

**UNIVERZITA KOMENSKÉHO V BRATISLAVE
PRÁVNICKÁ FAKULTA**

**NÁSTROJE VYPLŇANIA MEDZIER V PRÁVE
DIPLOMOVÁ PRÁCA**

Študijný program : právo (jednoodborové štúdium, magisterský II. st., denná forma)

Študijný odbor: 3.4.1 právo

Školiace pracovisko: PraF. KTP - Katedra teórie práva a sociálnych vied

Školiteľ: JUDr. Mgr. Michal Mrva, LL.M, PhD.

Bratislava 2013

Bc. Slavomíra Henčeková

Zadanie školského diela
Univerzita Komenského v Bratislave
Právnická fakulta

ZADANIE

Meno a priezvisko študenta: Slavomíra Henčeková

Študijný program: právo

Študijný odbor: 3.4.1 právo

Typ záverečnej práce: diplomová

Jazyk záverečnej práce: slovenský

Sekundárny jazyk: anglický

Názov: Nástroje vyplňania medzier v práve

Cieľ práce: sumarizácia rozmanitých nástrojov vyplňania medzier v zákone, ako aj načrtnutie najaktuálnejších problémov spojených s touto problematikou v praxi spolu s ich riešeniami pomocou aplikácie teoretických poznatkov

Školiteľ: JUDr. Mgr. Michal Mrva, LL.M, PhD.

Katedra: Teórie práva a sociálnych vied

Vedúci katedry: JUDr. Nadežda Vaculíková, PhD.

Spôsob sprístupnenia elektronickej verzie práce: PDF

Dátum zadania:

Dátum schválenia:

.....
vedúca katedry

.....
študent

.....
školiteľ

Dátum potvrdenia finálnej verzie práce, súhlas s jej odovzdaním (vrátane spôsobu sprístupnenia)

.....
vedúca katedry

POĎAKOVANIE

Za odbornú pomoc pri vypracovaní tejto diplomovej práce, usmernenie, motiváciu, podporu a konštruktívne pripomienky by som sa rada poďakovala svojmu školiteľovi JUDr. Mgr. Michalovi Mrvovi, LL. M, PhD.

ABSTRAKT

HENČEKOVÁ, Slavomíra: NÁSTROJE VYPLŇANIA MEDZIER V PRÁVE. [Diplomová práca]. Univerzita Komenského v Bratislave. Právnická fakulta: Katedra teórie práva a sociálnych vied. Školiteľ: JUDr. Mgr. Michal Mrva, LL.M, PhD. Bratislava: PraF UK, 2013. Počet strán: 51

Práca sa zaoberá nástrojmi vyplňania medzier v práve, resp. v zákone. Jej cieľom je vysvetliť nielen tie nástroje, ktoré sa tradične uvádzajú v literatúre, ale najmä tie, ktoré sa s medzerami v práve spájajú menej frekventovane, ak vôbec. Práca sa v úvode venuje existencii medzier v práve, resp. v zákone a načrtáva ich unikátnu klasifikáciu. V ďalšej časti už objasňuje fungovanie nástrojov vyplňania medzier v zákone s pomocou rozsiahlej aktuálnej domácej aj zahraničnej judikatúry, právnych predpisov a literatúry najmä od zahraničných autorov. Rozoberanými nástrojmi práce sú analógia zákona, analógia práva, teleologická redukcia, *argumentum per eliminationem*, *argumentum ad absurdum*, ústavne konformný výklad a test proporcionality. Práca rozoberá aj problematiku sudcovskej tvorby práva, jej hranice, rozhodovanie súdov *contra legem* a právne princípy. Najväčším významom tejto práce je nielen jedinečná sumarizácia rozmanitých nástrojov vyplňania medzier v zákone, ale aj načrtnutie najaktuálnejších problémov spojených s touto problematikou v praxi spolu s ich riešeniami pomocou aplikácie teoretických poznatkov.

KLÚČOVÉ SLOVÁ: medzery v práve, nástroje vyplňania medzier, právne princípy, test proporcionality

ABSTRACT

HENČEKOVÁ, Slavomíra: TOOLS OF FILLING GAPS IN LAW. [Master thesis]. Comenius University in Bratislava. Faculty of Law: Department of Legal Theory and Social Sciences. Trainer: JUDr. Mgr. Michal Mrva, LL.M, PhD. Bratislava: PraF UK, 2013. Number of pages: 51

The thesis deals with the tools of filling gaps in law, respectively with gaps in statutes. Its aim is to explain not only these tools which are traditionally mentioned in literature but mostly these which are bound with gaps in law only rarely, if at all. The thesis handles in the beginning with the question of the existence of gaps in law and drafts its unique classification. In the next parts, it already clarifies the functioning of the tools of filling gaps in statutes with the help of the extensive amount of current case law (domestic and also foreign), statutes and literature mostly from foreign authors. Mentioned and explained tools are *analogia iuris*, *analogia legis*, teleological reduction, *argumentum per eliminationem*, *argumentum ad absurdum*, constitutionally conforming interpretation and proportionality test. The thesis also deals with the topics of judge making law, its borders, *contra legem* decision making and legal principles. The importance of this thesis is not only the unique summary of different tools of filling gaps in statutes, but also a draft of the most current problems connected with this topic in practice and also their solutions through the application of the theoretical knowledge.

KEY WORDS: gaps in law, tools of filling gaps, legal principles, proportionality test

PREDHOVOR

Prácu zaoberajúcu sa nástrojmi vyplňania medzier v práve som si vybrala z toho dôvodu, že sa tejto problematike ucelene nevenuje takmer žiadna pozornosť, pričom ide o súbor inštitútov, ktoré majú v súčasnej rozhodovacej činnosti súdov ale aj iných orgánov aplikácie práva značný význam so stúpajúcou tendenciou. Cieľom tejto práce je jedinečná sumarizácia rozmanitých nástrojov vyplňania medzier v zákone, ako aj načrtnutie najaktuálnejších problémov spojených s touto problematikou v praxi spolu s ich riešeniami pomocou aplikácie teoretických poznatkov. V širšom kontexte má práca za cieľ dokázať, že poznatky teórie a filozofie práva sú nielen využiteľné v praxi, ale aj v praxi veľmi nápomocné, keďže pomáhajú hlbšie pochopiť určitý problém a nájsť preň logické riešenie postavené na dostatočných racionálnych argumentoch.

Práca čerpá najmä zo zahraničnej, konkrétne českej literatúry, prevažne z rozhodnutí českého Ústavného súdu. Práve český Ústavný súd často argumentuje právnymi princípmi a vôbec inštitútmi teórie práva a prikláňa sa k prirodzenoprávnemu nazeraniu na právo, ktoré je vlastné aj autorke tejto práce. Dôvodom takéhoto postoju k právu je hlboká úcta k spravodlivosti a k morálke, ktoré nie sú vždy vlastné písanému textu právnych predpisov, ale ktoré by sa mali vždy prejaviť v reálnom živote a to práve prostredníctvom právnych princípov a inštitútov na nich založených. Práca nečerpá len z českých, ale aj iných zahraničných zdrojov. Stav rozpracovania problematiky nielen nástrojov vyplňania medzier v práve, ale vôbec všeobecne medzier v práve je v podmienkach Slovenskej republiky nedostatočný, čo sa odráža aj v rozhodovacej činnosti súdov, ktoré si zatiaľ neosvojili argumentáciu takej kvality ako napríklad v susednej Českej republike. Preto je ďalším z cieľov tejto práce aj rozšírenie povedomia o možno nie najtradičnejšom, ale najmä v rámci Európskej únie stále frekventovanejšom prirodzenoprávnom nazeraní na právo a problematiku medzier v práve. Ambíciou tejto práce je podporiť v rozhodovacej praxi súdov, ale vôbec v povedomí právnikov a študentov práva, záujem o teóriu práva a využívanie jej poznatkov v praxi. Preto je určená nielen študentom práva, ale aj právnikom z praxe.

Práca je rozčlenená do troch kapitol. Prvá kapitola sa zaoberá pojmom medzery v práve, otázkou ich existencie, následne definuje pojem medzier v zákone a taktiež vymedzuje štyri základné druhy medzier v zákone podľa vlastného rozdelenia autorky. Predmetom druhej kapitoly sú tradičné nástroje vyplňania medzier v zákone. Tradičné preto, lebo väčšina matérie venujúca sa medzerám v práve rozoznáva len tieto nástroje. Ide

o *analogiu legis*, *argumentum ad absurdum*, *argumentum per eliminationem* a teleologickú redukciu. Tretia, najrozsiahlejšia kapitola, sa venuje osobitným nástrojom vyplňania medzier v zákone, akými sú *analogia iuris* a test proporcionality. V rámci *analogie iuris* sú rozobraté inštitúty právnych princípov, ktoré sú potrebné na pochopenie ďalších problémov, ústavne konformného výkladu a rozhodovania súdov *contra legem* v nadväznosti na úvahy, kam až siaha hranica sudcovskej tvorby práva pri vyplňaní medzier v zákone.

Práca je písaná tým spôsobom, že je v rámci úvodu každej kapitoly načrtnutý určitý problém, ktorý bude jej predmetom. Následne sú riešené čiastkové problémy potrebné na komplexné pochopenie danej problematiky a až potom sa pozornosť vracia späť k jadrú danej kapitoly s načrtnutím konkrétnych riešení. Výnimkou nie sú ani sumarizácie na konci kapitoly, ktoré slúžia k utriedeniu postupne načrtávaných komplikovanejších myšlienok. Cieľom práce je spracovanie tejto problematiky nielen odborne a komplexne, ale aj pútavo, zároveň však čo najstručnejšie, aby bola dosiahnutá prehľadnosť. Aby nebola narušená plynulosť rozboru problematiky, sú mnohé zaujímavosti, vlastné myšlienky autorky, úvahy, mierne odbočenia od témy, či upozornenie na čiastkové praktické konkrétne problémy uvádzané v poznámkach pod čiarou.

V práci sú spomedzi vedeckých metód použité najmä analýza, syntéza a porovnávanie. Pre lepšie pochopenie problematiky boli využité aj metódy indukcie a dedukcie. K zjednodušeniu poznania určitých komplikovaných inštitútov bola aplikovaná aj metóda abstrakcie. V práci nechýba ani načrtnutie a následné verifikovanie, resp. vyvrátenie stanovených čiastkových hypotéz.

Prehlasujem, že tlačný text diplomovej práce je identický s textom v elektronickej forme.

OBSAH

POĎAKOVANIE	3
ABSTRAKT	4
ABSTRACT.....	5
PREDHOVOR.....	6
ÚVOD.....	9
1 Pojem a druhy medzier v práve, resp. v zákone	11
1.1 Pojem medzery v práve a otázka ich existencie.....	11
1.2 Druhy medzier v zákone	17
2 Tradičné nástroje vyplňania medzier v zákone.....	23
2.1 Analogia legis, argumentum per eliminationem a argumentum ad absurdum.....	23
2.1.1 Analogia legis	23
2.1.2 Argumentum per eliminationem.....	25
2.1.3 Argumentum ad absurdum	26
2.2 Teleologická redukcia	27
3 Osobitné nástroje vyplňania medzier v zákone	30
3.1 Analogia iuris	30
3.1.1 Právne princípy.....	31
3.1.2 Analogia iuris a ústavne konformný výklad.....	35
3.2 Úloha sudcovskej tvorby práva pri vyplňaní medzier v zákone	39
3.2.1 Legitimačné dôvody sudcovskej tvorby práva pri vyplňaní medzier v zákone ..	39
3.2.2 Hranica sudcovskej tvorby práva – rozhodovanie súdov contra legem	41
3.3 Test proporcionality	49
3.3.1 Všeobecný test pomeriavania	55
ZOZNAM BIBLIOGRAFICKÝCH ODKAZOV	60

ÚVOD

Konštatovanie, že má zákon medzery, je nielen medzi právnikmi, ale dokonca aj v laickej, či publicistickej rovine, pomerne častým javom. Táto práca nie je určená laikom, ale je zameraná nato, aby právnikom a študentom práva ozrejmila, čo vlastne tou medzerou v zákone je a že sa ich konštatovanie nepoužíva vždy v správnom kontexte. Vo všeobecnosti sa za medzeru v práve označuje to, keď právna úprava neupravuje určitý konkrétny prípad. Takéto chápanie medzier v práve je nesprávne, pretože úvaha nad tým, čo by zákonom upravené malo byť, je záležitosťou politického rozhodnutia. Zároveň je účelom tejto práce poukázať na to, že medzery v zákonoch nemusia byť vždy absolútne negatívnej povahy, ale že sú prirodzeným dôsledkom toho, že zákony nie sú schopné jednoduchej a bezproblémovej aplikácie na každý jednotlivý zložitý prípad, ktorý sa vyskytne v praxi. A ani by toho nemali byť schopné. Najdôležitejšie posolstvo tejto práce je poukázať nato, že existuje celý rad rôznych nástrojov vyplňania medzier v zákonoch počnúc analógiou a končiac testom proporcionality, vytvoriť katalóg týchto nástrojov a poukázať na to, že medzi tieto nástroje nepatrí neustále novelizovanie zákonov, či vydávanie nových právnych predpisov, ktoré smeruje k ich hypertrofii. Samozrejme, ak je rozpor medzi zákonmi značný, je potrebná ich novelizácia najmä v dôsledku zachovania právnej istoty. Novelizácia by sa ale mala použiť ako krajný prostriedok riešenia rozporu v právnej úprave. Prednosť by mala dostať interpretácia, ak je tá nedostatočná, jeden z nástrojov vyplňania medzier v zákone, ktorých použitie na konkrétne prípady je taktiež predmetom tejto práce.

„Konštitucionalizácia právneho poriadku, interpretácia a aplikácia jednoduchého práva podľa jeho zmyslu a účelu, vyjadreného najmä v právnych princípoch, opustenie prílišného formalizmu, je v súdnom systéme úlohou nielen Ústavného súdu, ale celej justície.” (Pavel Holländer)

Práve justícia má rozhodujúcu úlohu pri vyplňaní medzier v zákone. Prax je však, bohužiaľ, taká, že sa slovenské súdy stále pridriavajú viac písaného práva obsiahnutého v zákonoch, ako argumentácie na základe právnych princípov, ktoré tvoria základ pre všetky nástroje vyplňania medzier v zákone. Úplný iný postoj má český Ústavný súd a práve preto sú jeho rozhodnutia jadrom tejto práce. Nedá sa však jednoznačne povedať, že postoj našich súdov je zlý a postoj tých českých správny. Tento problém je spojený s problematikou nazerania na právo z pohľadu prirodzenoprávneho a z pohľadu pozitívoprávneho. Ide o nekončiaci boj. Ale chvalabohu, že je to tak. Ak by totiž raz

definitívne vyhralo pozitívne právo, znamenalo by to značné oslabenie morálky, ak by zvíťazilo prirodzené právo, vytvorilo by to priestor pre právny anarchizmus. Napriek tomu táto práca obhajuje tendenciu značného posunu k právu prirodzenému na podklade mnohých konkrétnych rozhodnutí, problémov a teoretických východísk.

„Interpretácia právnej normy bez akceptácie jej zmyslu a účelu vedie k absurdným dôsledkom, ktoré robia z právneho poriadku nie systém, ale obyčajný, viac-menej náhodný zhluk noriem.” (Pavel Holländer)

Je však potrebné dodať, že účelom tejto práce nie je obhajovanie svojvôle súdu pri vyplňaní medzier v zákone, ani narúšanie princípu deľby moci, ale naopak stanovenie pravidiel, resp. určitého návodu, podľa ktorého by mal súd v závislosti od konkrétnej situácie aplikovať ten-ktorý nástroj. Stanovenie striktných pravidiel nie je možné, súd je viazaný len zákonom, nie právnou doktrínou, preto práca ponúka na riešenie konkrétnych problémov niekedy viacero alternatív. Podstatné však je, aby sa nimi dospelo k rovnakému výsledku, založenom na právnych princípoch.

1 Pojem a druhy medzier v práve, resp. v zákone

Ešte predtým, ako sa dostaneme k jadrú práce – k nástrojom vyplňania medzier v práve, musíme si zadefinovať, čo vlastne tie medzery v práve sú, či existujú a aké rozdielne druhy medzier v práve môžeme vymedziť.

1.1 Pojem medzery v práve a otázka ich existencie

Pojem „medzera v práve“ obsahuje dva čiastkové komponenty, ktoré si v úvode zadefinujeme. Pod prvým pojmom, medzera, vo všeobecnosti rozumieme neúplnosť určitého celku, nedostatok niečoho. Treba si však uvedomiť, že nie na každú neúplnosť možno nazerať ako na medzeru. Niekedy sa medzery vytvárajú účelovo, nie je tomu inak ani v práve. Príkladom sú neurčité právne pojmy, generálne klauzuly, či demonštratívne výpočty.¹ Tieto medzery nebudeme považovať za medzery v práve, ide len o medzery *intra verba legis*, jazykové nejasnosti, ktoré sa odstraňujú výkladom práva.²

Názory na to, čo je vlastne druhý z pojmov, právo, sú rozmanité, komplikované a pre účely tejto práce v širšom rozsahu nepotrebné. Je však potrebné vymedziť dva základné prúdy vnímania pojmu právo.

Na právo nazerajú diametrálne odlišne predstavitelia prirodzenoprávnej školy (*ius naturalismus*) a pozitívnoprávnej školy (*ius positivismus*). Pre zástancov prirodzenoprávnej školy uznávajúci ideu *lex iniusta non sed lex* (nespravodlivý zákon nie je zákon) je právo tvorené nielen právnymi normami obsiahnutými v písaných právnych predpisoch, ale aj vyššími kritériami ako napríklad kritériom spravodlivosti, či správnosti. Zároveň prirodzenoprávna škola okrem „práva daného štátom“, vychádza z predpokladu existencie aj nepísaného a nemenného práva, ktoré zodpovedá „prirodzenému poriadku vecí“.³ Právo je podľa tejto školy univerzálne, nemenné, nezávislé od vôle ľudí, ľuďmi len poznané,⁴ s absolútnym charakterom. Preto táto škola nepripúšťa existenciu medzier v práve.

Naproti tomu je podľa pozitívnoprávnej školy, ktorá je monistická a nepripúšťa existenciu iného než pozitívneho práva (na rozdiel od prirodzenoprávnej školy), a riadi sa

¹ Tieto „medzery“ sa niekedy označujú za rekogničné medzery, resp. medzery poznania – pozri: KÜHN, Z.: *Aplikace práva ve složitých případech: k úloze právních principů v judikatuře*. Praha: Nakladatelství Karolinum, 2002, s. 200 a nasl. alebo ALCHOURRÓN, C. E. – BULYGIN, E.: *Normative Systems*. New York: Springer Verlag, 1971, s. 22.

