcholové súdy opierajú svoju

právo tvornú právomoc o postavenie v súdnej hierarchii, o povinnosť odstraňovať rozpory v judikatúre a eventuálne aj o presvedčivosť svojho „ustanovujúceho príbehu“. Špecifiká záväznosti toho-ktorého prameňa práva sú nakoniec dané rôznosťou miery (intenzity), v ktorej sa daný prameň o uvedené druhy dôvodov opiera. Napokon moderná komparácia precedentov z rôznych právnych kultúr má podobu analýzy, v ktorej sa záväznosť chápe ako premenná kategória závislá od celého radu rôznych faktorov.

Existujú rôzne motívy, kvôli ktorým právnici nasledujú predchádzajúce súdne rozhodnutia, napríklad sudca si chce zjednodušiť prácu alebo advokát chce vyhrať súdny spor. Napriek uvedenému možno odôvodnene predpokladať, že ak právnici precedenty nasledujú, skôr či neskôr nadobudnú presvedčenie, že to robia nie kvôli osobným výhodám, ale kvôli tomu, že je to tak správne. Totiž ak normu chápeme ako reálnu entitu, teda ako vieru konkrétneho jednotlivca v to, čo je správne, potom možno tvrdiť, že normy vznikajú a menia sa aj podľa toho, ako sa správa jednotlivec, ktorý v ne verí. Ľudia, osobitne právnici, tvarujú normy a ich jazykové vyjadrenie podľa trvalých vzorcov svojho vlastného správania, a to z dôvodu, že majú vnútornú tendenciu vlastné správanie vnímať ako správne. Táto tendencia z dlhodobého hľadiska upevňuje presvedčenie o tom, že nasledovanie precedentov je správne „o sebe“. Podobným spôsobom možno vysvetliť aj to, prečo v zásade všetci sudcovia veria, že vo svojich rozhodnutiach aplikujú dopredu stanovené právo, aj keď je niekedy zjavné, že to, čo aplikujú, vytvorili oni sami.

Navzdory uvedenému nemožno tvorbu súdnych precedentov *apriori* považovať za uzurpáciu legislatívnej moci parlamentu. Parlament sa môže kedykoľvek rozhodnúť, že zmení právo, ktoré súdy vytvárajú, čo však samo o sebe neznamená, že tvorbu precedentov zatracuje ako nežiaduci jav. Moc parlamentu si súdy začínajú uzurpovať až vtedy, keď aplikujú právo v rozpore s jednoznačným znením zákona, typicky z dôvodu, že daný zákon považujú za nespravodlivý. Takáto súdna tvorba práva sa oprávnene kritizuje ako nelegitímna či nedemokratická. Populistické argumenty proti expanzii súdnej moci však nemusia mať univerzálnu platnosť. Monopolizácia moci v rukách politických strán oslabuje funkčnosť mechanizmov, pomocou ktorých sa obmieňa personálne obsadenie štátnych orgánov a vecné zameranie ich činnosti. Je len prirodzené, že za takýchto okolností súdna moc expanduje na úkor moci zákonodarnej, či už je to spôsobené nedôverou súdov voči schopnosti systému udržať politický boj v medziach demokratických pravidiel, alebo samým politickým bojom, ktorého súčasťou je aj obsadzo-

vane súdov, obzvlášť ústavného súdu, osobami politicky spriaznenými. V najviditeľnejšej podobe súdna moc expanduje v rámci abstraktnej kontroly ústavnosti, kde sa daný mocenský konflikt vyhocuje do otázky, či má ústavný súd právomoc preskúmať akty ústavodarnej moci. V zásade existuje len jeden mysliteľný prípad, v ktorom by zrušenie aktu ústavodarnej moci ústavným súdom bolo obhájiteľné aj z populistickej perspektívy. Ide o prípad, v ktorom prijatý ústavný zákon odstraňuje „demokratický poriadok základných ľudských práv a slobôd“. Praktický účinok nálezu, ktorým by bol takýto zákon zrušený, by spočíval len v jeho symbolike. Sudcovia by ním vyslali signál, že prípadný občiansky odpor proti štátnej moci považujú za oprávnený.