² MELZER, F.: *Metodologie nalézání práva. Úvod do právní argumentace*. Praha: C. H. Beck, 2010, s. 222

³ VEČEŘA, M. a kol.: *Teória práva*. 4 vydanie. Bratislava: Paneurópska vysoká škola Žilina: Eurokódex, 2011, s. 108

⁴ Pozri OTTOVÁ, E.: *Teória práva*. Šamorín: Heuréka, 2006, s. 41

zásadou *lex dura sed lex* (tvrdý zákon, ale zákon), pričom nadradzuje princíp právnej istoty nad spravodlivosť, za právo považované to právo, ktoré vyhlási štát v štátom stanovenej forme, aj keby nebolo spravodlivé. Právo je systém platných noriem konkrétneho štátu.⁵ Takýto systém, ktorý je produktom ľudského rozumu, nemôže a ani nemá za úlohu pokryť všetky situácie reálneho sveta, preto pripúšťa vznik medzier v práve.⁶

Táto práca sa prikláňa k ponímaniu práva z pohľadu prirodzenoprávnej školy, čo bude demonštrované v nasledujúcich kapitolách najmä pri rozoberaní judikatúry Ústavného súdu Českej republiky a argumentovaním prevažne za použitia právnych princípov, preto nepripúšťame medzery v práve ako takom. Keďže však rešpektujeme aj existenciu druhého smeru – pozitívnoprávneho, pripúšťame existenciu medzier v zákone. V ďalšom texte tejto práce sa už budeme zaoberať len medzerami v zákone.

Ak chceme vymedziť špecifickejšie pojem medzery v zákone, musíme si najprv ujasniť, či tieto existujú alebo nie. Vychádzame z hypotézy, že medzery v zákone existujú. Túto odvodzujeme doposiaľ z vnímania práva prirodzenoprávnu a pozitívnoprávnu školou, ako bolo uvedené vyššie. Uznanie medzier v zákone však neplatí pre tieto školy absolútne. Najvýznamnejším prúdom zastávajúcim neexistenciu ani medzier v práve, ani medzier v zákone, je tzv. rýdza náuka právna alebo normativizmus, ktorej hlavným predstaviteľom je Hans Kelsen. Táto škola vychádza z tzv. všeobecnej negatívnej vety, ktorá je známa aj z našej ústavy v podobe *každý môže konať, čo nie je zákonom zakázané, a nikoho nemožno nútiť, aby konal niečo, čo zákon neukladá*.⁷ Ide tu teda o vyjadrenie jedného zo základných princípov právneho štátu „čo nie je zakázané, je dovolené“,⁸ z ktorého predstaviteľa rýdzej náuky právnej vyvodzujú záver, že okrem pravidiel, ktoré nie sú ustanovené v niektorom právnom predpise, neexistuje žiadne právo. Taký skutkový stav, ktorý nemožno subsumovať pod žiadnu pozitívnoprávnú normu, je právne irelevantný a preto nie len že neexistujú medzery v práve, ale dokonca neexistujú ani medzery v zákone.⁹ Čo chýba, nie je medzerou, ale výsledkom nezáujmu z pohľadu právnej úpravy,

⁵ OTTOVÁ, E.: *Teória práva*. Šamorín: Heuréka, 2006, s. 43

⁶ Bližšie k problematike odlišnosti prirodzeno- a pozitívnoprávnej školy pozri HARVÁNEK, J. a kol.: *Teorie práva*. Plzeň: Aleš Čenek, 2008, s. 91 – 100 alebo HOLLÄNDER, P.: *Filosofie práva*. Plzeň: Aleš Čenek, 2006, s. 17 a nasl. alebo PŘIBÁŇ, J. – HOLLÄNDER, P. et al. : *Právo a dobro v ústavní demokracii. Polemické a kritické úvahy*. Praha: SLON, 2011, časti 1,2 a 5

⁷ Čl. 2 ods. 3 Ústavy Slovenskej republiky č. 460/1992 Zb.

⁸ Pozri aj DRGONEC, J.: *Ústava Slovenskej republiky. Komentár. 3. Vydanie*. Šamorín: Heuréka, 2012, s. 212

⁹ MELZER, F.: *Metodologie nalézání práva. Úvod do právní argumentace*. Praha: C. H. Beck, 2010, s. 212; toto vnímanie H. Kelsena z pohľadu F. Melzera považujeme za trošku dezinterpretované, i keď v konečnom dôsledku v rámci zamerania tejto práce smerujúce k podobnému cieľu – vyargumentovaniu, prečo neexistujú medzery v zákone ani v práve; zároveň však považujeme za potrebné dať toto vyjadrenie na správnu mieru;

je to právne indiferentné. H. Kelsena rozvíja toto tvrdenie ďalej tým, že konštatuje, že každý spor spočíva v tom, že jedna strana voči inej vznáša nejaký nárok; a vyhovujúce či zamietavé rozhodnutie závisí na tom, či zákon, t.j. platná, na konkrétny prípad vzťahujúca sa právna norma, tvrdenú právnu skutočnosť stanoví alebo nie. Keďže tretia možnosť neexistuje, je nejaké rozhodnutie vždy možné, a to vždy na základe zákona, čiže jeho aplikácie. I v rozhodnutí, ktorým sa nárok zamietá, sa aplikuje platný právny poriadok.¹⁰ H. Kelsen teda tvrdí, že ak sudca nenájde oporu v písanom práve nato, aby určitý nárok priznal, má ho zamietnuť. Vtedy bude dodržaná zásada *denegatio iustitiae* (*zákazu odopretia spravodlivosti*), pretože k rozhodnutiu dôjde a zároveň bude toto rozhodnutie na základe platného písaného práva, pretože to v našich podmienkach hovorí, že „štátne orgány môžu konať iba na základe ústavy, v jej medziach a v rozsahu a spôsobe, ktorý ustanoví zákon“¹¹ a nijak inak. Priestor pre akúkoľvek medzeru v zákone H. Kelsen preto nevidí,¹² ak má požadovaný nárok oporu v platnom písanom práve, má byť priznaný, ak ho nemá, nevzniká medzera, jednoducho ho právo nepriznáva a preto priznaný byť nemá.

Medzery v zákone sa však vyplavujú na povrch nie pri banálnych prípadoch, kedy stačí daný prípad jednoducho a jednoznačne subsumovať pod určitú právnu normu, ale práve pri prípadoch, ktoré sú zložité na posúdenie (tzv. hard cases). Ak podľa slov H. Kelsena k nájdeniu určitého právneho ustanovenia v písanom platnom práve, na základe ktorého by mohol a mal sudca daný nárok priznať, nedôjde, sudca má daný nárok zamietnuť, pretože medzery v zákone neexistujú. Keďže ale táto práca vychádza z hypotézy existencie medzier v zákone a zároveň z toho, že tieto sa prejavujú práve v zložitých prípadoch, aká je záruka, že sudca v takto zložitom prípade dokáže v spleť platnom práve vôbec rozpoznať danú normu, ktorá by nárok odôvodňovala? Je spravodlivé takýto nárok zamietnuť len preto, že sudca nebude schopný aplikovať normu

H. Kelsen totiž hovorí: *pretože pokiaľ právny poriadok zaväzuje ľudí k určitému chovaniu, zaisťuje im mimo tohto chovania slobodu. Proti tomu, kto vyžaduje po inom určité chovanie, ktoré nie je právnym poriadkom ustanovené ako povinnosť, má ten druhý právo, takto sa nechovať: „právo“ v zmysle právom zaistej slobody.* Právny poriadok neobsahuje len vetu o povinnostiach k určitému chovaniu (keďže negácia takéhoto chovania je stanovená podmienkami špecifického následku bezprávia: donucovacieho aktu), ale i vetu: všetko, čo nie je predmetom povinnosti, môže každý podľa svojej vôle činiť alebo opomenúť. Pozri KELSEN, H. *Ryzí nauka právní*. Brno: Orbis, 1933, s. 45. H. Kelsen teda nehovorí, že okrem písaného práva neexistuje žiadne právo, ale že písané právo stanovuje len povinnosti a ponecháva na vlastnú vôľu ľudí, aby v ostatných oblastiach konali alebo takéto konanie opomenuli.

¹⁰ KELSEN, H.: *Zur Theorie der Interpretation*. In: KLECATSKY, H. – MARCIC, R. – SCHAMBECK, H. (eds.). *Die Wiener rechtstheoretische Schule*. Wien: Europa Verlag Wien, 1968, s. 1363, 1369, 1370. In: MELZER, F.: *Metodologie nalézání práva. Úvod do právní argumentace*. Praha: C. H. Beck, 2010, s. 222

¹¹ Čl. 2 ods. 2 Ústavy Slovenskej republiky č. 460/1992 Zb.

¹² Okrem medzery *de lege ferenda*, ktorá však nie je skutočnou medzerou, len určitým subjektívnym pocitom, že právo by malo niečo upravovať, ale neupravuje; napr. právna úprava inštitútu zasnúbenia sa môže zdať potrebná pre niekoho, kto sa chce zasnúbiť alebo inštitút predmanželskej zmluvy tomu, kto si chce večnosť manželstva predsa len poistiť; takáto „medzera“ však nie je medzerou z pohľadu tejto práce

definovať? Nedochoádza práve v takomto prípade k odopretiu spravodlivosti? Všeobecná negatívna veta má byť aplikovaná v prípadoch, v ktorých nie je riešenie, nie v prípadoch, v ktorých sudca nenájde riešenie. A to je veľký rozdiel. Je preto pochybné, či toto pravidlo vôbec môže byť aplikované vzhľadom k mimoriadnej obtiažnosti určenie toho, kedy takáto situácia vznikne.¹³ Aplikácia všeobecnej negatívnej vety a s ňou súvisiaca neexistencia medzier v zákone tak naráža na množstvo problémov, v dôsledku ktorých dospejeme k záveru, že ju síce nemožno opomenúť, keďže je jednou zo základných princípov právneho štátu, no nemožno ju ani chápať čisto v doslovnom znení. Jej význam je o niečo širší a najlepšie vyjadriteľný asi takto: ak nie je možné z právneho poriadku v jeho celistvosti, t.j. výkladom či aplikáciou právnych princípov v najširšom slova zmysle, odvodiť nejakú povinnosť, tak len vtedy táto povinnosť neexistuje.¹⁴ A práve ten „výklad a aplikácia právnych princípov v najširšom slova zmysle“ je vo všeobecnosti nástrojom vyplňania medzier v zákone.

Neexistenciu medzier v zákone H. Kelsen na inom mieste zdôvodňuje aj tým, že je potrebné aplikovať aj zákon, ktorý je podľa orgánu aplikujúceho právo nesprávny, pretože to, čo sa jednému zdá byť zlé, môže byť pre iného bez vady. Tzv. medzery v práve podľa jeho slov nie sú ničím iným, než rozdielom medzi pozitívnym právom a poriadkom, považovaným za lepší, spravodlivejší a správnejší. Aplikovať sa má dokonca aj zákon nezmyselný.

Nie je vylúčené, ba ani ojedinelé, že takéto zákony vznikajú, pretože zákony sú dielom ľudským. Norma môže (hoci by nemala a nemusela) mať aj nezmyselný obsah. Interpretácia jej však nemôže podľa H. Kelsena dodať zmysel, pretože interpretáciu nie je možné v norme objaviť to, čo v nej predtým nebolo.¹⁵ Ak nepripustíme možnosť existencie medzier v zákone, budeme teda obhajovať to, že aplikovať sa má aj nezmyselný zákon a len v medziach určených písaným právom, čo by pravdepodobne znamenalo najmä podľa jeho jazykového výkladu. Takýto postoj je už dávno prekonaný. Podporovanie Kelsenovej neexistencie medzier v zákone nás pripútava stále viac k čisto jazykovému výkladu právnych noriem, podceňuje dôležitosť najmä právnych princípov. Ako poznamenal Ústavný súd ČR: „jazykový výklad je len prvotným priblížením sa k aplikácii právnej normy. Len východiskom pre objasnenie a ujasnenie si jej zmyslu a účelu. Mechanická aplikácie nevedomujúca si, či už úmyselne alebo z nevzdelanosti, zmysel a účel právnej

¹³ Pozri aj ALCHOURRÓN, C., E. – BULYGIN, C.: *Normative Systems*. New York: Springer Verlag, 1971, s. 124 a nasl.

¹⁴ MELZER, F.: *Metodologie nalézání práva. Úvod do právní argumentace*. Praha: C. H. Beck, 2010, s. 215

¹⁵ KELSEN, H. *Ryzí nauka právní*. Brno: Orbis, 1933, s. 45 a nasl.

normy, činí z práva nástroj odcudzenia a absurdity.¹⁶ Ak chceme mať zo sudcov stroje subsumujúce prípady pod jednotlivé právne normy nehľadiac na zmysel a účel zákona, ak chceme aplikovať aj nezmyselné právne predpisy len preto, lebo zákon je zákon a musí sa dodržiavať presne tak ako je napísaný, aj keď je nezmyselný či nespravodlivý, ak sa chceme vrátiť niekoľko desaťročí naspäť v právnom myslení, tak hypotézu o existencii medzier v zákone nepotvrdíme. Pevne však verím, že takýto záver si neželá nikto a nikto ho ani nepodporí, preto nám zostáva len a len konštatovanie, že medzery v zákone existujú.¹⁷

Argumenty H. Kelsena o neexistencii medzier možno vziať do úvahy len pokiaľ hovoríme o medzerách v práve, nie o medzerách v zákone. Keďže sme už vyššie na základe prirodzenoprávneho prístupu k pojmu právo medzery v práve vylúčili, sú tieto argumenty z pohľadu tejto práce irelevantné.

Až po potvrdení primárnej hypotézy existencie medzier v zákone môžeme pristúpiť ku konkrétnejšiemu vymedzeniu tohto pojmu. Medzera v zákone je teda neúplnosťou zákona. Ak ale máme hovoriť o tom, že v zákone niečo chýba, môžeme tak urobiť len vtedy, ak to tam malo byť, ale nie je. Medzerou v zákone teda rozumieme protiplánovú neúplnosť zákona, resp. zákonodarstva.¹⁸ Nato, aby sme zistili, aký plán vlastne dodržaný nebol, je potrebné zákon porovnať s určitým hodnotovým súdom. Je potrebné teda porovnať jazykový význam ustanovenia právneho predpisu s tým, aký by tento význam mal byť, s určitým hodnotovým súdom. Ak medzi týmito objavíme rozpor, tak sme objavili medzeru v zákone. Čo je však tým hodnotovým súdom? V tejto veci H. Kelsen pri vyvracaní hypotézy o existencii medzier v zákone hovorí o cieľi zákonodarcu. Vyvracia názor, že medzera vzniká vtedy, ak orgán aplikujúci právo považuje rozhodnutie, ktoré by mal vydať na základe písaného práva za nespravodlivé alebo neúčelné a argumentom nato, aby takéto rozhodnutie vydať nemusel, používa tvrdenie, že zákonodarca vôbec nemyslel

¹⁶ Nález Českého Ústavného súdu Pl. ÚS 33/97; viac k jazykovému výkladu a jeho aplikácii pozri aj <http://www.najpravo.sk/clanky/teoria-prava-v-praxi-i-jazykovy-vyklad-nad-zlato.html>

¹⁷ K existencii medzier v práve sa vyjadril aj V. Knapp, ktorý hovorí, že síce neexistuje právne indiferentné konanie, konanie je vždy buď zakázané alebo dovolené podľa práva, neznamená to ale, že neexistujú medzery v práve, resp. v zákone, a to vtedy, keď sudca riešenie daného problému nenájde v texte právnej normy; podľa Knappa je právo zdanlivo úplné a neúplné zároveň; podľa Knappa, rovnako ako podľa Kelsena, sudca v kontinentálnom právnom systéme musí každý spor rozhodnúť, aj keď v písanom platnom práve nedokáže nájsť konkrétne stanovené riešenie, ide o už spomínaný zákaz odopretia spravodlivosti; sudca tak rozhodne vždy podľa práva, takže o medzery v práve nepôjde; to nám však stále nebráni hovoriť o medzerách v zákone, najmä ak sa sudca pri interpretácii nebude striktne držať jazykového výkladu, ale využije nástroje vyplňania medzier v zákone ako analógia, či teleologická redukcia (vid' kap.); pozri KNAPP, V.: *Teorie práve, I. vydání*. Praha: C. H. Beck, 1995, s. 65 – 66

¹⁸ CANARIS, C. W.: *Die Feststellung von Lücken im Gesetz*. 2. vydanie. Berlín: Duncker & Humboldt, 1983, s. 16 alebo BYDLINSKI, F.: *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*. Viedeň – New York: Springer Verlag, s. 473

pri vydávaní zákona na daný konkrétny prípad, a že keby na tento prípad myslel, bol by rozhodol inak, než ako je nutné rozhodnúť podľa platného práva.¹⁹ Táto práca odmieta brať ako hodnotový súd len cieľ zákonodarcu, hoci aj ten ním nepochybne je, vychádzajúc najmä z princípu deľby moci a z toho, že vydávanie zákonov patrí do výlučnej právomoci zákonodarcu. No to, čo je cieľom zákonodarcu, nemusí byť vždy v súlade s určitým hodnotovým pozadím právneho poriadku, nemusí byť vždy spravodlivé, morálne, správne, i keď tak zákonodarca nemusí (ale môže, keďže ide často o otázku politiky, nie spravodlivosti) činiť úmyselne. Hodnotovým súdom sú teda okrem úmyslu zákonodarcu aj samotné hodnoty, ktoré sú tvorené najmä právnymi princípmi.²⁰

Túto myšlienku viac rozvádza a podporuje ďalší autor, ktorý pri pojmoch medzery v zákone hovorí o axiologických a normatívnych medzerách, pre ktoré je spoločné, že pri nich zákonodarca nevzal do úvahy tie hodnoty, princípy alebo iné elementy, zvyky, či štandardy, ktoré orgán aplikujúci právo do úvahy berie. Medzera v zákone teda predpokladá, že existujú určité relevantné skutočnosti, ktoré by sa mali zohľadniť, ale tieto však písané právo do úvahy neberie.²¹

Summa summarum, za medzeru v zákone považujeme jednak takú protiplánovú neúplnosť zákona, pri ktorej zákon buď neupravuje konkrétny prípad alebo ho síce upravuje, ale v oboch prípadoch tak, že je to v rozpore s hodnotovým súdom, čiže cieľom zákonodarcu a samotnými hodnotami.²²

Zároveň je potrebné dodať, že existenciu medzier v zákonoch netreba vnímať príliš negatívne. Ako sme už uviedli, práv je samo o sebe bezmedzerovité, sudca môže každý spor rozhodnúť či už na základe písaného práva, alebo vždy minimálne na základe právnych princíпов. To, aby písané právo pokrývalo každú možnú reálnu právnu situáciu vzniknutú v súčasnosti a aj v budúcnosti nie je účelné, pretože by to spôsobilo hypertrofiu v oblasti tvorby právnych predpisov, ktorá by síce možno pridala na prvý pohľad na právnej istote, ale v dôsledku jej kvantity by bolo neuveriteľne obtiažne sa v takomto systéme vyznať a správne ho aplikovať. Zároveň to ani nie je možné, keďže právo je dynamicky vyvíjajúci sa systém, ktorý nie je schopný vždy predpokladať zmeny v tak živiteľnej kategórii, akou je spoločnosť. Existencia medzier v zákone je vlastne

¹⁹ KELSEN, H.: *Ryzí nauka právní*. Brno: Orbis, 1933, s. 45

²⁰ Pozri kapitola 3.1.1 tejto práce – Právne princípy

²¹ KÜHN, Z.: *Aplikace práva ve složitých případech: k úloze právních principů v judikatuře*. Praha: Nakladatelství Karolinum, 2002, s. 207

²² Podľa tejto definície sa teda hodnotový súd = cieľ zákonodarcu + hodnoty; aby sme si to ujasnili, tieto podmienky nie sú kumulatívne; hodnotový súd sú vždy hodnoty, ale nie vždy aj cieľ zákonodarcu; na druhej strane hodnotovým súdom nie je len cieľ zákonodarcu bez hodnôt; schématicky vyjadrené a zosumarizované: hodnotový súd = cieľ zákonodarcu + hodnoty/hodnotový súd = hodnoty

„v poriadku“, ich odstránením by sa nemal zaoberať len zákonodarca, hoci aj ten má samozrejme túto možnosť, ale aj súdy a vôbec orgány aplikujúce právo, pretože práve ich poslaním je aplikovať všeobecné právne predpisy na konkrétne prípady s prihliadnutím na všetky osobitosti jednotlivých prípadov. Ich poslaním je nachádzaním práva vyplňať medzery v písanom práve.²³

1.2 Druhy medzier v zákone

Po potvrdení hypotézy existencie medzier v zákone a zadefinovaní tohto základného pojmu je na mieste v našich úvahách pokročiť a v rámci rozdelenia medzier v zákone na niekoľko druhov rozšíriť ich základnú definíciu.