To už sa však dostávame k námetu, ktorý sa hodí skôr pre autorov beletristickej literatúry. Medzi cynika presvedčeného o tom, že „zákon je nerest, bohatstvo, delá, trusty, strany“ a ironika, podľa ktorého sudcovia rozhodujú prípady len tak, „aby im to bolo zábavné“, možno posadiť tragéda, ktorý sudcovi dáva moc nad zákonom iba za podmienky, že bude za jej využitie pykať.

Literatúra

- AARNIO, A. *Essays on the Doctrinal Study of Law*. Dordrecht: Springer, 2011.
- ALEXY, R. – DREIER, R. Precedent in the Federal Republic of Germany. In MACCORMICK, N. – SUMMERS, R. (eds.) *Interpreting Precedents – A Comparative Study*. Aldershot: Ashgate, 1997, s. 17–64.
- ALEXY, R. Interpretace práva a právní jistota. In GERLOCH, A. – TRYZNA, J. – WINTR, J. (eds.) *Metodologie interpretace práva a právní jistota*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2012, s. 123–136.
- ANDERSON, L. The Problem of Politics and Appointments to the Federal Bench: Looking to England for Guidance in Creating a Less Politicized Process. In *New England Law Review*, vol 47, Issue 3, 2013, s. 653–679.
- ARISTOTELES. *Politika*. Bratislava: Kalligram, 2006.
- ARISTOTELES. *Etika Nikomachova*. Praha: Petr Rezek, 2009.
- ARISTOTELES. *Rétorika*. Praha: Petr Rezek, 2010.
- AUSTIN, J. *The province of jurisprudence determined*. Cambridge: Cambridge University Press, 2001.
- BARÁNY, E. *Pojmy dobrého práva*. Bratislava: Eurokódex, 2007.
- BENTHAM, J. *The Works of Jeremy Bentham*, vol. 5. London: Simplin, Marshall & Co., 1843.
- BENTHAM, J. *The Works of Jeremy Bentham*, vol. 6. London: Simplin, Marshall & Co., 1843.
- BERLIN, I. Two Concepts of Liberty. In Berlin, I. *Liberty (Incorporating Four Essays on Liberty)*. Oxford: Oxford University Press, 2002.
- BLACKSTONE, W. *Commentaires on the Laws of England in Four Books*, vol. 1. Philadelphia: J. B. Lippincott Company, 1893.
- BOBEK, M. Úvahy o uveřejňování soudních rozhodnutí. In *Právní rozhledy*, roč. 19, č. 11, 2010, s. 396–402.
- BRAMAN, D. – KAHAN, D. M. – HOFFMAN, D. A. Some Realism about Punishment Naturalism. In *The University of Chicago Law Review*, vol. 77, no. 4, 2010, s. 1531–1609.
- BROŽEK, B. Právní jistota jako strukturální stabilita. In GERLOCH, A. – TRYZNA, J. – WINTR, J. (eds.) *Metodologie interpretace práva a právní jistota*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2012, s. 145–155.
- BURKE, E. *Reflections on The French Revolution*. London: J. M. Dent, 1951.
- BÜHLMANN, M. – KUNZ, R. Confidence in the Judiciary: Comparing the Independence and Legitimacy of Judicial Systems. In *West European Politics*, vol. 34, no. 2, 2011, s. 317–345.
- CAENEGEM, R. C. *Judges, Legislators and Professors: Chapters in European Legal History*. Cambridge: Cambridge University Press, 1987.
- COLLINS, P. M. Cognitive Dissonance on the U.S. Supreme Court. In *Political Research Quarterly*, vol. 64, 2011, s. 362–376.