Delení medzier v zákone je v literatúre mnoho, snád' až príliš.²⁴ Táto práca preto nemá za cieľ vymyslieť ďalšie kategórie medzier v zákone, či ďalšie kritéria ich delenia alebo ešte odbornejšie a komplikovanejšie názvy niektorých druhov. Za dôležité považujeme vymedziť niekoľko prehľadných kategórií delenia tak, aby nám toto rozdelenie pomohlo rozvinúť úvahy o medzerách v zákone pohybom od najvšeobecnejšieho po stále konkrétnejšie, aby sme sa v ďalších častiach práce mohli venovať stále konkrétnejším problémom. Preto je potrebné rozsiahlu množinu medzier v zákone rozdeliť na niekoľko podmnožín a v tých definovať črty pre túto podmnožinu spoločné, no zároveň tie, ktoré ju odlišujú od iných podmnožín.

Za najlogickejšie, najzrozumiteľnejšie a najúčelnejšie rozdelenie medzier v zákone sa nám javí s miernymi úpravami to podľa A. Peczenika, ktorý rozlišuje tieto druhy, resp. podoby medzier v zákone:

a) platné písané právo nereguluje daný prípad (*an insufficiency gap*, nedostatková medzera, medzera vyplývajúca z nedostatku právnej regulácie); k tomuto v súvislosti s našim zadefinovaním si medzery v zákone však musíme doplniť, že nepostačuje, že právo daný prípad nereguluje, ale takáto „neregulácia“ musí byť v rozpore s hodnotovým súdom;

²³ Bližšie sa s dotváraním práva sudcami oboznámime v 3. kapitole tejto práce

²⁴ Napr. MELZER, F.: *Metodologie nalézání práva. Úvod do právní argumentace*. Praha: C. H. Beck, 2010, s. 222 a nasl. alebo VEČEŘA, M. a kol.: *Teória práva*. 4. vydanie. Bratislava: Eurokódex, 2011, s. 192 a nasl. alebo KÜHN, Z.: *Aplikace práva ve složitých případech: k úloze právních principů v judikatuře*. Praha: Nakladatelství Karolinum, 2002, s. 200 a nasl. či BYDLINSKI, F.: *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*. Viedeň – New York: Springer Verlag, s. 473 – 475

b) platné písané právo reguluje daný prípad logicky nekonzistentne, rozporne (*an inconsistency gap*, rozporná medzera, medzera vyplývajúca z logickej rozpornosti),

c) platné písané právo reguluje daný prípad vágnym alebo nejednoznačným (mnohoznačným) spôsobom (*an indeterminacy gap*, neurčitá medzera, medzera vyplývajúca z neurčitosti),

d) platné písané právo reguluje daný prípad morálne neakceptovateľným spôsobom (*an axiological gap*, axiologická medzera, medzera vyplývajúca z hodnotovej, morálnej neakceptovateľnosti).²⁵

Nedostatková medzera je podľa A. Peczenika napríklad, ak zákon stanoví, že sa má konštituovať určitý orgán, nestanoví však spôsob konštituovania tohto orgánu.²⁶ Taktiež, ak podľa zákona má niekto právo na kompenzáciu, nie je však stanovené, kto má túto kompenzáciu poskytnúť. Upravme ale tento druh medzery v zákone podľa A. Peczenika v súlade s našim dodatkom, že o medzeru ide len vtedy, ak takáto „neregulácia“ je v rozpore s hodnotovým súdom. Dospějeme k tomu, že prvý z príkladov vlastne medzerou nie je, lebo k žiadnemu rozporu nedošlo. Maximálne tak k rozporu s princípom právnej istoty, keďže daná právna úprava nie je „dotiahnutá do konca,“ nie je jasná, či jednoznačná. Avšak tvrdenie, že čokoľvek, čo nie je úplne jednoznačne podchytené a upravené písaným právom, je v rozpore s princípom právnej istoty, by viedlo k záverom, že aby bola požiadavka dodržania princípu právnej istoty úplne uspokojená, musel by zákonodarca v zákone vlastne upraviť všetko do detailov. Čo ale ako sme už vyššie uviedli, nie je možné, ani účelné, vedie to k absurdným záverom. Preto daný prípad a iné jemu podobné, ktoré nie sú v rozpore s inými právnymi princípmi, oslabuje sa nimi len princíp právnej istoty, nebudeme považovať za medzery v zákone, ich riešenie je ponechané metódam interpretácie. Čo sa týka druhého príkladu, ten možno za medzeru

²⁵ PECZENIK, A.: *On Law and Reason*. Springer, 2009, s. 18

²⁶ Podľa H. Kelsena, ak nie je stanovené, ako sa má takýto orgán konštituovať, môže sa podľa všeobecnej negatívnej vety konštituovať ľubovoľne. S týmto vyjadrením sa dá v podstate súhlasiť. A. Pecznik ale správne dodáva, že síce môže byť takýto orgán konštituovaný ľubovoľne, ale pre jeho konštituovanie musí byť vytvorený určitý podzákonný právny predpis, ktorý tieto podmienky stanoví a tým vlastne vyplní existujúcu medzeru v zákone. Pozri PECZENIK, A.: *On Law and Reason*. Springer, 2009, s. 19; analogickým príkladom je to, keď zákon stanoví určitému orgánu povinnosť, detaily tejto povinnosti však nie; napr. v nedávnej dobe často spomínaná kauza okolo Slovenského ochranného zväzu autorského (SOZA) a na ňu nadväzujúci problém s tým, podľa čoho SOZA určuje Sadzobník autorských odmien (dostupný na <http://www.soza.sk/index.php?id=115>); zákon č. 618/2003 Z. z. Autorský zákon v § 81 ods. 1 písm. j) stanovuje povinnosť (aj) tohto orgánu, vyberať pre nositeľov práv v súlade s týmto zákonom a zmluvami odmeny atď., ich výšku však nestanovuje; na základe vyššie uvedených argumentov SOZA teda správne (čo sa týka spôsobu, nie primeranosti) stanovila ich výšku vo svojom Sadzobníku ako vnútornom, podzákonnom právnom predpise; správnosť a spravodlivosť tohto ustanovenia však ponecháme na zhodnotenie, práve v súvislosti so súladom s hodnotovým súdom

v zákone považovať, pretože je v rozpore nielen s právnym princípom právnej istoty, do ktorého zásah je podstatne intenzívnejší, ale aj s princípom legitímnych očakávaní a značne oslabuje vymožitelnosť daného nároku poškodeného. Týmto však v žiadnom prípade netvrdíme, že ak dôjde „iba“ k rozporu s princípom právnej istoty a žiadnymi inými, nejde o medzeru v zákone. Tvrdíme len, že ak je zásah do princípu právnej istoty nízky a založený čisto na vyhnutí sa nezmyselnému kvantifikovaniu právnej úpravy, nejde o medzeru v zákone. Toto tvrdenie je dôležité na zamedzenie tomu, aby sa každej nie prehnane detailnej právnej úprave vyčítalo, že je medzerovitá a aby neboli podporované tendencie k hypertrofii právnej regulácie so zámenkou odstraňovania medzier v zákone.

Druhou z medzier je tzv. logicky rozporná medzera, kedy jedna norma to isté správanie prikazuje a druhá ho zakazuje. Najbežnejším príkladom sú tie, v ktorých vznikajú spory o právomoc, pretože na jednej strane určitá norma stanovuje, že daný orgán je príslušný konať, na druhej strane však túto príslušnosť priznáva aj inému orgánu, pričom platí, že žiaden orgán nemôže konať, ak daná vec nespadá do jeho právomoci,²⁷ pretože podľa čl. 2 ods. 2 Ústavy SR „štátne orgány môžu konať iba na základe ústavy, v jej medziach a v rozsahu a spôsobe, ktorý ustanoví zákon.“

Tretou medzerou je tzv. neurčitá medzera, čiže medzera vyplývajúca z neurčitosti platného písaného práva. A. Peczenik ale uvažuje, či tu vôbec ide o medzeru v práve, pretože o medzeru nejde vtedy, ak sa daný prípad dá vyriešiť pomocou interpretácie práva. Hranica toho, či ide o neurčitú medzeru alebo prípad, ktorý sa dá vyriešiť pomocou interpretácie, je však vágna. Pod interpretáciou práva rozumieme *zistovanie a objasňovanie zmyslu a obsahu právnych noriem za účelom ich pochopenia a správneho a jednotného praktického používania*. Interpretáciou sa teda končí proces dotvárania práva a začína sa proces aplikácie práva.²⁸ F. Weyr v tejto súvislosti hovorí, že každá aplikácia predpokladá interpretáciu. Zatiaľ čo interpretácia je ale činnosťou poznávacou, aplikácia je činnosťou konajúcou (voľnou). V aplikačnej činnosti sa ale nakoniec obe tieto spoja, aplikácia bez interpretácie je nemožná.²⁹ Výsledkom tvorby práva je normatívny právny akt, výsledkom aplikácie práva individuálny právny akt a kdesi medzitým (nie však vždy, ale spravidla) sa uskutočňuje interpretácia normatívneho právneho aktu. Aplikáciou možno rozumieť prenášanie zákonných ustanovení (právnych noriem) na konkrétnu životnú

²⁷ Častými spormi v tejto oblasti sú spory o právomoc, veľmi často medzi správnym orgánom a súdom, napr. medzi Sociálnou poisťovňou a súdmi; napr. rozhodnutia Najvyššieho súdu SR so spisovou značkou 9Rks/1/2011, 2Rks/1/2010, 3 Rks/1/2011, 3Rks/2/2010, 3 Rks 1/2010, 3 Rks 1/2009 a mnohé iné

²⁸ OTTOVÁ, E.: *Teória práva*. Šamorín: Heuréka, 2010, s. 258

²⁹ WEYR, F.: *Teorie práva*. Brno – Praha: Orbis, 1936, s. 63 – 64

situáciu (reálny skutkový stav).³⁰ Neurčité medzery sa teda objavujú až keď je neurčitost' na takom vysokom stupni, že samotná interpretácia je nepostačujúca a orgán aplikujúci právo musí využiť jeden z nástrojov odstraňovania medzier v zákone, aby daný normatívny právny akt mohol aplikovať na konkrétny prípad. A. Peczenik v súvislosti s touto medzerou hovorí, že k nej dochádza, ak rozhodnutie orgánu aplikujúceho právo nevychádza z danej vágnej, neurčitej normy, ktorá je medzerovitá, abstraktná, bez konkrétneho významu, ale schopná konkrétny význam nadobudnúť, ale že k takémuto rozhodnutiu je potrebné ďalšia, resp. ďalšie, konkrétnejšie premisy, na túto nadväzujúce. Ako príklad uvádza pojem „neprijateľná zmluvná podmienka“.³¹ Tento pojem je vágny, nie je jasné, čo všetko pod neprijateľnú podmienku môže spadať. V konkrétnom prípade sa môže vynoriť otázka, či za ňu možno považovať rozhodcovskú doložku včlenenú do všeobecných podmienok v zmluve medzi dodávateľom a spotrebiteľom. Aby sme túto záležitosť vyriešili, budeme musieť vytvoriť dve nové, konkrétne premisy, a síce:

Norma: spotrebiteľská zmluva nesmie obsahovať neprijateľné podmienky

Premisa₁: rozhodcovská doložka v rámci všeobecných podmienok v zmluve zbavuje spotrebiteľa jedného zo základných práv, aby bola jeho vec prejednaná pred nezávislým a nestranným súdom

Premisa₂: ak zmluvná podmienka zbavuje spotrebiteľa jedného z jeho základných práv, je to dôvod domnievať sa, že je neprijateľná

Záver: daná rozhodcovská doložka je pravdepodobne neprijateľná³²

Označenie „neprijateľná zmluvná podmienka“ nie je samo o sebe medzerovité. Môže sa ním však stať pri aplikácii na konkrétny prípad, napríklad práve v súvislosti s takouto rozhodcovskou doložkou. Nie je však účelné takéto označenie meniť. Niet ani veľmi ako, najmä preto, aby nedochádzalo ku kvantitatívnemu bujneniu zákonnej úpravy. Preto treba v každom konkrétnom prípade posúdiť, či postačí samotná jednoduchá interpretácia, alebo či tá už prestáva byť postačujúca, neurčitost' normy je príliš vysoká, jej abstraktnost' môže dostať konkrétnu podobu až s využitím iných premís a preto ide

³⁰ VEČEŘA, M. a kol.: *Teória práva*. 4. vydanie. Bratislava: Eurokódex, 2011, s. 160

³¹ Pojem „neprijateľná podmienka“ používa aj náš Občiansky zákonník v § 53 a nasl. upravujúcich spotrebiteľské zmluvy; v tomto príklade však nemáme na mysli neprijateľnú podmienku podľa nášho Občianskeho zákonníka, ide o ilustratívny všeobecný príklad

³² PECZENIK, A.: *On Law and Reason*. Springer, 2009, s. 16 – 17; k tomu porovnaj KÜHN, Z.: *Aplikace práva ve složitých případech: k úloze právních principů v judikatuře*. Praha: Nakladatelství Karolinum, 2002, s. 46 a nasl.

o medzeru v zákone. Na jej vyplnenie je príslušný súd alebo zákonodarca novelou, ktorá by však nemala spôsobiť nadmernú tvorbu právnych noriem.

Štvrtou z medzier podľa A. Peczenika je tzv. axiologická medzera, v ktorej ide o to, že písané právo síce stanovuje normu, podľa ktorej sa má riešiť konkrétny prípad, takéto riešenie by však bolo nespravodlivé, či nemorálne. Zároveň je však potrebné dodať, že nemorálnosť nemôže byť vnímaná subjektívne, ale objektívne. Ak by šlo o subjektívne vnímanie nemorálnosti, išlo by o medzeru *de lege ferenda*, ktorá nie je v zmysle tejto práce medzerou v zákone. Za tú považujeme len medzeru *de lege lata*, čo musí byť preukázané racionálnou právnou argumentáciou. Problém nastane vtedy, keď je nezhoda o tom, čo vlastne je chápané ako subjektívna nemorálnosť a čo ako objektívna nemorálnosť. Pri objektívnej nemorálnosti sa musia sledovať racionálne ciele, ktoré objektívne existujú v rámci platného právneho poriadku.³³ Na predpokladanú otázku obtiažnosti zodpovedania toho, ktoré racionálne ciele sú objektívne existujúce odpovedá R. Alexy tak, že ako na objektívne existujúce je nutné nazerať na také štandardy, o ktorých osoba, ktorá rozhoduje, rozhodne v rámci platného právneho poriadku na základe racionálnej právnej argumentácie, že sú objektívne existujúce.³⁴ V jednoduchšej reči to znamená to, že ak sa nám objektívnou právnou argumentáciou³⁵ nepodarí dokázať, že daná norma je objektívne nemorálna, nemožno to považovať za medzeru *de lege lata*. Keďže sme si ale stanovili, že každá medzera v zákone musí byť v rozpore s hodnotovým súdom, znamená to pre nás, že vlastne každá medzera je axiologickou medzerou, preto tento štvrtý druh nebudeme brať ako samostatnú kategóriu, ale ako podkategóriu každej z medzier v zákone.

V dôsledku vyššie uvedeného rozlišujeme tieto tri druhy medzier v zákone:

- 1) Nedostatková medzera
- 2) Logická medzera

³³ KÜHN, Z.: *Aplikace práva ve složitých případech: k úloze právních principů v judikatuře*. Praha: Nakladatelství Karolinum, 2002, s. 210 - 211

³⁴ ALEXY, R.: *Theorie der juristischen Argumentation: Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*. Frankfurt: Suhrkamp Verlag, 1978, s. 241 a nasl.

³⁵ Objektívny výklad právnych noriem vychádza z toho, že právny text, hoci vždy vzniká iba činnosťou ľudí, existuje nezávisle od svojho tvorca a svoj význam a zmysel má tiež nezávisle od svojho tvorca, resp. povedané presnejšie, že pokiaľ ide o zákon, vôľa zákonodarcu je iba jedným z objektívnych sociálnych komponentov, ktoré sa uplatňujú v komplexnom zisťovaní obsahu právnej normy. Objektívna argumentácia presahuje rámec strohého vykladania právnych noriem, pretože sa v nej výrazne uplatňuje logické usudzovanie a stáva sa tak všeobecným prostriedkom právneho presvedčania. Pozri KNAPP, V. – HOLLÄNDER, P.: *Aplikácia logiky v právnom myslení*. Bratislava: Vydavateľské oddelenie Právnickej fakulty UK, 1992, s. 210 – 211

3) Neurčitá medzera

Ďalšie rozdelenia medzier v zákone nepovažujeme za účelné.³⁶ Snád' by bolo vhodné ešte dodať, že medzera neznamená len to, že v písanom práve niečo chýba, ale aj to, ak je tam niečo navyše. Bližšie si to rozoberieme v nasledujúcej kapitole o nástrojoch vyplňania medzier v zákonoch.