- COOPER, J. *Cognitive Dissonance: Fifty Years of a Classic Theory*. London: SAGE Publications, 2007.
- DAVID, R. – BRIERLEY, J. E. C. *Major Legal Systems in the World Today*, 2nd ed. London: Stevens & Sons, 1978.
- de CRUZ, P. *Comparative Law In a Changing World. Second edition*. London – Sydney: Cavendish Publishing, 1999.
- DRGONEC, J. Súdna tvorba práva ako prostriedok uplatnenia zákona, zabezpečenia spravodlivosti a právnej istoty. In *Justičná revue*. roč. 60, č. 5, 2008, s. 711–727.
- DUXBURY, N. *The Nature and Authority of Precedent*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.
- DÜRRENMATT, F. *Podezření*. Praha: Odeon, 1989.
- DWORKIN, R. *Když se práva berou vážně*. Praha: Oikoymenh, 2001.
- ENG, S. The Doctrine of Precedent in English and Norwegian Law: Some Common and Specific Features. In *Scandinavian Studies in Law*, vol. 39, 2000, s. 276–324.
- ENG, S. *Analysis of Dis/agreement – with Particular Reference to Law and Legal Theory*. Dordrecht: Kluwer, 2003.
- ERRERA, A. The Role of Logic in the Legal Science of the Glossators and Commentators. In PADOVANI, A. – STEIN, P. (eds.). *The Jurists' Philosophy of Law from Rome to the Seventeenth Century*. Dordrecht: Springer, 2007, s. 79–156.
- ESQUIROL, J. L. René David: At the Head of the Legal Family. In RILES, A. (ed.) *Rethinking the Masters of comparative law*. Oxford – Portland: Hart Publishing, 2001, s. 212–237.
- FESTINGER, L. *A Theory of Cognitive Dissonance*. Stanford: Stanford University Press, 1985.
- FÜLÖP-MILLER, R. *Vůdcové, snílci a rebelové – sny o tužbách lidstva*. Praha: Nakladatelství Jos. R. Vilímek, 1935.
- GERLOCH, A. Problémy interpretace a argumentace v soudobé právní teorii a právní praxi. In GERLOCH, A. – MARŠÁLEK, P. (eds.) *Problémy interpretace a argumentace v soudobé právní teorii a právní praxi*. Praha: Eurolex Bohemia, 2003, s. 13–32.
- GREENE, J. P. Law and the Origins of the American Revolution. In GROSSBER, M. – TOMLINS, CH. (eds.) *The Cambridge History of Law in America*, vol. 1. Cambridge University Press, 2008.
- HAMILTON, A. – MADISON, J. – JAY, J. *Listy federalistov*. Bratislava: Kalligram, 2002.
- HANSEN, M. H. The Tradition of the Athenian Democracy A. D. 1750–1990. In *Greece & Rome*. 2nd Series, vol. 39, no. 1, 1992, s. 14–30.
- HARVÁNEK, J. a kol. *Teorie práva*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2008.
- HART, H. L. A. *Pojem práva*. Praha: Prostor, 2004.
- HATHAWAY, O. A. Path Dependence in the Law: The Course and Pattern of Legal Change in a Common Law System. In *Iowa Law Review*, vol. 86, 2001, s. 601–661.