Ale ešte predtým je potrebné poopraviť našu definíciu medzery v zákone v nadväznosti na zistenia z tejto kapitoly, tento krát nielen pozitívnym, ale aj negatívnym vymedzením. Za medzeru v zákone považujeme jednak takú protiplánovú neúplnosť zákona, pri ktorej zákon buď neupravuje konkrétny prípad alebo ho síce upravuje, ale v oboch prípadoch tak, že je to v rozpore s hodnotovým súdom, čiže cieľom zákonodarcu a samotnými hodnotami, ktoré sú tvorené najmä právnymi princípmi, resp. len v rozpore s týmito hodnotami. V prípade rozporu len s princípom právnej istoty, pokiaľ je zásah do tohto princípu nízky, a pokiaľ by odstránenie takéhoto rozporu bolo možné len nadmernou dodatočnou právnou úpravou, nejde o medzeru v zákone. O medzeru v zákone nejde ani vtedy, ak je zistený rozpor možné odstrániť len prostredníctvom interpretácie práva. Ak je však v rámci interpretácie práva potrebné vytvárať pre odstránenie rozporu ďalšie premisy (tzv. hard cases), ide o medzeru v zákone.³⁷

³⁶ V nadväznosti na vysvetlenie uvedené v úvode tejto podkapitoly na s. 18 tejto práce

³⁷ V ďalšom texte sa táto definícia ešte rozšíri, vid' ref. 71

2 Tradičné nástroje vyplňania medzier v zákone

Jadrom práce sú nástroje vyplňania medzier v zákone. Rozdelili sme ich na dve kategórie – tradičné a osobitné. Kritériom tohto rozdelenia nie je to, ako často sa používajú v praxi, ale naopak, ako často ich za nástroje vyplňania medzier v zákone označuje teória. Najčastejšie, resp. tradične bývajú za nástroje vyplňania medzier v zákone označované *analogia legis*, *argumentum per eliminationem*, *argumentum ad absurdum* a teleologická redukcia. A práve vyššie vymenované budú predmetom tejto kapitoly.

2.1 Analogia legis, argumentum per eliminationem a argumentum ad absurdum

V literatúre sa najväčšia pozornosť z nástrojov vyplňania medzier v zákone venuje analógii. Vo všeobecnosti rozlišujeme dva druhy analógie – *analogiu legis* a *analogiu iuris*. V tejto kapitole sa budeme zaoberať len *analogiou legis*, lebo tá ma s *analogiou iuris* spoločné jedine prvé slovo v názve.³⁸ Uvedené tri nástroje vyplňania práva spolu úzku súvisia, preto budú rozobraté v rámci jednej podkapitoly.

2.1.1 Analogia legis

Analogia legis (ďalej aj ako „analógia“) ako nástroj vyplňania medzier v zákone je nachádzaním práva mimo oblasti rozsahu pojmu, a to tým, že spája právne následky (dispozície) noriem s prípadmi, ktoré nie sú zahrnuté do ich jazykového vyjadrenia v právnych predpisoch. Naproti tomu pomocou *argumentum per eliminationem* odmietame s určitým skutkovým stavom právne následky spojiť, a to práve preto, že nie sú predmetom výslovnej úpravy v právnych predpisoch. Použitie *analogie legis* preto vylučuje použitie *argumentu per eliminationem* a *vice versa*,³⁹ pričom použitie *argumentu per eliminationem* prichádza do úvahy až vylúčením použitia *analogie legis*.

Analogia legis sa teda použije za splnenia nasledujúcich podmienok:

³⁸ KNAPP, V. – GERLOCH, A.: *Vědecké metody poznání práva*. Praha: Ústav státní správy, 1983, s. 70; *analogiou iuris* sa zaoberáme v kapitole 3.1 tejto práce

³⁹ MELZER, F.: *Metodologie nalézání práva. Úvod do právní argumentace*. Praha: C. H. Beck, 2010, s. 240 a nasl.

1. Na vec P sa nevzťahuje výslovne žiadna právna norma alebo je upravená takým právnym následkom, ktorý nie je uspokojivý.
 2. O prípade P je potrebné rozhodnúť.
 3. Platí zásada, že za určitých podmienok možno použiť právne normy vzťahujúce sa na podobnú vec.
 4. Vec P₁ je podobná veci P.
 5. Vec P₁ je presne upravená normou N.
- Záver: Vec P sa bude analogicky upravovať normou N.⁴⁰

Analogia legis je v určitých prípadoch priamo predpokladaná zákonom. Napr. § 853 zákona č. 40/1964 Zb., ktorý hovorí: „občianskoprávne vzťahy, pokiaľ nie sú osobitne upravené ani týmto ani iným zákonom, sa spravujú ustanoveniami tohto zákona, ktoré upravujú vzťahy obsahom aj účelom im najbližšie.“ Analógiu je však možné použiť aj tam, kde to zákon výslovne nepredpokladá. Napríklad pri nepomenovaných kontraktach podľa § 51, ktoré sa spravujú analogicky ustanoveniami Občianskeho zákonníka. Ďalším príkladom použitia analógie je napr. Trestný zákon, ktorý o viacerých skutkových podstatách používa slovíčko „obdobne“.⁴¹ Za dôvod predpokladaný zákonom, kedy sa má použiť *analogia legis*, sa považuje aj taký prípad, keď právna norma stanoví, že niečo platí pre X a rozumie sa tým zároveň aj Y. Napr. § 139 ods. 2 a) stavebného zákona, kde sa hovorí, že ak sa v tomto zákone používa pojem stavba, rozumie sa tým aj jej časť.⁴² Použitie *analogie legis* sa predpokladá aj pri demonštratívnych, resp. exemplifikačných výpočtoch.⁴³ Z uvedeného teda už teraz vyplýva, že analógia sa používa na vyplňanie medzier v zákone, ale nie len vtedy. Používa sa aj ako interpretačné pravidlo, aj pri medzerách *de lege ferenda*. Taktiež záleží na tom, či je predmetom posudzovania právna norma alebo právny princíp.⁴⁴ To isté platí aj pri ostatných nástrojoch tejto podkapitoly. Keďže je ale hranica ich použitia vágna, považujeme za potrebné všeobecné vysvetlenie týchto inštitútov. O nástroj vyplňania medzier v zákone pôjde najmä v prípade tzv. hard cases.

Naproti tomu je použitie analógie v určitých prípadoch neprípustné. Jedným z nich je oblasť trestného práva hmotného, v ktorej je neprípustné použitie analógie v neprospech

⁴⁰ Porovnaj KNAPP, V. – HOLLÄNDER, P. a kol.: *Právne myslenie a logika*. Bratislava: Obzor, 1989, s. 137 v spojení s VEČEŘA, M. a kol.: *Teória práva*. 4. vydanie. Bratislava: Eurokódex, 2011, s. 195

⁴¹ Napr. § 122 ods. 2 a), § 132ods. 1, § 298 ods. 1, § 361 ods. 1 zákona č. 300/2005 Z. z. Trestný zákon

⁴² Zákon č. 50/1976 Z. z. o územnom plánovaní a stavebnom poriadku (stavebný zákon)

⁴³ Napr. § 44 ods. 2 zákona č. 513/1991 Zb. Obchodný zákonník

⁴⁴ Vid' kapitola 3.1.1 tejto práce – Právne princípy

páchateľa ako prejav zásady *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege* a to konkrétne v dvoch otázkach: 1. rozširovania podmienok trestnej zodpovednosti, 2. druhu, výšky a podmienok ukladania trestov a ochranných opatrení. Prípustná je analógia v prospech páchatel'a pokiaľ ide o dôvody obmedzujúce, resp. zužujúce podmienky trestnej zodpovednosti. Naproti tomu je analógia prípustná v trestnom práve procesnom,⁴⁵ a ako už bolo povedané, aj pri vymedzení skutkových podstat trestných činov, ak to zákon výslovne predpokladá. Uvedený zákaz použitia analógie sa týka len dotvárania práva, v žiadnom prípade výkladu práva. Analógia je neprípustná taktiež v daňovom práve a pri určovaní kompetencie.⁴⁶ Použitie analógie je obmedzené aj v prípade právomoci orgánov verejnej moci. V kontexte zásady legality výkonu štátnej moci je nutné obmedziť právomoc orgánom aplikujúcim právo iba tým, čo im zákon výslovne dovoľuje.⁴⁷

2.1.2 Argumentum per eliminationem

Ako jeden z nástrojov vyplňania medzier v zákone sa uvádza aj eliminácia, resp. dôkaz vylúčením (*argumentum per eliminationem*), alebo menej výstižne, ale častejšie používaný dôkaz opakom (*argumentum a contrario*).⁴⁸ V skratke to znamená, že ak platí výrok A, nemôže súčasne platiť aj non A, resp. podľa logiky tried, ak existujú dve podtriedy A a B, ktorých súčet dáva triedu C a tvrdí sa niečo výlučne o prvkoch triedy A, nemôže to platiť aj pre prvky triedy B. Toto bol príklad na *argumentum a contrario*. Pokiaľ ide o *argumentum per eliminationem*, rozdiel je v tom, že tu je daná rada prvkov A, B, C, D, E, F, v ktorej sa tvrdením jedného alebo viacerých prvkov popierajú ostatné. Napr. tvrdením A sa vylučuje B, C, D, E a F alebo tvrdením A – D sa vylučuje E, F.⁴⁹ V skutočnosti ide aj pri *argumentum a contrario* a aj pri *argumentum per eliminationem*

⁴⁵ IVOR, J.: *Trestné právo hmotné I. Všeobecná časť*. Bratislava: Iura Edition, 2010, s. 46 – 47 alebo aj MENCEROVÁ, I.: *Repetitóriium z trestného práva hmotného*. Bratislava: Univerzita Komenského v Bratislave, Právnická fakulta, 2010, s. 11 aj staršia literatúra, napr. ČIČ, M. a kol.: *Československé trestné právo*. Bratislava: Obzor, 1983, s. 51 – 52

⁴⁶ MELZER, F.: *Metodologie nalézání práva. Úvod do právní argumentace*. Praha: C. H. Beck, 2010, s. 236 – 238

⁴⁷ HLOUCH, L.: *Teorie a realita právní interpretace*. Plzeň: Aleš Čenek, 2011, s. 148

⁴⁸ KNAPP, V. – HOLLÄNDER, P.: *Aplikácia logiky v právnom myslení*. Bratislava: Vydavateľské oddelenie Právnickej fakulty UK, 1992, s. 211

⁴⁹ KNAPP, V. – GERLOCH, A.: *Vědecké metody poznání práva*. Praha: Ústav státní správy, 1983, s. 57 – 58; viac o eliminácii z pohľadu právnej logiky hovoria nasledujúce strany tejto publikácie

o argument jediný, ktorý sa používa nielen pri interpretácii, ale aj pri tvorbe práva, čo v našom ponímaní znamená pri vyplňaní medzier v zákone.⁵⁰

Najdôležitejšie pri eliminácii je, že ju možno použiť len vtedy, keď je použitie analógie vylúčené. Vždy je najprv nutné zistiť, či použitie analógie zákona neprichádza do úvahy, až tak je možné použiť elimináciu. Napr. v zmysle nemeckého občianskeho práva majú pozostalí manželia v prípade smrti druhého manžela zákonné dedičské právo a právo na povinný podiel. Je však otázne, či nárok na tieto práva budú mať aj partneri „mimomanželského partnerského spoluzitia,“ teda druhovia. V prvom rade treba preskúmať, či je možné ustanovenie o manželstve analogicky použiť aj na mimomanželské partnerské spoluzitie. Výsledkom úvahy bude to, že manželstvo, so všetkými jeho zákonnými podmienkami je niečo iné ako mimomanželské partnerské spoluzitie, sleduje iný účel, preto použitie analógie nepripadá do úvahy.⁵¹ Naproti tomu sa použije *argumentum a contrario*, z ktorého vyplýva, že ak má zákonné dedičské právo a právo na povinný podiel len manžel, nemôže ho mať aj druh.

2.1.3 Argumentum ad absurdum

Ak hovoríme o *analogii legis* a o *argumentum per eliminationem* ako o nástrojoch vyplňania medzier v zákone, považujeme za potrebné spomenúť v tejto súvislosti aj *argumentum ad absurdum*. Ide o dôkaz dovedenia do absurdných, resp. nemožných, resp. nemorálnych, resp. nerozumných dôsledkov a z tohto dôvodu vylúčenie takéhoto riešenia. Tento nástroj nie je (rovnako ako *argumentum per eliminationem*) samostatným nástrojom vyplňania medzier v zákone, ale môže sa ním stať najmä v spojení s predchádzajúcimi dvoma.

⁵⁰ K *argumentum per eliminationem* a *argumentum a contrario* nepochybne patrí aj *argumentum e silentio legis*, čiže mlčania zákona; ako sme už uviedli, mlčanie zákona sa považuje za medzeru v zákone, *argumentum e silentio* je naopak nástrojom interpretácie práva, ktorý sa používa, ak je mlčania relatívne, čiže vo vzťahu k niečomu, čo v zákone upravené je, nie, ak je mlčania absolútne, vtedy ide o už o medzeru v zákone – tzv. nedostatkovú medzeru; práve preto tento argument nebudeme rozoberať v rámci nástrojov vyplňania medzier v zákone, lebo ním *de facto* nie je; pozri KNAPP, V. – GERLOCH, A.: *Vědecké metody poznání práva*. Praha: Ústav státní správy, 1983, s. 65 a taktiež BRÖSTL, A. – DOBROVIČOVÁ, G. – KANÁRIK, I.: *Teória práva*. Košice: Univerzita Pavla Jozefa Šafárika v Košiciach. Právnická fakulta, 2007, s. 136; podobne považujeme za nástroj interpretácie práva, ale nie vyplňania medzier v zákone aj *argumentum a fortiori*, pozri napr. VEČEŘA, M. a kol.: *Teória práva*. 4. vydanie. Bratislava: Eurokódex, 2011, s. 196 a nasl.; ale ako sme už povedali vyššie, hranica medzi interpretáciou a vyplňaním medzier v zákone je tenká

⁵¹ § 1931 a 2303 BGB in VEČEŘA, M. a kol.: *Teória práva*. 4. vydanie. Bratislava: Eurokódex, 2011, s. 198

Demonštrujme si použitie tohto argumentu na príklade. §§ 15 a 16 Trestného zákona⁵² upravujú zavinenie a delia ho na úmyselné a nedbanlivostné, pričom oba tieto druhy delia na poddruhy, čiže dohromady pozná naše trestné právo štyri hierarchicky usporiadané druhy zavinenia – od najťažšieho po najľahšie ide o priamy úmysel, nepriamy úmysel, vedomú nedbanlivosť a nevedomú nedbanlivosť. Žiadne iné zavinenie existovať nemôže. Ak použijeme *argumentum per eliminationem*, dospejeme k záveru, že každé iné správanie, ktoré nenapĺňa znaky jedného z týchto štyroch druhov zavinení, nie je zavinením. Nepriamy úmysel a vedomá nedbanlivosť majú spoločné to, že páchatel' vedel o tom, že svojím konaním môže spáchať trestný čin, pri nepriamom úmysle bol s prípadom, že ho spôsobí, uzrozumený a pri vedomej nedbanlivosti sa bez primeraných dôvodov spoliehal, že ho nespôsobí. Čo však, ak páchatel' síce vedel, že svojím konaním môže spáchať trestný čin, ale nebol s tým ani uzrozumený, ani sa bez primeraných dôvodov nespoliehal, že ho nespácha, pretože bol k tomuto konaniu ľahostajný? Takéto chovanie nespĺňa zákonné predpoklady ani nepriameho úmyslu, ani vedomej nedbanlivosti. *Analogia legis* je v trestnom práve hmotnom ako nástroj vyplňania medzier v zákone vylúčená, ak ju však použijeme ako prostriedok výkladu zákona na vyriešenie, pod ktorý zo stupňov zavinenia dané chovanie páchatel'a podradiť, dospejeme k záveru, že pod žiaden. Následne môžeme využiť *argumentum per eliminationem* nato, aby sme vyvodili záver, že žiaden iný stupeň zavinenia v trestnom práve neexistuje. Riešenie nášho prípadu by teda bolo, že chovanie páchatel'a bolo nezavinené a teda nejde o trestný čin a páchatel' za takéto chovanie nemôže byť potrestaný. Takéto riešenie by však bolo absurdné, pretože ten, kto sa k páchaniu trestného činu zachoval ľahostajne, sa zachoval očividne horšie ako ten, kto sa len ľahkovážne spoliehal na to, že trestný čin nespácha, nehovoriac o tom, kto sa trestného činu dopustil dokonca z nevedomej nedbanlivosti. Napriek tomu by poslední dvaja potrestaní boli a „náš“ páchatel' nie. Preto je potrebné výsledok dosiahnutý *argumentom per eliminationem* za pomoci *argumentu ad absurdum* vylúčiť a správanie nášho páchatel'a podradiť pod jeden zo štyroch stupňov zavinenia.⁵³

2.2 Teleologická redukcia⁵⁴

⁵² Zákon č. 300/2005 Z. z. Trestný zákon

⁵³ Analogicky porovnaj KNAPP, V. – GERLOCH, A.: *Logika v právnom myšlení*. Praha: Eurolex Bohemia, 2001, s. 223 – 225

⁵⁴ Podľa niektorých autorov je teleologická redukcia vlastne *argumentum a minori ad maius* či *argumentum a maiori ad minus*; porovnaj HOLLÄNDER, P.: *Ústavněprávní argumentace, ohlédnutí po deseti letech Ústavního soudu*. Praha: Linde, 2003, s. 18

Ďalší z nástrojov vyplňania medzier v zákone, teleologická redukcia (reštrikcia), sa používa vtedy, keď nejde v zákone o medzeru v pravom slova zmysle, o neúplnosť určitého celku, ale naopak, keď zákon upravuje niečo na viac. Konkrétne, keď zákon zahŕňa také skutkové situácie, ktoré zahŕňať nemá a vytvára tak logickú alebo neurčitú medzeru v našom ponímaní.

Ide teda o nástroj dotvárania práva, keď sa na určitý skutkový stav neaplikuje ustanovenie zákona, a to aj napriek tomu, že tento skutkový stav spadá do jadra pojmu tohto ustanovenia; predstavuje teda nachádzanie práva *contra verba legis*, pretože jazykovo nesporný význam príslušného ustanovenia obsahuje viac, než by zodpovedalo jeho teleológii, čiže zmyslu a účelu. Teleologická redukcia je tak vlastne zrkadlovým obrazom k *analogii legis*, pretože pri analógii k dikcii textu zákona pridávame ďalšie prípady, naproti tomu pri teleologickej redukcii z dikcie zákonného textu niektoré prípady vynímame. Teleologickú redukcii treba odlišovať od reštriktívneho výkladu, ktorým sa odstraňujú len sémantické nejasnosti v rámci neurčitej časti pojmu, kdežto pri teleologickej redukcii sa zasahuje do jazykovo nespornej časti pojmu, do jeho jadra a dochádza tak k dotváraní práva. Zároveň je pri jej využití ešte viac dotknutý princíp právnej istoty, ako pri použití analógie. Preto musia byť právne princípy hovoriaci v prospech teleologickej redukcii dotknuté v takej miere, že prevážia nad princípom právnej istoty⁵⁵ (viď nasledujúci príklad).

Teleologická redukcia sa niekedy stotožňuje s *argumentom ad absurdum*, pretože pri oboch ide o vylúčenie určitej výkladovej varianty pre rozpor so základnými princípmi príslušnej právnej regulácie. Tieto dva nástroje stotožňuje aj Ústavný súd ČR v náleze z 28. 1. 2004.⁵⁶ V tomto prípade došlo k zmene ustanovenia zákona o ochrane utajovaných skutočností, ktorý pôvodne udeľoval výnimku požiadavky bezpečnostných previerok nielen pre poslancov a senátorov, ale aj pre advokátov. V novelizovanom znení tohto ustanovenia však advokáti už chýbali, čím boli vypustení zo zoznamu tých, u ktorých sa bezpečnostná previerka nevyžaduje. Zároveň však trestný poriadok zostal v pôvodnom znení, čo znamenalo, že podľa neho sa bezpečnostná previerka advokátov nevyžadovala, postačovalo len poučenie. Výkladovým pravidlom *lex specialis derogat legi generali* sa rozhodlo, že zákon o utajovaných skutočnostiach bude mať ako špeciálny predpis prednosť pred trestným poriadkom, čo by znamenalo, že sa bude v tejto veci postupovať podľa novelizovaného zákona o ochrane utajovaných skutočností. Tu pri použití *argumentum*

⁵⁵ MELZER, F.: *Metodologie nalézání práva. Úvod do právní argumentace*. Praha: C. H. Beck, 2010, s. 248

⁵⁶ Nález Ústavného súdu Českej republiky Pl. ÚS 41/02

a contrario dospejeme k záveru, že advokáti v trestnom konaní, ak sú jeho predmetom utajované skutočnosti, musia absolvovať bezpečnostnú previerku. Takýto záver a jeho realizácia je však nepredstaviteľná jednak z praktického hľadiska, ale hlavne by to znamenalo, že ak by išlo o tú istú utajovanú skutočnosť, v občianskom konaní by advokát nemusel podstúpiť bezpečnostnú previerku, ale v trestnom áno, pretože v občianskom práve k takejto novelizácii nedošlo. Navyše tu ide o porušenie princípu bezrozpornosti právneho poriadku a práva na obhajobu, pred ktorým sa neprimerane uprednostňuje záujem na ochrane utajovaných skutočností. Princíp bezrozpornosti právneho poriadku v tomto prípade prevažuje nad princípom právnej istoty. Vylúčením absurdného záveru dospel Ústavný súd k tomu, že bezpečnostné previerky sa ani u advokátov ani v trestnom konaní nevyžadujú a použil tak teleologickú redukciu ako nástroj vyplňania medzier v zákone.⁵⁷

V tejto kapitole sme si aj pomocou príkladov načrtli mechanizmus fungovania nástrojov vyplňania medzier v zákone. V tej nasledujúcej sa budeme zaoberať tým, kto, prečo a v akej miere je oprávnený tieto nástroje využiť a zároveň, aké iné nástroje sú ešte k dispozícii.

⁵⁷ K teleologickej redukcii sú zaujímavé aj iné nálezy Ústavného súdu ČR, napr. II. ÚS 326/98 o štátnom občianstve ako podmienke reštitúcie, Pl. ÚS 2/99 o vylúčení vlastníka pozemku z kolaudačného konania alebo II. ÚS 221/98 o spôsobilosti predbežného opatrenia zasiahnuť do ústavne zaručených práv alebo slobôd, v ktorých Ústavný súd, na rozdiel od nálezu v texte (Pl. ÚS 41/02) nehovorí výslovne, že použil teleologickú redukciu či *argumentum ad absurdum*, vyplýva to však jasne z odôvodnenia súdu

3 Osobitné nástroje vyplňania medzier v zákone

V predchádzajúcej kapitole sme si predstavili niektoré konkrétne inštitúty, ktoré slúžia ako nástroje vyplňania medzier v zákonoch. V tejto kapitole sa zameriame na ďalšie, povahou všeobecnejšie, možno povedať, že modernejšie, na definovanie komplikovanejšie, no potrebné na plynulý prechod tejto práce od teoretických základov, k praktickým aplikačným problémom, spojených s úvahami o situácii *de lege ferenda*. Pôjde najmä o *analogiu iuris*, ústavne konformný výklad a test proporcionality.

3.1 Analogia iuris

Analogiu iuris (analogiu práva) sme v predchádzajúcej kapitole zámerne opomenuli len s krátkym vysvetlením, že s *analogiou legis* ma spoločné akurát prvé slovo v názve.⁵⁸ Práve teraz však nastal správny čas vrátiť sa k *analogii iuris* ako k osobitnému nástroju vyplňania medzier v zákonoch. Podľa Ústavného súdu Českej republiky *analogia iuris* znamená: „posouzení případu podle právních principů příslušného právního odvětví nebo obecných právních principů, neboť podobná právní norma vůbec neexistuje.“⁵⁹ Podobne podľa právnej teórie ide *analogiu iuris* vtedy, ak „neexistuje žiadne pozitívne ustanovenie právneho predpisu, ktoré by svojou teleológiou odpovedalo riešenému prípadu.“⁶⁰ Ide teda o takú situáciu, keď pozitívne právo nerieši konkrétny prípad, ten sa nedá vyriešiť ani prostredníctvom nástrojov interpretácie a neexistuje ani analogické ustanovenie v danom právnom predpise, ktorý sa na tento konkrétny prípad vzťahuje. V takomto prípade je potrebné vychádzať z právnych princípov. *Analogiu iuris* predpokladá v niektorých prípadoch aj pozitívne právo, príkladom je § 7 rakúskeho občianskeho zákonníka ABGB, ktorý ustanovuje: „Nelze-li právní případ rozhodnouti ani podle slov ani z přirozeného smyslu zákona, jest hleděti k podobným v zákoně zřejmě rozhodnutým případům a k důvodům jiných příbuzných zákonů. Zůstane-li právní případ pochybný i nadále, sluší jej ze zřetelem k okolnostem pečlivě shrnutým a zrale uváženým rozhodnouti podle přirozených zásad právních.“⁶¹ Podobne je ustanovené aj v talianskom Občianskom

⁵⁸ Vid' s. 24 tejto práce

⁵⁹ Uznesenie Ústavného súdu Českej republiky IV.ÚS 121/12

⁶⁰ MELZER, F.: *Metodologie nalézání práva. Úvod do právní argumentace*. Praha: C. H. Beck, 2010, s. 243

⁶¹ NOVÁK, K. - ŠVEHLA, A. et al. : *Obecný zákoník občanský platný v Čechách, na Moravě a ve Slezsku se zákony doplňujícími*. 3. oprav. vyd. Praha : Spolek čsl. právníků Všehrd, 1930, s. 6. In PIPA, M.:

zákonníku v čl. 12, ktorý hovorí, že ak výklad práva zostane nejasný, má sa rozhodnúť „na základe všeobecných právnych zásad právneho poriadku štátu.“⁶² Ak chceme bližšie objasniť *analogiu iuris* a vyplňanie medzier v zákone týmto nástrojom v nadväznosti na naše ďalšie úvahy o sudcovskej tvorbe práva, je potrebné si najprv vyjasniť, čo sú to vlastne právne princípy, resp. prirodzené zásady právne.

3.1.1 Právne princípy

Definícia pojmu právne princípy, možno nevyčerpávajúca, ale pre účely tejto práce na tomto mieste postačujúca na aspoň predstavenie si toho, o čom sa bude v ďalšom texte stále viac a viac rozprávať, je, že ide o „všeobecné postuláty smerované na ľudské správanie, uznávané v civilizovaných krajinách a intuitívne vnímané ako zásady právne“⁶³; či trochu konkrétnejšie „pravidlá, ktoré tvoria základ určitého právneho inštitútu, zákona, právneho odvetvia alebo právneho poriadku.“⁶⁴

Často bývajú zamieňané s právnymi normami, všeobecne záväznými pravidlami ľudského správania, ktoré sú ustanovené alebo uznané štátom vo vopred právom určenej forme a ktorých zachovanie je vynútiteľné štátnou mocou.⁶⁵ Na rozdiel od právnych noriem sú však právne princípy charakterizované vyššou všeobecnosťou ich možného vyjadrenia.⁶⁶ Podľa R. Dworkina je rozdiel medzi právnou normou a právnym princípom nie v stupni všeobecnosti, ale logický. Právne normy sú aplikovateľné spôsobom všetko alebo nič. Ak sú okolnosti predpokladané právnou normou dané, norma sa uplatní, ak nie, neuplatní sa, dôjde k jej derogácii a k odstráneniu z právneho poriadku. V prípade konfliktu dvoch právnych noriem môže teda platiť len jedna z nich. Niečo nemôže byť jednou normou dovolené a druhou zakázané, interpretačnými pravidlami (ako napr. *lex posterior derogat legi priori*, či *lex specialis derogat legi generali etc.*) sa rozhodne o aplikácii jednej z týchto noriem a tým aj o derogácii tej druhej. V prípade kolízie

K vymedzeniu medzier v práve a k ich druhom z hľadiska sudcovskej tvorby práva. Historia et theoria iuris, č. 3/2010, s. 26

⁶² Codice civile z roku 1942 (II Codice Civile Italiano)

⁶³ KNAPP, V.: *Velké právní systémy. Úvod do srovnávací právní vědy.* Praha: C. H. Beck, 1996, s. 50

⁶⁴ KÜHN, Z.: *Pojem a role právního principu.* In: BOGUSZAK, J. a kol.: *Právní principy. Kolokvium.* Pelhřimov: Vydavatelství 999, 1999, s. 93

⁶⁵ OTTOVÁ, E.: *Teória práva.* Šamorín: Heuréka, 2006, s. 204

⁶⁶ OSINA, P.: *Právní principy a interpretace práva.* In GERLOCH, A. – MARŠÁLEK, P.: *Problémy interpretace a argumentace v soudobé právní teorii a právní praxi. Sborník příspěvků z vědeckého kolokvia kateder teorie práva právnických fakult ČR.* A. Gerloch a kol. I. vydání. Praha: Eurolex Bohemia, 2003, s. 88

právnych princípov sa stáva tým rozhodujúcim ten z nich, ktorý má väčšiu dôležitosť, pričom ale ten s menšou dôležitosťou neprestáva platiť.⁶⁷ Odporcom Dworkinovej koncepcie právneho princípu je R. Alexy. Jadrom jeho teórie je tvrdenie, že ak je aplikácia určitej normy výsledkom porovnávania, ide o princíp, ak nie, ide o právnu normu.⁶⁸

Odhliadnuc od tvrdené jednotlivých autorít a pre ujasnenie si tejto našej úvahy je najpodstatnejšia predbežná sumarizácia, a síce, že kolízia právnych noriem sa rieši derogáciou jednej z nich, kdežto kolízia právnych princípov ich porovnávaním – proporcionalitou. Nie je možné všeobecne stanoviť, že určité pravidlo je vždy princípom alebo vždy normou, záleží to od konkrétnych okolností posudzovaného prípadu, preto sa táto práca vyhýba aj akémusi výpočtu právnych princípov. Aby bol tento náš čiastkový záver zrozumiteľnejší, demonštrujeme si ho na dvoch príkladoch.

Ako vzor k prvému príkladu nám poslúži rozhodnutie Ústavného súdu Spolkovej republiky Nemecko,⁶⁹ ktorý posudzoval ústavnosť právnej normy jednej zo spolkových krajín, ktorá zakazovala otváranie obchodov v stredu po 13. hodine. Spolkové právo však obsahovalo právnu normu, ktorá umožňovala, aby boli obchody v celom Nemecku v každý pracovný deň otvorené do 19. hodiny. Ústavný súd právnu normu jednej zo spolkových krajín derogoval. Ak by mali platiť obe, bolo by dovolené a zároveň aj zakázané v danej spolkovej krajine, aby boli obchody v stredu medzi 13. a 19. otvorené, čo by viedlo k absurdnému záveru,⁷⁰ eventuálne by nám tu teda podľa nášho delenia mohla vzniknúť logická medzera. V danom prípade išlo ale o kolíziu dvoch právnych noriem, pretože k vyriešeniu došlo derogáciou jednej z nich. Rozpor sa odstránil jednoduchou interpretáciou, no musel ju vykonať súd. Preto nebol zásah do princípu právnej istoty len nízky, mal väčšiu intenzitu, adresáti týchto právnych noriem nevedeli, ako sa správať, preto daný prípad považujeme za medzeru v zákone.⁷¹

⁶⁷ DWORKIN, R.: *Když se práva berou vážně*. Praha: Oikoymenth, 2001, s. 43 a nasl.; pozri aj HOLLÄNDER, P.: *Filipika proti redukcionizmu (texty z filozofie práva)*. Bratislava: Kalligram, 2009, s. 144 – 145

⁶⁸ Aj Dworkin aj Alexy však považujú rozdiel medzi právnym princípom a právnou normou za rozdiel logický, nestotožňujú sa teda s názorom, ktorý sme uviedli vyššie, že právne princípy sú charakteristické vyšším stupňom všeobecnosti. S týmto názorom nesúhlasí P. Holländer. Pozri HOLLÄNDER, P.: *Deficit Dworkinovy a Alexyho koncepcie logického vymezování právních principů*. In BOGUSZAK, J. a kol.: *Právní principy. Kolokvium*. Pelhřimov: Vydavatelství 999, 1999, s. 17

⁶⁹ BVerfGE, 1, 283 a nasl. (20.5.1952)

⁷⁰ Pozri kapitolu 2.1.3 – *argumentum ad absurdum*

⁷¹ Toto zistenie považujeme za ďalšie doplnenie definície medzery v zákone uvedené na s. 23 (posledný odsek) tejto práce

V inom prípade,⁷² kedy ten istý súd rozhodoval o tom, či sa má na hlavné pojednávanie dostaviť obvinený, ktorému hrozilo nebezpečenstvo mozgovej príhody a srdcového infarktu, pričom posudzoval vzťah medzi povinnosťou štátu zaistiť funkčnú trestnoprávnu ochranu a medzi právom obvineného na ochranu života a telesnej nedotknuteľnosti, nemohol vysloviť, že by jeden z týchto princípov v danom prípade neplatil a derogovať ho, mohol ich len porovnať a vysloviť, ktorý z nich má v danom prípade prednosť, pričom ten ustupujúci právny princíp zostal aj naďalej súčasťou právneho poriadku.⁷³

Právne princípy môžeme v kontexte vyššie uvedených argumentov považovať dokonca za pramene práva.⁷⁴ K tejto otázke sa vyjadril aj Ústavný súd ČR, ktorý prehlásil, že ústava „nemôže existovať mimo verejností akceptovaného kontextu hodnot, spravodlnostných predstáv, akož i predstáv o smyslu, účelu a spôsobe fungování demokratických institucí. Jinými slovy, nemôže fungovať mimo minimálného hodnotového a inštitucionálneho konsenzu. Pro oblasť práva z toho plyne záver, že pramenom práva obecně, jakož i pramenom práva ústavního, a to i v systému psaného práva, jsou rovněž základní právní principy a zvyklosti.“⁷⁵ Príkladmo vymenováva princíp zákazu retroaktivity, princíp, podľa ktorého neznalosť práva neospravedlňuje, výkladové pravidla *a contrario*, *a minore ad maius*, *a maiore ad minus*, *reductio ad absurdum* a pod., či už niekoľkokrát spomínaný princíp proporcionality. K tomuto P. Holländer dodáva, že

⁷² BVerfG 51, 324 (19.6.1979)

⁷³ Na ilustráciu toho, že princípy nie sú právne normy, ešte jeden príklad (Riggs v Palmer 115 N.Y. 506 1889). V tomto prípade musel newyorský súd rozhodnúť o tom, či dedič uvedený v záвете svojho starého otca môže na základe tohto závetu dedič, napriek tomu, že zabil svojho starého otca práve preto, aby mohol dedič. Súd začal takto: „Je nepochybne pravda, že na základe zákonov upravujúcich zostavovanie, dokazovanie a vykonávanie závetov a majetkové prevody, ak ich vykladáme doslova a ak nie je možné ich účinky a pôsobenie nijako a za žiadnych okolností ovplyvniť alebo zmeniť, prechádza tento majetok na vraha.“ Súd však pokračoval a poznamenal, že „pôsobenie všetkých zákonov a zmlúv možno ovplyvňovať všeobecnými, zásadnými maximami všeobecného práva (common law). Nikomu sa nesmie dovoliť, aby mal prospech z vlastného podvodu, využívať vlastné protiprávne konanie, opierať žalobu o vlastnú nepravosť alebo nadobúdať majetok vlastným zločinom.“ Vrah svoje dedičstvo nezískal, uplatnil sa princíp „no one shall profit from his own wrong“, čiže nikto nemôže získať prospech zo svojho protiprávneho konania

⁷⁴ Hoci sa právne princípy vo všeobecnosti nepovažujú za pramene práva vo formálnom slova zmysle, uvedomme si, že už len samotné delenie prameňov práva a určovanie ich formálnej záväznosti je produktom právnej teórie, preto je opäť len na teórii, aby toto rozčlenenie modifikovala v súvislosti so zmenenými spoločenskými podmienkami a reflektovala to, čo spoločnosť naozaj uznáva; mala by preformulovať definovanie prameňov práva a rozšíriť ich množinu o právne princípy, lebo tie sú to prvoradé, s čím sa spoločnosť dokáže stotožniť; bežný človek nepovažuje za právo to, čo je napísané v zákonoch, pretože v prvom rade hlavne ani nevie, čo to je; za právo považuje to, čo je spravodlivé, to, čo zodpovedá práve právnym princípom; stotožnenie sa spoločnosti s právom je veľmi dôležité, pretože len vtedy ho bude rešpektovať; príkladom nestotožnenia sa môže byť v našich podmienkach Exekučný poriadok (zákon č. 223/1995 Z.z.) umelo implementovaný do našich geografických súradníc podľa francúzskeho modelu; príkladom zo zahraničia môže byť obchádzanie zákona, ktorý zakázal býčie zápasy v Španielsku a s ktorým sa miestni obyvatelia nikdy nestotožnili, preto ho ani nikdy nedodržiavali

⁷⁵ Nález Ústavného súdu ČR IV. ÚS 1133/07; k podobnému záveru slovenského Ústavného súdu sa nám z rozličných dôvodov nepodarilo dopátrať

v systéme písaneho práva majú právne princípy charakter samostatného prameňa práva, ale len *preater legem*, čiže pokiaľ písané právo neustanoví inak.⁷⁶

Právne princípy sú však v odôvodneniach rozhodnutí slovenských súdov lipnúcich na prílišnom pozitivizme s vysokým stupňom formalizmu pri výklade zákonov zakorenenom v myslení sudcov najmä z doby pred rokom 1989,⁷⁷ nie príliš častým javom. Ak sa predsa len použijú, je toto ich použitie mnohokrát skôr náhodné, nedostatočne vysvetlené a nie v dostatočnom rozsahu nasledované v ďalších podobných rozhodnutiach. Ako hovorí Z. Kühn: „aj tí sudcovia, ktorí [...] používajú celú širokú plejádu ďalších argumentov, vrátane predošlej judikatúry, princíпов, právnych hodnôt, právnepolitických úvah, alebo právnu doktrínu, často tak činia skôr implicitne a nedávajú týmto úvahám priechod v odôvodnení rozhodnutia.“⁷⁸ Našťastie je tendencia v niektorých iných krajinách EÚ, vrátane susednej Českej republiky, opačná, čo, ako si ukážeme v niektorých ďalších kapitolách, má vplyv aj na vnímanie tohto problému v našich zemepisných šírkach.