- HATTENHAUER, H. *Evropské dějiny práva*. Praha: C. H. Beck, 1998.
- HAYEK, F. A. *Právo, zákonodárství a svoboda*. Praha: Academia, 1998.
- HOBBS, T. *Leviathan aneb látka, forma a moc státu církevního a politického*. Praha: Oikoymenh, 2009.
- HOLLÄNDER, P. *Filosofie práva*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2006.
- HOLLÄNDER, P. *Základy všeobecné státovědy*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2009.
- HUME, D. *A Treatise of Human Nature*, vol. 2. London: Dent & Sons, 1962.
- CHAPMAN, B. Law Incommensurability, and Conceptually Sequenced Argument. In *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 146, no. 5, 1998, s. 1487–1528.
- CHENG, B. Custom: The Future of General State Practice in a Divided World. In MacDONALD, R. – JOHNSTON, D. (eds.) *The Structure and Process of International Law: Essays in Legal Philosophy, Doctrine and Theory*. Hague – Boston – Lancaster: Martinus Nijhoff Publishers, 1983, s. 513–554.
- JELLINEK, G. *Všeobecná státověda*. Praha: Jan Laichter, 1906.
- KANT, I. *Základy metafyziky mravov*. Bratislava: Kalligram, 2004.
- KÁČER, M. Prečo zotrvať pri rozhodnutom? Kritika dichotomického myslenia. In *Právny obzor*. roč. 96, č. 2, 2013, s. 137–148.
- KELSEN, H. *Society and Nature: A Sociological Inquiry*. Chicago: The University of Chicago Press, 1943.
- KELSEN, H. Foundations of Democracy. In *Ethics*. roč. 66, č. 1, 1955, s. 1–101.
- KELSEN, H. *General Theory of Law and State*. New Brunswick – New Jersey: Transaction Publishers, 2006.
- KELSEN, H. *Pure Theory of law*. New Jersey: The Lawbook Exchange, 2008.
- KELSEN, H. *Všeobecná teorie norem*. Brno: Masarykova univerzita, 2000.
- KLÍMA, M. Zvažování rekonstrukce ústavního a politického systému v kontextu proměny role politických stran. In GERLOCH, A. – KYSELA, J. a kol. *20 let Ústavy České republiky: Ohlédnutí zpět a pohled vpřed*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2013, s. 265–283.
- KRSKOVÁ, A. *Dejiny politickej a právnej filozofie*. Bratislava: Iura Edition, 2011.
- KÜHN, Z. – BOBEK, M. – POLČÁK, R. (eds.) *Judikatura a právní argumentace*. Praha: Auditorium, 2006.
- LACLAVÍKOVÁ, M. Právna obyčaj – prameň práva na území Slovenska v období medzivojnovy Československa. In *Historia et theoria iuris*. roč. 2, č. 4, 2010, s. 22–35.
- LEIBNIZ, G. W. *Theodicea*. Praha: Oikoymenh, 2004.
- LUHMANN, N. *Law as a Social System*. Oxford: Oxford University Press, 2004.
- LOBBAN, M. *A History of the Philosophy of Law in the Common Law World, 1600–1900*. Dordrecht: Springer, 2007.
- LUBY, Š. *Dejiny súkromného práva na Slovensku*, 2. vyd. Bratislava: Iura Edition, 2002.
- MALENOVSKÝ, J. *Mezinárodní právo veřejné (jeho obecná část) a poměr k jiným právním systémům, zvláště k právu českému*. Brno: Doplněk, 2008.

- MARCOS, M. H. Conceptual Aspects of Legal Enlightenment in Europe. In CANALE, D. – GROSSI, P. – HOFMANN, H. (eds.) *A History of the Philosophy of Law in the Civil Law World, 1600 – 1900*. Dordrecht: Springer, 2009, s. 69–134.
- MACCORMICK, N. – WEINBERGER, O. *An Institutional Theory of Law: New Approaches to Legal Positivism*. Dordrecht: D. Reidel Publishing Company, 1992.
- MELZER, F. *Metodologie nalézání práva: Úvod do právní argumentace*, 2. vyd. Praha: C. H. Beck, 2011.
- MILL, J. S. *On Representative Government*. London: The Electric Book Company, 2001.
- MILLER, D. a kol. *Blackwellova encyklopedie politického myšlení*. Brno: CDK, Proglas/JOTA, 1995.
- MINDUS, P. *A Real Mind: The Life and Work of Axel Hägerström*. Dordrecht: Springer, 2009.
- MISHKIN, P. J. The Supreme Court, 1964 Term. In *Harvard Law Review*, vol. 79, 1965, s. 56–211.
- MONTESQUIEU, Ch. S. *Duch zákonov*. Bratislava: Tatran, 1989.
- MONTESQUIEU, Ch. S. *Perzské listy*. Bratislava: Vydavateľstvo Spolku slovenských spisovateľov, 2009.
- MORAWSKI, L. – ZIRK-SADOWSKI, M. Precedent in Poland. In MacCORMICK, D. N. – SUMMERS, R. S. (eds.) *Interpreting Precedents: A Comparative Study*. Aldershot: Ashgate/Dartmouth, 1997, s. 219–258.
- NEUBAUER, Z. *Státověda a theorie politiky*. Praha: Jan Laichter, 1947.
- NIETZSCHE, F. *Genealogie morálky*. Praha: Aurora, 2002.
- OLIVECRONA, K. *Law as Fact*, 2nd ed. London: Stevens & Sons, 1971.
- OPETT, L. Prípustnosť dovolania na základe rozhodnutia odvolacie súdu, 1. časť. In *Bulletin slovenskej advokácie*. roč. 16, č. 3, 2010, s. 8–14.
- ORTH, J. Blackstone's Rules on the Construction of Statutes. In Prest, W. (ed.) *Blackstone and his Commentaries. Biography, Law, History*. Oxford – Portland: Hart Publishing, 2009, s. 79–90.
- PARKER, K. M. *Common Law, History, and Democracy in America, 1790–1900: Legal Thought before Modernism*. Cambridge: Cambridge University Press, 2011.
- PATTARO, E. *The Law and the Right – A Reappraisal of the Reality that Ought to Be*. Dordrecht: Springer, 2005.
- PENNINGTON, K. Politics in Western Jurisprudence. In PADOVANI, A. – STEIN, P. (eds.) *The Jurists' Philosophy of Law from Rome to the Seventeenth Century*. Dordrecht: Springer, 2007, s. 157–212.
- PECZENIK, A. *Scientia Juris: Legal Doctrine as Knowledge of Law and as a Source of Law*. Dordrecht: Springer, 2005.
- PECZENIK, A. *On Law and Reason*. Dordrecht: Springer, 2008.
- PERRY, S. R. Judicial Obligation, Precedent and the Common Law. In *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 7, no. 2, 1987, s. 215–257.