Problém s právnymi princípmi je často ich nesprávne definovanie, ale aj slabá zakotvenosť v platnom písanom práve v tak jasnej forme, ako právne normy. Ak však niečo explicitne nie je upravené v platnom písanom práve, ako sme si už povedali, ide o vznik medzery v zákone, ktorá sa má, okrem iného, vyplňať práve pomocou právnych princíпов. Ak by sme za právne princípy považovali len tie, čo sú explicitne ustanovené v písanom práve, resp. by sme úplne ignorovali existenciu právnych princíпов, boli by sme opäť na začiatku, pri tvrdení, že zákony medzery nemajú, čo znamená aj späť o 90 rokov.

V zásade sa existencia právnych princíпов medzi právnymi teoretikmi, ale ani v právnej praxi, neodmieta. Ak sa neodmieta ich existencia a neodmieta sa ani existencia medzery v zákone pri aplikácii práva na konkrétny prípad, kladieme si otázku, prečo súdy často odmietajú vyplňať medzery práve pomocou právnych princíпов? K jej zodpovedaniu, i keď má skôr charakter rečníckej otázky, ktorá by bola čisto v právnej rovine podľa výkladových pravdepodobne vyriešená prostredníctvom *argumentum ad absurdum*, dospejeme snáď aspoň náčrtom v ďalšom texte tejto práce.

⁷⁶ HOLLÄNDER, P.: *Ústavněprávní argumentace, ohlédnutí po deseti letech Ústavního soudu*. Praha: Linde, 2003, s. 21

⁷⁷ KÜHN, Z.: *Aplikace práva soudcem v éře středoevropského komunismu a transformace, Analýza příčin postkomunistické právní krize*, Praha: C. H. Beck, 2005, s. 4

⁷⁸ KÜHN, Z.: *Aplikace práva soudcem v éře středoevropského komunismu a transformace. Analýza příčin postkomunistické právní krize*. Praha: C.H.Beck, 2005, s. 133

3.1.2 Analogia iuris a ústavne konformný výklad⁷⁹

Ako bolo avizované, od zafinovania si pojmu *analogia iuris* ako „posouzení případu podle právních principů příslušného právního odvětví nebo obecných právních principů, neboť podobná právní norma vůbec neexistuje“⁸⁰, cez doplnenie tejto definície objasnením inštitútu právnych princípov, môžeme až na tomto mieste prejsť k ďalším problémom spojeným s *analogia iuris*.

Ak chceme využiť *analogia iuris*, musíme využiť určité právne princípy. A ak chceme využiť právne princípy, musíme pochopiť, že nie všetky majú rovnakú právnu silu. Právne princípy si spravidla zachovávajú silu toho právneho predpisu, resp. tej právnej matérie, z ktorej sú odvodené. Ak sú vlastné celému právnemu poriadku, pôjde o právne princípy najvyššej právnej sily – ústavné princípy.⁸¹ Otázka by mohla byť položená takto: ako je možné, aby sa napr. v občianskom spore medzi dvoma súkromnými osobami bral ohľad, ba dokonca dávala prednosť, ústavným princípom, ktoré sú princípmi odvetvia verejného práva?

Koncipovanie odpovede na túto otázku začne od tvrdenia, že ústava a jej princípy „prežarujú“ do celého právneho poriadku. Ústava je základom pre ďalšiu normotvorbu. Všetky ostatné právne predpisy musia byť s ňou v súlade. Ústava sa stáva nie len zmocňovacím základom a rámcom pre jednoduché právo, ale taktiež obsahovým stredom právneho systému, možno tu hovoriť o konštitucionalizácii právneho poriadku. Ten spočíva v tom, že má ústava priamu záväznosť, a síce dvojitého rozmeru: prvým je jej bezprostredná záväznosť v prípade absencie jednoduchého práva, druhým je jej úloha najdôležitejšieho interpretačného východiska jednoduchého práva.⁸² Oba rozmery vytvárajú tak priestor pre vyplňanie medzier v zákonoch, preto má zaradenie ústavne

⁷⁹ Otázne je, či nie je *analogia iuris* vlastne to isté ako ústavne konformný výklad; oba sa opierajú o právne princípy a ich uplatnenie, *analogia iuris* o akékoľvek právne princípy (čiže akejkolvek právnej sily), ústavne konformný výklad o ústavné princípy (právne princípy najvyššej právnej sily); *analogia iuris* by sme mohli považovať preto za širší pojem ako ústavne konformný výklad; keďže ale ústavné princípy prežarujú do celého právneho poriadku a majú najvyššiu právnu silu prevažujúcu nad ostatnými právnymi princípmi, mohlo by nás to do viesť k záveru, že *analogia iuris* a ústavne konformný výklad je to isté; takýto záver by bol však nesprávny, pretože by nezohľadňoval pozitivistický pohľad na právo a operoval výlučne s právnymi princípmi, opomínajúc právne normy, ktoré sa pri *analogia iuris* zohľadňujú z celého práva a pri ústavne konformnom výklade len z oblasti ústavného práva; *analogia iuris* má teda s ústavne konformným výkladom veľa spoločného, ale nejde o to isté, *analogia iuris* zastrešuje pri svojom použití viacero právnych noriem z rôznych oblastí práva

⁸⁰ Viď definícia zo s. 31 tejto práce, ref. 58

⁸¹ MELZER, F.: *Metodologie nalézání práva. Úvod do právní argumentace*. Praha: C. H. Beck, 2010, s. 68; k tomu aj kapitolu 3.3.1 tejto práce, kde sa zaoberáme všeobecným testom pomeriavania a práve toto tvorí prvý z jeho kritérií

⁸² HOLLÄNDER, P.: *Nástin filosofie práva – úvahy strukturální*. Praha: Věšhrd, 2000, s. 58 – 59

konformného výkladu do tejto práce svoje opodstatnenie, ide o osobitný nástroj vyplňania medzier v zákonoch. V reči ústavného súdu ČR je „jednou z funkcií Ústavy, zvlášť ústavní úpravy základných práv a svobod, její „prozařování“ celým právním řádem. Smysl Ústavy spočívá nejen v úpravě základných práv a svobod, jakož i institucionálního mechanismu a procesu utváření legitimních rozhodnutí státu (resp. orgánu veřejné moci) nejen v přímé závaznosti Ústavy a v jejím postavení bezprostředního pramene práva, nýbrž i v nezbytnosti státních orgánů, resp. orgánů veřejné moci, interpretovat a aplikovat právo pohledem ochrany základných práv a svobod.“⁸³

Princíp ústavne konformného výkladu vznikol v rozhodovacej praxi Spolkového ústavného súdu SRN, ktorý prehlásil, že zákon nemá byť derogovaný, ak je ho možné interpretovať v súlade s ústavou.⁸⁴ Teda, Spolkový ústavný súd môže za protiústavnú prehlásiť len takú normu, ktorú nie je možné považovať za ústavnú ani po uplatnení ústavne konformného výkladu.⁸⁵ Ústavne konformný výklad sa uplatňuje aj v aplikačnej praxi slovenských súdov, napríklad v náleze Ústavného súdu SR⁸⁶, v ktorom vyslovil: „keď právnu normu možno vysvetľovať dvoma spôsobmi, pričom jeden výklad je v súlade s Ústavou Slovenskej republiky a medzinárodnými dohovormi podľa čl. 11 Ústavy Slovenskej republiky a druhý výklad je s nimi v nesúlade, nejestvuje ústavný dôvod na zrušenie takej právnej normy. Všetky štátne orgány majú vtedy Ústavou Slovenskej republiky určenú povinnosť uplatňovať právnu normu v súlade s Ústavou Slovenskej republiky (čl. 152 ods. 4).“⁸⁷

⁸³ Nálezy Ústavného soudu České republiky III. ÚS 129/98; III. ÚS 257/98

⁸⁴ BVerfGE 2, 226 (282); BVerfGE 90, 263 (274 a nasl.)

⁸⁵ Ide o tzv. Schumannovu vetu; pozri HOLLÄNDER, P.: *Ústavněprávní argumentace, ohlednutí po deseti letech Ústavního soudu*. Praha: Linde, 2003, s. 36; pozri aj ŠIMÍČEK, V.: *Imperativ ústavně konformní interpretace a aplikace právních předpisů*. Právník, č. 12, 1999, s. 1083; podobne pozerá na metódu ústavne konformného výkladu aj rakúska, či švajčiarska právna doktrína; čím ďalej, tým viac sa vyskytuje aj v aplikačnej praxi ústavných súdov Slovinska, Poľska a Česka; bližšie k odkazom na jednotlivé judikáty pozri HOLLÄNDER, P.: *Ústavněprávní argumentace, ohlednutí po deseti letech Ústavního soudu*. Praha: Linde, 2003, s. 35 a nasl.

⁸⁶ Nález Ústavného súdu Slovenskej republiky Pl. ÚS 15/98

⁸⁷ V súvislosti s týmto nálezom je potrebné spomenúť okrajovo aj iný problém, týkajúci sa najmä princípu del'by moci, ktorý je dôležitý aj pre túto prácu ako antilegitimálny dôvod sudcovskej tvorby práva; keďže však nesúvisí priamo s našou témou, spomenieme ho práve na tomto mieste; v tomto náleze bolo taktiež spomenuté, že čl. 152 ods. 4 je *všeobecným princípom výkladu a uplatňovania práva*; z takéhoto znenia tvrdenia ústavného súdu mnohí chceli čl. 152 ods. 4 priznať väčšiu váhu, než sám má; napr. J. Drgonec hovorí, že čl. 152 ods. 4 je *ústavným základom, od ktorého sa odvíja nadradenosť ústavy voči ústavným zákonom, zákonom a ostatným všeobecne záväzným predpisom a je ústavným základom hierarchického usporiadania právneho poriadku SR* (pozri DRGONEC, J.: *Ústava Slovenskej republiky. Komentár*. 2. vydanie. Šamorín: Heuréka, 2007, s. 40), čím *de facto* tvrdí, že ústava stojí nad ústavnými zákonmi a vytvára tak priestor pre zneužitie tohto tvrdenia na vyvodenie právomoci Ústavného súdu rozhodovať o súlade ústavných zákonov s ústavou; opiera sa aj o tvrdenie, že sám Ústavný súd vo svojom náleze vyslovil, že čl. 152 ods. 4 je *všeobecným princípom výkladu a uplatňovania práva*; nepochybne ním je, ale neznamená to nič viac, než že všetky právne predpisy sa majú vykladať v súlade s ústavou – ide tu práve o ústavne konformný

Hoci boli a miestami aj sú tendencie uplatňovať ústavne konformný výklad aj v aplikačnej praxi všeobecných súdov, stále je postup k tejto metóde vyplňania medzier v zákonoch pomerne skeptický. Táto skepsa má počiatky už pri náleze Pl. ÚS 15/98 (ide o iný nález, pretože toto je nález ústavného súdu ČR, nie SR), konkrétne v odlišnom stanovisku sudcu Pavla Varvařovského: „souhlasím s tendencí Ústavního soudu minimalizovat zásahy do právního řádu a v případech, kdy je možno dospět k ústavně komformní interpretaci na bázi platného textu, nepřístupovat k rušení napadeného ustanovení. Tento postup však považuji za přijatelný pouze v těch případech, kdy se zřetelně nabízejí dva či více možných výkladů, z nichž jenom jeden z ústavního pohledu ob stojí. Ústavní soud by však neměl překročit určitou hranici a volit tuto cestu v případech, kdy je zcela evidentní, že obecné soudy nebudou ochotny takový výklad akceptovat v obecné rovině, a to zejména proto, že s ohledem na určitou setrvačnost svého rozhodování se nebudou schopny či ochotny přenést přes text zákona.” Keďže sa skepsa a zotrvanie v starých vyšliapaných stopách šíri všeobecne vždy rýchlejšie ako zavádzanie nových metód, je tomu tak aj v tomto prípade a metóda ústavne konformného výkladu sa v aplikačnej praxi všeobecných súdov, najmä na Slovensku, uplatňuje v nedostatočnom rozsahu.

Úplne iná situácia je v Nemecku. Nemecká ústava – *Grundgesetz* – v čl. 1 ods. 3 ustanovuje, že základné práva uvedené v tejto ústave zaväzujú priamo zákonodarnú, výkonnú i súdnu moc ako platné právo.⁸⁸ Už v roku 1958 vydal nemecký ústavný súd rozhodnutie vo veci *Lüth*⁸⁹, v ktorom vyslovil že základný zákon (*Grundgesetz*, nemecká ústava) zďaleka nezakladá hodnotovo neutrálny poriadok, ale že založil objektívny poriadok hodnôt (*objektive Wertordnung*). Tento systém hodnôt musí byť považovaný za základné ústavné rozhodnutie vo všetkých právnych odvetviach, z ktorých zákonodarca, výkonná moc a súdne rozhodnutia odvodzujú podnety pre svoje konanie. Samozrejme teda

výklad - použiteľný v konaní o výklade, ale v žiadnom prípade nezakladá právomoc Ústavného súdu v konaní o súlade; čo sa týka hierarchického usporiadania právneho poriadku SR, rozhodujúci je čl. 125 ods. 1, nie čl. 152 ods. 4, ktorý je po prvé, uvedený v prechodných a záverečných ustanoveniach, kde ho ústavodarca nezaradil náhodou, ale preto, že sa týka právnych predpisov prijatých pred prijatím ústavy, takže tu nemožno ignorovať *argumentum a rubrica*, po druhé, nemôže ísť o základ pre hierarchické usporiadanie právneho poriadku SR, ak daný článok nerozlišuje medzi jednotlivými podzákonnými právnymi predpismi, ale hádže ich do jedného vreca a po tretie, doposiaľ v histórii Slovenska nebol podaný žiaden podnet na preskúmanie súladu ústavného zákona s ústavou na zákl. čl. 152 ods. 4 a ak by aj bol, bol by odmietnutý častým konštatovaním Ústavného súdu, že nerozhoduje o súlade právnych predpisov rovnakej právnej sily; k ďalším argumentom pozri aj PROCHÁZKA, R.: *Lud a sudcovia v konštitučnej demokracii*. Plzeň: Aleš Čenek, 2011, s. 26 a nasl.

⁸⁸ Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland; dostupné v nemeckom originály na <http://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/gg/gesamt.pdf>

⁸⁹ BVerfGE 7, 198 (205), dostupné v nemeckom originály na <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv007198.html>

tento ústavný systém ovplyvňuje taktiež občianske právo. Žiadne ustanovenie občianskeho práva nesmie tomuto ústavnému príkazu odporovať a naopak, každé musí byť vykladané v súlade s jeho duchom. Týmto zaviedol efekt prežarovania ústavy do celého právneho poriadku (*Ausstrahlungswirkung*) a *de facto* vyslovil, že každý spor je spor o základné práva.

3.2 Úloha sudcovskej tvorby práva pri vyplňaní medzier v zákone

Ťažiskovú úlohu v rámci vyplňania medzier v zákonoch majú nepochybne sudy, preto je aj sudcovská tvorba práva a odkazy na ňu ťažiskom tejto práce. Najdôležitejšou otázkou, ktorú si musíme v súvislosti s touto problematikou zodpovedať, je, či je vôbec súd legitimovaný vyplňať medzery v zákonoch a ak áno, na základe čoho?

3.2.1 Legitimačné dôvody sudcovskej tvorby práva pri vyplňaní medzier v zákone

Dôvody legitímácie sudcovskej tvorby práva nevyvodíme z ničoho iného, ako z právnych princípov. Tento krát začneme s protiargumentmi, a síce, že oprávneniu sudcov dotvárať právo a vyplňať tak medzery v zákonoch bránia najmä princíp právnej istoty, princíp del'by moci a nakoniec demokratický princíp.⁹⁰

Pozrime sa na prvý z nich, na princíp právnej istoty. Pre ten je príznačná jeho antinómia vo vzťahu k spravodlivosti. Právne myslenie v kontinentálnom type právnej kultúry tradične preferovalo zákonnú spravodlivosť pred živou spravodlivosťou, t.j. úpravu života spoločnosti pomocou všeobecných pravidiel obsiahnutých v zákonoch pred nachádzaním spravodlivosti prípad od prípadu.⁹¹ Podľa tohto vzoru sa aj naďalej preferuje vnímanie spravodlivosti rozhodnutia vtedy, keď je na daný prípad aplikovaný zákon, ktorý garantuje zabezpečenie právnej istoty a tým aj predvídateľnosť súdnych rozhodnutí.

Druhý z princípov, princíp del'by moci, slúži na vymedzenie úloh jednotlivých mocí v štáte. Doteraz sa lipne na Montesquieho teórii trojdelenia moci, podľa ktorej zákonodarná moc právo tvorí a súdna moc má právo „len“ aplikovať, sudca má byť „ústami zákona“, nemôže teda právo tvoriť.⁹²

Z tretieho princípu – princípu demokracie, je pre účely tejto práce podstatné to, že podľa neho tvorba práva, t.j. stanovenie záväzných pravidiel správania sa v podobe zákonov, prislúcha demokraticky zvolenému zákonodarnému orgánu, nie súdom.⁹³

⁹⁰ MELZER, F.: *Metodologie nalézání práva. Úvod do právní argumentace*. Praha: C. H. Beck, 2010, s. 215

⁹¹ GERLOCH, A. – TOMÁŠEK, M. et al.: *Nové jevy v právu na počátku 21. století. II. Teoretické a ústavní impulzy rozvoje práva*. Praha: Univerzita Karlova, Nakladatelství Karolinum, 2010, s. 67

⁹² PIPA, M.: *Právne princípy a sudcovské právo v európsko-kontinentálnom type právnej kultúry*. In *Princípy a zásady v právu – teorie a praxe. Sborník příspěvků z konference Olomoucké debaty mladých právníků 2010*. Praha: Leges, 2010, s. 31

⁹³ MELZER, F.: *Metodologie nalézání práva. Úvod do právní argumentace*. Praha: C. H. Beck, 2010, s. 215

Tieto tri, nepochybne dôležité, princípy hovoria proti legitimácii sudcov dotvárať, čiže vyplňať medzery v zákonoch. Naproti tomu však stoja princípy hovoriace v prospech sudcovskej tvorby práva. Tými sú najmä princíp účelnosti, princíp bezrozpornosti právneho poriadku, ktorý je úzko spojený s princípom rovnosti, resp. formálnej spravodlivosti zakotvený v princípe právneho štátu.⁹⁴ Ako sme si už povedali, pri kolízii právnych princíпов sa musí vždy uplatniť tzv. test proporcionality. Nebude tomu inak ani teraz. Skôr než sa ale dostaneme ku konkrétnym otázkam súvisiacim s testom proporcionality, uvedieme si niektoré ďalšie argumenty hovoriace v prospech legitimácie sudcovskej tvorby práva vysvetľujúce, prečo by mali princípy hovoriace pre sudcovské dotváranie práva vo všeobecnosti prevažovať nad princípmi tvoriacimi protiargumenty k tejto legitimácii.

Prvým je tvrdenie, že rozpor jazykovo nespornej právnej úpravy s hodnotami právneho poriadku narušuje hodnotovú bezrozpornosť právneho poriadku. V prípade zásadného rozporu, pre ktorý neexistuje žiadny racionálny dôvod, dochádza k oslabeniu dôvery adresáta tejto právnej normy v ňu. Preto môže princíp hodnotovej bezrozpornosti prevážiť nad princípom právnej istoty.⁹⁵ To, že je jazykový výklad platného práva nepostačujúci, konštatoval neraz aj Ústavný súd Českej republiky: „jazykový výklad predstavuje pouze prvotní přiblížení se k aplikované právní normě. Je pouze východiskem pro objasnění a ujasnění si jejího smyslu a účelu (k čemuž slouží i řada dalších postupů, jako logický a systematický výklad, výklad e ratione legis atd.). Mechanická aplikace abstrahující, resp. neuvědomující si, a to buď úmyslně, nebo v důsledku nevzdělanosti, smysl a účel právní normy činí z práva nástroj odcizení a absurdity.“⁹⁶ V tomto smere liberálny Ústavný súd Českej republiky dodal aj: „soud ... není absolutně vázán doslovným zněním zákonného ustanovení, nýbrž se od něj smí a musí odchýlit v případě, kdy to vyžaduje ze závažných důvodů účel zákona, historie jeho vzniku, systematická souvislost nebo některý z principů, jež mají svůj základ v ústavně konformním právním řádu jako významovém celku. Je nutno se přitom vyvarovat libovůle; rozhodnutí soudu se musí zakládat na racionální argumentaci.“⁹⁷ Svoje stanovisko k relevancii doslovného

⁹⁴ MELZER, F.: *Metodologie nalézání práva. Úvod do právní argumentace*. Praha: C. H. Beck, 2010, s. 215

⁹⁵ MELZER, F.: *Metodologie nalézání práva. Úvod do právní argumentace*. Praha: C. H. Beck, 2010, s. 215 – 216

⁹⁶ Nález Ústavného súdu Českej republiky IV. ÚS 1133/07; podobne aj nález Ústavného súdu českej republiky Pl. ÚS 42/03, či III. ÚS 258/03

⁹⁷ Nález Ústavného súdu Českej republiky Pl. ÚS 21/96

jazykového výkladu zaujal aj Najvyšší správny súd ČR: „doslovný výklad není při aplikaci práva jedinou metodou interpretace právní normy; není ani metodou najspolehlivější.“⁹⁸

Druhým argumentom, tento krát na preváženie princípu deľby moci v spojitosti s demokratickým princípom, vychádza z vnímania medzery v zákone ako nedostatku, ktorý spôsobil zákonodarca. Súd sa tu chápe ako jediný, kto môže takýto nedostatok odstrániť. Zároveň, keďže je za vznik medzery v zákone zodpovedný práve zákonodarca, bolo by na mieste oslabiť princíp, ktorý je v jeho prospech, čiže princíp deľby moci a vzniknutý nedostatok tým odstrániť. Aby sme však len neočierňovali zákonodarcu, vznik medzery v zákone nemusí byť vôbec jeho „vinou“, pretože zákony sa vzťahujú na všeobecné prípady a nie je možné predvídať všetky zvláštnosti, ktoré prinesie reálny život. Na tie by mal práve preto prihliadať orgán aplikujúci právo v každom konkrétnom, zvláštnom prípade, súd nevynímajúc, ba zdôrazňujúc.

Naopak, argumentom podporujúcim legitímáciu sudcovskej tvorby práva nie je zákaz *denegatio iustitiae* (*odopretia spravodlivosti*), pretože ten nespočíva vo vydaní nespravodlivého rozhodnutia, ale v odmietnutí rozhodnúť spor ako taký vôbec. Lepšie by bolo teda hovoriť o odopretí rozhodnutia. Pri dotváraní práva súdom nejde o to, že sudca nechce rozhodnúť vôbec, ale o to, aby nerozhodol tak, že dôsledkom jeho rozhodnutia bude hodnotová rozpornosť.⁹⁹

V súvislosti s vyššie uvedeným možno túto stáť uzavrieť tak, že z pohľadu *de lege feranda* oprávnenie na vyplňania medzier v zákonoch súdmi v rámci ich aplikácie existuje.

3.2.2 Hranica sudcovskej tvorby práva – rozhodovanie súdov *contra legem*

Ďalšia otázka, ktorá sa nám vynára v nadväznosti na záver minulej podkapitoly je, kde je hranica dotvárania práva súdmi a či môže súd dotvárať právo *contra legem*.¹⁰⁰

⁹⁸ Rozsudok Najvyššieho správneho súdu Českej republiky č. 1133/2007

⁹⁹ MELZER, F.: *Metodologie nalézání práva. Úvod do právní argumentace*. Praha: C. H. Beck, 2010, s. 217 – 218

¹⁰⁰ Ak hovoríme o rozhodovaní súdov *contra legem*, nie je na mieste už hovoriť o dotváraní práva, ale skôr o samotnej tvorbe práva; taktiež odmieta táto práca tvrdenie, že výklad *contra legem* je výkladom protizákonným; nemusí tomu tak byť automaticky, záleží od splnenia podmienok, ktoré si vymedzíme v nasledujúcom texte; označenie *contra legem* (možno nie najsprávnejšie) znamená, že ide o výklad proti doslovnému jazykovému zneniu zákona, nič viac a nič menej; taktiež nepovažujeme za správne vyhýbanie sa tomuto označeniu práve v dôsledku určitých obáv, že by to mohlo pôsobiť ako protizákonné rozhodnutie; bohužiaľ, práve prax slovenský súdov je taká, že takýto pojem používajú veľmi zriedka a snažia sa ho

Hranica sudcovskej tvorby práva býva označovaná ako hranica *lex lata*.¹⁰¹ Jej zmyslom je určenie medze, kedy sa sudca nemôže odvolať na teleológiu zákona, čiže na rozpor s hodnotovým súdom, a kedy je už striktné viazaný doslovným jazykovým výkladom príslušného ustanovenia. Jej určenie bude opäť vychádzať z tzv. testu proporcionality právnych princípov, ktorý si rozoberieme v nasledujúcej podkapitole. Podľa F. Bydlinského je hranicou *lex lata* jasný text príslušného ustanovenia s jasne preukázaným úmyslom historického zákonodarcu, ktorý tak učinil vedomé rozhodnutie, pretože v tomto prípade nie je splnená základná podmienka pre vznik medzery v zákone, a síce protiplánovosť.¹⁰² Hranica *lex lata* však platí kumulatívne za splnenia ďalšej podmienky – *rebus sic stantibus*, čiže za nezmenenia podstatných podmienok.¹⁰³

F. Melzer vo svojej publikácii vyslovuje (podľa nás predčasný) záver, že sudcovská tvorba práva *contra legem* je vylúčená.¹⁰⁴ Ako odôvodnenie v skratke uvádza, že ak je medzera v zákone spôsobená úmyslom zákonodarcu (tzv. vedomá medzera v jeho poňatí), dochádza k zvláštnej konštelácii princípov deľby moci (spolu s princípom právnej istoty a demokratickým princípom) a princípom hodnotovej bezrozpornosti právneho poriadku. Keďže je hodnotovo nekoherentná úprava zákonodarcom chcená, je veľmi posilnený princíp deľby moci, princíp právnej istoty a demokratický princíp, ktoré tak prevažujú nad princípmi v prospech legitímácie sudcovskej tvorby práva. Preto nie je sudca oprávnený rozhodnúť proti jednoznačne prejavenej vôli zákonodarcu.¹⁰⁵ Na zdôraznenie je potrebné zopakovať, že vôľa zákonodarcu určitú otázku neupraviť, musí byť jednoznačná, nestačí ju len predpokladať a určite neprichádza do úvahy argument, že ak to zákonodarca tak nenapísal, tak to tak nechcel, pretože zákonodarca pri tvorbe zákona vychádza z bežných situácií a nemôže prihliadnuť na všetky osobitosti konkrétnych prípadov.

Podľa tvrdení F. Bydlinského a F. Melzera môžeme sformulovať tri základné podmienky, kedy je sudcovská tvorba práva vylúčená:

nahradiť napríklad extenzívnym výkladom, čo nepovažujeme za správne, pretože nepresné označovanie použitých inštitútov vedie k právnej neistote

¹⁰¹ MELZER, F.: *Metodologie nalézání práva. Úvod do právní argumentace*. Praha: C. H. Beck, 2010, s. 232

¹⁰² Iný autor, E. A. Kramer, hovorí v takomto prípade o kvalifikovanom mlčaní zákona. Pozri KRAMER, E. A.: *Juristische Methodenlehre. 1. vydanie*. Bern: Stämpfli Verlag, 1998, s. 152. In MELZER, F.: *Metodologie nalézání práva. Úvod do právní argumentace*. Praha: C. H. Beck, 2010, s. 232 – 233

¹⁰³ BYDLINSKI, F.: *Grundzüge der juristischen Methodenlehre. 1. vydanie*. Wien: FOWI-Arbeitspapiere Nr. 95, Brünner Vorträge Nr. 1, 2003, s. 54

¹⁰⁴ MELZER, F.: *Metodologie nalézání práva. Úvod do právní argumentace*. Praha: C. H. Beck, 2010, s. 232

¹⁰⁵ MELZER, F.: *Metodologie nalézání práva. Úvod do právní argumentace*. Praha: C. H. Beck, 2010, s. 233

- 1) Jasný, jednoznačný text zákona, resp, právnej normy obsiahnutej v zákone
- 2) Jednoznačný úmysel historického zákonodarcu ustanoviť takýto text zákona
- 3) Klauzula *rebus sic stantibus*, čiže nezmenenie podstatných podmienok od čias ustanovenia textu zákona zákonodarcom, vrátane jeho účelu zodpovedajúcemu jeho doslovnému jazykovému zneniu, k momentu aplikácie daného textu súdom na konkrétny prípad

Tieto podmienky sú kumulatívne, čiže ak čo len jedna z nich nie je splnená, má sudca právo ustanovenia takéhoto zákona dotvoriť. V zásade sa k potrebe riešenia otázky, či je možná aplikácia práva *contra legem* dostaneme len vtedy, keď je splnená prvá podmienka, čiže jasný, jednoznačný text zákona, ktorý nám nedáva v rámci jazykového výkladu výkladovú alternatívu.

Zoberme si na ilustráciu týchto podmienok jednoduchý príklad v podobe ustanovenia § 228 OSP,¹⁰⁶ ktorý ako jeden z dôvodov obnovy konania ustanovuje pod písmenom e) rozpor právoplatného rozsudku „s rozhodnutím Súdneho dvora Európskych spoločenstiev [...]“¹⁰⁷. Čo sa týka prvej z podmienok, tá je podľa nášho názoru splnená. Musí ísť o rozhodnutie, zrejme bez ohľadu na jeho formu, ktorú vydá orgán označený ako „Súdny dvor Európskych spoločenstiev“. Vec sa má ale tak, že orgán s takýmto označením v súčasnosti už neexistuje.¹⁰⁸ Platná a účinná úprava OSP však jasne a jednoznačne predpokladá práve rozhodnutie Súdneho dvora Európskych spoločenstiev (ES), nie Súdneho dvora Európskej únie (EÚ).¹⁰⁹ Čo sa týka druhej podmienky, jednoznačného úmyslu historického zákonodarcu (pod tým sa rozumie zákonodarca v čase prijatia príslušného zákona) ustanoviť takýto text zákona, je jasné, že tým myslel Súdny dvor vtedajšieho Európskeho spoločenstva preto, pretože vychádzal z platného právneho stavu v čase prijímania zákona, kedy nemohol predpokladať nahradenie Súdneho dvora ES Súdny dvorom EÚ. Jeho úmyslom však určite bolo, aby išlo o rozhodnutie práve tohto orgánu, bez ohľadu na jeho názov. Druhá z podmienok pre vylúčenie možnosti súdu rozhodnúť *contra legem* je preto, podľa nášho názoru, taktiež splnená. Pozrime sa na tretiu z podmienok – klauzulu *rebus sic stantibus*, čiže predpoklad nezmenenia podstatných

¹⁰⁶ Zákon č. 99/1963 Zb. Občiansky súdny poriadok

¹⁰⁷ Zvyšná časť tohto ustanovenia je pre naše účely na tomto mieste irelevantná

¹⁰⁸ Od novembra 2009 bol premenovaný na Súdny dvor Európskej únie; pozri http://sk.wikipedia.org/wiki/S%C3%BAdny_dvor_Eur%C3%B3pskej_%C3%BAnie

¹⁰⁹ Pre ilustráciu dotvárania práva *contra legem* ignorujeme na tomto mieste iné prípadné argumenty z oblasti európskeho práva upravujúce otázku nástupníctva Súdneho dvora EÚ do postavenia Súdneho dvora ES

podmienok. V našom prípade sa podmienky podstatne zmenili, orgán označený ako Súdny dvor Európskych spoločenstiev už viac neexistuje, jeho kompetencie prevzal Súdny dvor Európskej únie. Tretia podmienka preto nie je splnená, čo znamená, že súd môže rozhodnúť *contra legem*. Viac ako pravdepodobne bude súd pri aplikácii tohto ustanovenia namiesto Súdneho dvora ES brať do úvahy Súdny dvor EÚ.

Uvedme si ešte jeden príklad. Tento-krát išlo o sťažnosť podanú na Ústavnom súde SR, v ktorej sťažovateľ namietal nesprávny výklad spojky „a“ použitej v § 19 ods. 1 písm. a) zákona o strelných zbraniach a strelive v znení účinnom v čase rozhodovania prvostupňového správneho orgánu.¹¹⁰ Podľa uvedeného ustanovenia sa za bezúhonnú osobu na účely tohto zákona nepovažoval ten, kto bol právoplatne odsúdený za obzvlášť závažný úmyselný trestný čin **a** úmyselný trestný čin spáchaný so zbraňou. Sťažovateľ v sťažnosti tvrdil, že Najvyšší súd ako súd odvolací sa s jeho námietkami voči interpretácii uvedeného ustanovenia krajským súdom nevysporiadal, „ale len uviedol bez zdôvodnenia, že nepochybne vyplýva ako gramaticky aj logicky správny výklad, že spojku ‚a‘ treba vykladať vo význame ‚alebo‘. Tento svoj záver však žiadnym spôsobom nezdôvodnil a v tejto časti je jeho rozhodnutie nepreskúmateľné.“ Otázkou je, či v tomto prípade bol Najvyšší súd oprávnený rozhodnúť *contra legem*, pretože *de facto* tak nepochybne urobil. Prvá podmienka na neprípustnosť výkladu *contra legem* je splnená. Spojka „a“ je vždy len a len zlučovacou spojkou a nikdy nebude znamenať „alebo“. Čo sa týka tretej podmienky – *rebus sic stantibus*, nemyslíme, že došlo k zmeneniu podstatných podmienok od prijatia zákona po jeho aplikáciu Najvyšším súdom SR, preto považujeme aj túto podmienku za splnenú. Vráťme sa však k druhej podmienke a síce k zisteniu, aký bol jednoznačný úmysel historického zákonodarcu. Zákon o strelných zbraniach bol prijatý v roku 2003.¹¹¹ Pôvodne obsahoval teda spojku „a“. No už v roku 2004 bol tým istým zákonodarcom¹¹² tento zákon novelizovaný¹¹³ tak, že spojka „a“ bola nahradená spojkou „alebo“. Takáto rýchla novela síce naznačuje, že úmysel zákonodarcu bol teda taký, aby platila spojka „alebo“ a teda, že nebola splnená podmienka číslo dva a teda mohol Najvyšší súd rozhodnúť aj *contra legem*¹¹⁴. Problémom však je, že Najvyšší súd v čase *contra legem* výkladu nevedel o budúcej novele tohto ustanovenia a teda nemohol použiť tento argument pre vyjadrenie úmyslu zákonodarcu. Nevylučuje sa, že by takýto úmysel historického

¹¹⁰ Nález Ústavného súdu SR III. ÚS 274/07

¹¹¹ Zákon č. 190/2003 Z. z. o zbraniach a strelive

¹¹² Tým istým v tom zmysle, že parlamentné voľby sa konali v roku 2002 a potom až v roku 2006, každopádne nie v tomto období; pozri http://sk.wikipedia.org/wiki/Zoznam_volieb_na_Slovensku