- PICKEL, A. Never Ask Who Should Rule: Karl Popper and Political Theory. In *Canadian Journal of Political Science*, vol. 22, No. 1, 1989, s. 83–105.
- PINZ, J. K otázce legality právního výkladu v moderním právním státě. In GERLOCH, A. – TRYZNA, J. – WINTR, J. (eds.) *Metodologie interpretace práva a právní jistota*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2012, s. 321–336.
- PLATÓN. Štát. In Platón: *Dialógy*, 2. zväzok. Bratislava: Tatran, 1990.
- POPPER, K. *Otvorená spoločnosť a její nepřátelé I: Uhrnutí Platónem*. Praha: Oikoymenh, 1994.
- PROCHÁZKA, R. *Dobrá vůľa, spravodlivý rozum*. Bratislava: Kalligram, 2005.
- PROCHÁZKA, R. *Mak proti Gatsbymu: Osud, vina a zodpovednosť za škodu*. Trnava: Edition Ryba, 2009.
- PROCHÁZKA, R. *Lud a sudcovia v konštitučnej demokracii*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2011.
- PROCHÁZKA, R. *Snehulienka Piussi*. Dostupné na: <http://radoslavprochazka.blog.sme.sk/c/311881/Snehulienka-Piussi.html>.
- PROCHÁZKA, R. – KÁČER, M. *Teória práva*. Bratislava: C. H. Beck, 2013.
- PRUSÁK, J. *Teória práva*. Bratislava: Vydavateľské oddelenie PF UK, 1999.
- PRUSÁK a kol. Sociologicko-právny výskum prameňov práva a justifikácia súdnych rozhodnutí. In *Acta Universitatis Tyrnaviensis, Iuridica*. Bratislava: Iura Edition, 2007, s. 5–140.
- PŘIBÁŇ, J. – HOLLÄNDER, P. A kol. *Právo a dobro v ústavní demokracii: polemické a kritické úvahy*. Praha: Sociologické nakladatelství, 2011.
- RAZ, J. The Identity of Legal Systems. In *California Law Review: A Tribute to Hans Kelsen*, vol. 59, no. 3, 1971, s. 795–815.
- RAZ, J. Legal Principles and the Limits of Law. In *The Yale Law Journal*, vol. 81, no. 5, 1972, s. 823–854.
- RAZ, J. *Authority of Law: Essays on Law and Morality*. Oxford: Oxford University Press, 1979.
- RAZ, J. *Practical Reason and Norms*. New York: Oxford University Press, 2002.
- ROSS, A. Tü-Tü. In *Scandinavian Studies in Law*. 1957, vol. 1, s. 137–153.
- ROSS, A. On Guilt, Responsibility and Punishment. Berkeley-Los Angeles: University of California Press, 1975.
- ROSS, A. *On Law and Justice*. New Jersey: The Lawbook Exchange, 2004.
- ROTTLEUTHNER, H. *Foundations of Law*. Dordrecht: Springer, 2005.
- ROUSSEAU, J. J. *O spoločenské smlouvě neboli o zásadách státního práva*. Praha: V. Linhart, 1949.
- SARTOR, G. Legal concepts as inferential nodes and ontological categories. In *Artif. Intell. Law*. 2009, vol. 17, s. 217–251.
- SENECA. *Ad Lucilium Epistulae Morales*, vol. 3. London: William Heinemann, 1925.
- SHINER, R. A. *Legal Institutions and the Sources of Law*. Dordrecht: Springer, 2005.
- SHELLE, K. a kol. *Právní dějiny*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2007.

- SCHMITT, C. *The Concept of the Political*. Chicago – London: The University of Chicago Press, 2007.
- SCHMITT, C. *Constitutional Theory*. London – Durham: Duke University Press, 2008.
- SCHOPENHAUER, A. *Svět jako vůle a představa*, zv. 1. Nová tiskárna Pelhřimov, 1998.
- SCHOPENHAUER, A. *Svět jako vůle a představa*, zv. 2. Nová tiskárna Pelhřimov, 1998.
- SCHOPENHAUER, A. *O vůli v přírodě a jiné práce*. Praha: Academia, 2007.
- SILTALA, R. *A Theory of Precedent: From Analytical Positivism to a Post-Analytical Philosophy of Law*. Oxford: Hart Publishing, 2000.
- SOBEK, T. *Argumenty teorie práva*. Praha: Ústav státu a práva, 2008.
- SOBEK, T. *Právní myšlení: kritika moralismu*. Praha: Ústav státu a práva, 2011.
- SPINOZA, B. *Etika*. Praha: dybbuk, 2004.
- SVÁK, J. *Súdna moc a moc sudcov na Slovensku*. Bratislava: Eurokódex, 2011.
- TARUFFO, M. Institutional Factors Influencing Precedents. In MACCORMICK, N. – SUMMERS, R. S. (eds.) *Interpreting Precedents – A Comparative Study*. Aldershot: Ashgate, 1997, s. 437–460.
- TOCQUEVILLE, A. *O demokracii v Amerike*. Bratislava: Kalligram, 2006.
- TURPIN, C. – TOMKINS, A. *British Government and the Constitution*, 6th ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2007.
- VEČEŘA, M. Soudcovské dotváření práva. In GERLOCH, A. – TRYZNA, J. – WINTNER, J. (eds.) *Metodologie interpretace práva a právní jistota*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2012, s. 221–234.
- VOIGT, S. – BIALY, N. E. *Identifying the Determinants of Judicial Performance: Taxpayers' Money Well Spent?* (2013), Zdroj: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2241224
- WATSON, A. Legal Culture v. Legal Tradition. In HOECKE, M. V. (ed.) *Epistemology and Methodology of Comparative Law*. Oxford: Hart Publishing, 2004, s. 1–6.
- WEINBERGER, O. The Expressive Conception of Norms: An Impasse for the Logic of Norms. In *Law and Philosophy*, vol. 4, No. 2, 1985, s. 165–198.
- WEBBER, J. A Law Unto Onself. In *The Philosophical Quarterly*, vol. 62, 2012, s. 170–189.
- WEBER, M. *Economy and Society – An Outline of Interpretive Sociology*. Berkeley-Los Angeles-London: University of California Press, 1978.
- WEBER, M. *K metodológii sociálnych vied*. Bratislava: Pravda, 1983.
- WEBER, M. *Politika ako povolanie*. Bratislava: Spektrum, 1990.
- WEBER, M. *Autorita, etika a spoločnosť: pohľad sociologa do dejín*. Praha: Mladá fronta, 1997.
- WEINBERGER, O. *Alternatívni teorie jednání*. Praha: Filosofie, 1997.
- WEYR, F. *Základy filosofie právní: Nauka o poznávání právnickém*. Brno: Nakladatel A. Píša, 1920.

- WEYR, F. *Úvod do studia právnického: Normativní theorie*. Brno: Právník, 1946.
- WILLS, G. Úvod. In HAMILTON, A. – MADISON, J. – JAY, J. *Listy federalistov*. Bratislava: Kalligram, 2002.
- ZAKIM, M. Creating a Democracy of Common Man. In ADAMS, S. P. (ed.) *A Companion to the Era of Andrew Jackson*. West Sussex: Wiley-Blackwell, 2013, s. 170–193.
- ZWEIGERT, K. – KÖTZ, H. *An Introduction to Comparative Law*, vol. 1, 2nd ed. Oxford: Oxford University Press, 1987.