¹¹³ Zákon č. 757/2004 Z. z. o súdoch

¹¹⁴ Rozhodnutie Najvyššieho súdu SR v konaní vedenom pod sp. zn. 4 Sž-o-KS 95/2005

zákonodarcu mohol získať iným spôsobom, napríklad z dôvodovej správy k zákonu. Odôvodnenie rozhodnutia Najvyššieho súdu však ničomu takémuto nenasvedčuje. Podľa Ústavného súdu postačovalo, že Najvyšší súd vo svojom zdôvodnení odkázal na logický a gramatický výklad. Ústavný súd vo svojom náleze konkrétne uvádza: „Ústavný súd k tejto námietke sťažovateľa uvádza, že logický a gramatický výklad právnej normy nepredstavujú bezobsažné pojmy právnoaplikačnej teórie. Za obidvoma sa skrýva používanie pravidiel formálnej logiky (analýza, syntéza, indukcia, dedukcia, generalizácia a pod.) i zákonitostí slovenského jazyka pri objasňovaní zmyslu a účelu jednotlivých právnych noriem. Tak to bolo aj v zdôvodnení najvyššieho súdu, v ktorom tento odkázal na logický a gramatický výklad.“¹¹⁵ Ďalej rozvádza argumentáciu, ktorú „asi myslel“ Najvyšší súd. Na záver vyriešenie tohto čiastkového problému obsiahnutého v ústavnej sťažnosti, Ústavný súd dodáva: „Ak teda sťažovateľ tvrdí, že najvyšší súd postupoval nad rámec svojich právomocí, keď nekonal iba na základe ústavy, v jej medziach a v rozsahu a spôsobom, ktorý ustanoví zákon, a že si prisvojil zákonodarnú moc tvorby právnych predpisov, ktorá patrí v zmysle čl. 72 a nasl. ústavy len Národnej rade Slovenskej republiky, Ústavný súd poukazuje na to, že ani v modernom právnom štáte sa nemožno vyhnúť medzerám či iným nedostatkom v zákonných právnych predpisoch, pričom obzvlášť citelný je tento negatívny jav v odvetví práva správneho (sem patrí aj právna úprava zbraní a streliva). Orgány aplikujúce správne právo, a spomedzi nich osobitne sudcovia pri rozhodovaní v správnom súdnictve, sú oprávnení nedostatky zákonnej právnej úpravy svojím výkladom odstraňovať. Takéto odstraňovanie však nemožno považovať za legislatívnu činnosť, ktorá by narúšala ústavný princíp trojdelenia štátnej moci. Sudca pri interpretácii normy správneho práva nesmie tvoriť, ale môže odhaľovať a formulovať vzťahy medzi jednotlivými právnymi normami vychádzajúc z účelu a zmyslu právnej úpravy. Jedinou požiadavkou, ktorá je pri tom na sudcu kladená, je ústavná konformita výkladu (čl. 152 ods. 4 ústavy). Z uvedeného výkladu ustanovenia zákona o strelných zbraniach a strelive vyplýva, že v sťažovateľovom prípade najvyšší súd, ale ani súd prvého stupňa, medze ústavy neprekročili.“¹¹⁶ Toto odôvodnenie je asi tak dobre odargumentované ako samotné rozhodnutie Najvyššieho súdu. Podľa nášho názoru je maximálne nepostačujúce, aby sa pri dotváraní práva *contra legem* súd v odôvodnení uskromnil na odkaz na logický a gramatický výklad bez ohľadu na to, či ide o relatívne triviálne rozhodnutie, ktoré pravdepodobne naozaj bolo len „preklepom“ zákonodarcu, bez

¹¹⁵ Nález Ústavného súdu SR III. ÚS 274/07

¹¹⁶ Nález Ústavného súdu SR III. ÚS 274/07

náležitosti jeho jednoznačného úmyslu a bez náležitého preverenia všetkých podmienok, za ktorých je dotváranie práva *contra legem* vylúčené. Takéto rozhodnutie môže totiž vytvoriť nebezpečný precedens, narušiť základné princípy právneho štátu, najmä princíp del'by moci a neoprávnene tak zasiahnuť do základných práv a slobôd jednotlivcov. Podľa nášho názoru bolo rozhodnutie Najvyššieho súdu nezákonné a Ústavný súd mal takéto rozhodnutie zrušiť alebo sa prinajmenšom vysporiadať s odôvodnením pre opačný názor s náležitejšou starostlivosťou za použitia argumentácie tzv. jednoduchým právom ako je napríklad bežnou praxou Ústavného súdu Českej republiky.¹¹⁷

Z tohto príkladu nám ale vyplýva, že je zistenie úmyslu historického zákonodarcu formulovať text zákona tak, ako ho nakoniec naozaj naformuloval, pomerne obtiažne, najmä, ak má byť tento úmysel zistený jednoznačne. A ako sme videli práve v druhom príklade, súdy sa touto investigatívnou činnosťou príliš nezaoberajú, resp. svoj postup dostatočne neodôvodňujú. V konečnom dôsledku to znamená to, že je podmienky pre vylúčenie výkladu *contra legem* ťažko splniť a teda, že hypotéza, ktorú vyslovil F. Melzer o tom, že je sudcovská tvorba práva *contra legem* vylúčená, nepotvrdená. Tento stav, hoci je reálny, nepovažujeme za správny. Nevylučujeme, aby súdy v niektorých prípadoch rozhodli dokonca *contra legem*, ale nepovažujeme za správne, keď dostatočne nepreskúmajú podmienky vylúčenia takéhoto výkladu a najmä, ak svoju rozhodnutie dostatočne neodôvodnia.

Pozrime sa v súvislosti s touto problematikou ešte na jeden, priam ukázkový príklad, ako by to malo vyzeráť, keď súd rozhoduje *contra legem*. Ide o ústavnú sťažnosť podanú na Ústavný súd Českej republiky, v ktorej sa sťažovateľka domáhala zrušenia rozhodnutie Najvyššieho súdu, ako aj Krajského súdu, v dôsledku porušenia jej základných práv, a síce práva vlastníť majetok v spojení s argumentáciou, „že každý je povinen dbáť ochrany svých vlastních práv, plnit prevenční povinnost v zájmu minimalizace újmy, která může vzniknout na straně kteréhokoli z účastníků právního vztahu.“¹¹⁸ V tomto prípade išlo o to, že si manželka, ktorí spolu žili už viac-menej len formálne, zobrali úver od banky. Zaručili sa zaň založením nehnuteľnosti. Nápad zobrať úver bol manželov. Manželku k podpísaniu presvedčil sľubom, že dostane po rozvode deti do osobnej starostlivosti a taktiež ju uistil, že sa nemusí obávať vzniku dlhov, ak by aj manžel úver nesplácal,

¹¹⁷ K tomuto prípadu pozri aj článok na <http://www.otvorenepravo.sk/m/clanok/57/spojka-a-volajte-ma-alebo-alebo>

¹¹⁸ Nález Ústavného súdu Českej republiky I.ÚS 1826/11

pretože ten je krytý založenou nehnuteľnosťou. Manželka žiadosť o úver podpísala, banka, na základe doloženého výpisu z katastra, z ktorého vyplývalo, že na nehnuteľnosti nie je žiadne iné záložné právo, úver poskytla. Manžel však úver nesplácal a keď chcela banka uspokojiť svoju pohľadávku zo založenej nehnuteľnosti, prišla na to, že na nehnuteľnosti už je záložné právo niekoho iného. Manžel totiž podviedol manželku, ako aj banku, predložil sfaľšovaný výpis z katastra nehnuteľností, za čo bol náležite odsúdený za trestný čin úverového podvodu a falšovania a pozmeňovania verejnej listiny. Banka však žiadala svoje peniaze. A keďže úver zobrali manželia spoločne a vzťahoval sa na nich právny režim bezpodielového vlastníctva manželov, usúdila banka, že sumu cca 1,9 milióna Korún českých majú už bývalí manželia uhradiť spoločne a nerozdielne. Vec sa dostala pred Okresný súd, ktorý rozhodol, že v dôsledku podvodného a nátlakového konania manžela na manželku, je zmluva o úvere voči nej, na základe uplatnenia námietky relatívnej neplatnosti, čiastočne neplatná a manželka teda banke nemusí zaplatiť nič. Odvolací krajský súd však rozhodnutie Okresného súdu zrušil, pretože podľa jeho názoru manželka nemohla uplatniť námietku relatívnej neplatnosti zmluvy v dôsledku omylu, pretože do omylu ju neuviedla banka, ale jej manžel a taktiež, že mala k podpísaniu zmluvy o úveru pristupovať s náležitou starostlivosťou. Dovolací súd, teda Najvyšší súd, argumentoval, že sa manželka mohla oprieť o relatívnu neplatnosť len vtedy, keby bola privedená do omylu bankou. Taktiež vylúčil aplikáciu princípu dobrých mravov, pretože sa naň manželka neodvolala. Vec sa dostala až na Ústavný súd. Ten argumentoval nasledovne (vyberáme len pre náš účel najdôležitejšie argumenty):

„Ústavní soud ve své konstantní judikatuře již mnohokrát prokázal, že netoleruje orgánům veřejné moci a především obecným soudům formalistický postup, jímž za použití sofistikované argumentace odůvodňují zřejmé nespravedlnosti. Zdůraznil přitom mj., že obecný soud není absolutně vázán doslovným zněním zákona, nýbrž se od něj smí a musí odchýlit, pokud to vyžaduje účel zákona, historie jeho vzniku, systematická souvislost nebo některý z principů, jež mají svůj základ v ústavně konformním právním řádu jako významovém celku a že povinnost soudů nalézat právo neznamena pouze vyhledávat přímé a výslovné pokyny v zákonném textu, ale též povinnost zjišťovat a formulovat, co je konkrétním právem i tam, kde jde o interpretaci abstraktních norem a ústavních zásad.

[...] Přílišný formalismus při výkladu právních norem vedoucí k extrémně nespravedlivému závěru pak znamená porušení základních práv.

[...] Jak již Ústavní soud několikrát konstatoval, zásada souladu výkonu práv s dobrými mravy představuje významný korektiv, který v odůvodněných případech dovoluje

zmírňovat tvrdost zákona a dává soudci prostor pro uplatnění pravidel slušnosti. Pojem dobré mravy nelze vykládat pouze jako soubor mravních pravidel užívaných jako korektiv či doplňující obsahový faktor výkonu subjektivních práv a povinností, ale jako příkaz soudci rozhodovat *praeter legem* či dokonce *contra legem*, pokud jde o reprobaci jednání přičícího se dobrým mravům. Dobré mravy v tomto pojetí tedy jsou souhrnem etických, obecně uznávaných a zachovávaných zásad, jejichž dodržování je mnohdy zajišťováno i právními normami tak, aby každé jednání bylo v souladu s obecnými morálními zásadami a právními principy.

V předmětném řízení jde z ústavněprávního pohledu o střet vlastnického práva stěžovatelky a práva na legitimní očekávání [...] banky jako zástavního věřitele. Při střetu dvou základních práv, tak jako je tomu v daném případě, musí obecné soudy nejprve rozpoznat, která základní práva jednotlivých účastníků sporu jsou ve hře, a poté, s přihlédnutím ke všem rozhodným okolnostem daného případu, musí soudy rozhodnout tak, aby, je-li to možné, zůstalo zachováno z obou základních práv co nejvíce, a není-li to možné, pak dát přednost tomu základnímu právu, v jehož prospěch svědčí obecná idea spravedlnosti, resp. obecný princip.“

V závěre dospěl Ústavný soud k tomu, že rozhodnutia všeobecných súdov neboli správne, lebo síce boli v súlade s jazykovým výkladom jednotlivých zákonných ustanovení, ale priečili sa právnemu princípu – dobrým mravom. Sám rozhodol, že zrušuje len rozhodnutie Najvyššieho súdu, a to v dôsledku minimalizácie zásahov Ústavného súdu do činností všeobecných súdov. Dôležité je, že Ústavný súd priznal možnosť súdov rozhodovať *contra legem*, a to najmä vtedy, ak sa do kolízie dostanú dva princípy.¹¹⁹ Tým je hypotéza F. Melzera o vylúčení možnosti súdov rozhodovať *contra legem* nadobro vyvrátená.

Zároveň je potrebné poznamenať, že Ústavný súd ČR neodôvodňoval legitimáciu výkladu *contra legem* splnením nami vymedzených troch podmienok, ale porovnávaním princíпов, ktoré sa v konkrétnom prípade dostali do kolízie. Takýto postup je, samozrejme,

¹¹⁹ Práve v súvislosti s princípom dobrých mravov priznal Ústavný súd možnosť, ba dokonca povinnosť súdov rozhodnúť *contra legem* viackrát, napr. aj nález Ústavného súdu ČR II. ÚS 3/10, IV.ÚS 3653/11.; v inom kontexte aj v náleze II.ÚS 2087/08; v tomto kontexte je na mieste spomenúť aj ďalšie rozhodnutie Ústavného súdu ČR (Pl. ÚS 21/96), v ktorom Ústavný súd povedal: „Soud ... není absolutně vázán doslovným zněním zákonného ustanovení, nýbrž se od něj smí a musí odchýlit v případě, kdy to vyžaduje ze závažných důvodů účel zákona, historie jeho vzniku, systematická souvislost nebo některý z principů, jenž mají svůj základ v ústavně konformním právním řádu jako významovém celku. Je nutno se přitom vyvarovat libovůle; rozhodnutí soudu se musí zakládat na racionální argumentaci.“ Práve posledná veta je veľmi dôležitá, lebo ustanovuje, že sa zásadne odmieta samovôľa sudcu. Rovnako v prospech prípustnosti výkladu *contra legem* argumentoval Ústavný súd ČR aj v náleze Pl. ÚS 9/09.

taktiež akceptovateľný, v zásade by sme mali obidvoma postupmi dospieť k rovnakému výsledku. V ďalšej kapitole si rozoberieme práve druhý z postupov, tzv. test proporcionality (resp. všeobecný test pomeriavania).¹²⁰

Ešte predtým však spomenieme aj prax nemeckých súdov, ktoré v zásade pripúšťajú možnosť výkladu *contra legem*.¹²¹ Neboja sa však judikovať aj odmietnutie tohto výkladu v prípade, ak preň nie sú splnené podmienky. Stalo sa tak napríklad v rozhodnutí Ústavného súdu,¹²² kedy bol výklad *contra legem* odmietnutý, pretože bolo rozhodnutie súdu založené na sociálnych politických dôvodoch, aplikovaný ústavný princíp bol vágny, odôvodnenie podporujúce rozhodnutie malo politický charakter a navyše tu chýbal i potrebný doktrinálny konsenzus.¹²³ Takže nielen ľubovôľa sudca, ale aj politicky motivované rozhodnutie vylučujú výklad *contra legem*.

3.3 Test proporcionality

Test, resp. princíp proporcionality, sme v texte tejto práce nie náhodou spomenuli už niekoľkokrát. Ide v podstate o ďalší z nástrojov vyplňania medzier v zákonoch. Zároveň máme za to, že ide o tak podstatný, no zároveň v našich zemepisných šírkach pomerne opomínaný (resp. nie v plnej miere využívaný) inštitút, že si zaslúži samostatnú podkapitolu.

Pojem „proporcionality“ pochádza z latinského spojenia *pro portio*, čo znamená určitý vzťah medzi dvoma alebo viacerými prvkami. V matematike a prírodných vedách je možné tento vzťah popisovať pomocou operátorov pomeru (napr. 1:2, 3:4 a pod.).¹²⁴ Naproti tomu v práve, kde sa nejedná o objektívne dané či merateľné vzťahy, ide v prípade princípu proporcionality o určitú argumentačnú techniku interpreta.¹²⁵ Princíp proporcionality „tvorí neoddeliteľnú súčasť generálneho princípu právneho štátu

¹²⁰ V teórii existujú aj iné „postupy“ a názory, kedy je výklad *contra legem* prípustný; napr. poľský popredný právny teoretik Lech Morawski hovorí, že sudca môže rozhodovať *contra legem* v zásade len vtedy, pokiaľ nedodržanie zákona spôsobí menej škody než jeho dodržanie, pozri MORAWSKI, L.: *Positivist or Non-Positivist Rule of Law*. In KRYGIER, M. – CZARNOTA, A.: *The Rule of Law after Communism. Problems and Prospects in East Central Europe*. Ashgate: Dartmouth, 1999, s. 39 a nasl.

¹²¹ KÜHN, Z.: *Aplikace práva ve složitých případech: k úloze právních principů v judikatuře*. Praha: Nakladatelství Karolinum, 2002, s. 192

¹²² BVerfGE 65, 182 – Sozialplan; dostupné aj na <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv065182.html>

¹²³ KÜHN, Z.: *Aplikace práva ve složitých případech: k úloze právních principů v judikatuře*. Praha: Nakladatelství Karolinum, 2002, s. 193

¹²⁴ PANOMARIOVAS, A. – LOSIS, E.: *Proportionality: from the Concept to the Procedure*. Jurisprudence, č. 2, 2010, s. 263

¹²⁵ HOLLÄNDER, P.: *Ústavněprávní argumentace, ohlednutí po deseti letech Ústavního soudu*. Praha: Linde, 2003, s. 21 a nasl.

vyjadreného v čl. 1 ods. 1 Ústavy a je základným ústavným princípom, ktorý využíva Ústavný súd vo svojich rozhodnutiach, ak vznikne kolízia základných práv.¹²⁶ Táto definícia nie je chybná, ale je nevyčerpávajúca, pretože sa vzťahuje len na použitie princípu proporcionality v súvislosti s ústavnými princípmi, a to najmä základnými ľudskými právami a slobodami. Test proporcionality sa naozaj využíva najmä v tejto oblasti, ale nie len v nej. Ústavné princípy sú nepochybne tými najdôležitejšími z právnych princíпов, pretože vyplývajú z Ústavy ako základného zákona štátu. Z nich veľkú časť tvoria práve základné práva a slobody, ktorých ochrana je mimoriadne dôležitá v demokratickom právnom štáte, a ktoré majú väčšinou povahu právnych princíпов (ale ako sme si už vysvetlili, záleží to od konkrétneho sporu). Nesmieme však opomínať ani ostatné právne princípy, v ktorých keď dôjde ku kolízii, použije sa na jej rozuzlenie taktiež test proporcionality.¹²⁷ Keďže sa v aplikačnej praxi používa test proporcionality najmä v súvislosti s kolíziou ústavných princíпов, začneme aj my práve pri nich.¹²⁸

Zvoľme si tento krát pre lepšie porozumenie postup od konkrétnejšieho k všeobecnejšiemu a načrtnime si najprv princíp proporcionality v náleze Ústavného súdu ČR.¹²⁹

„K omezení základních práv či svobod, i když jejich ústavní úprava omezení nepředpokládá, může dojít v případě jejich kolize. V těchto situacích je nutné stanovit podmínky, za splnění kterých má prioritu jedno základní právo či svoboda, a za splnění kterých jiné. Základní je v této souvislosti maxima, podle které základní právo či svobodu lze omezit pouze v zájmu jiného základního práva či svobody.

Při posuzování možnosti omezení základního práva či svobody ve prospěch jiného základního práva resp. svobody lze stanovit tyto podmínky, za jejichž splnění má prioritu jedno základní právo či svoboda:

První podmínkou je jejich (I) vzájemné poměrování, druhou je (II) požadavek šetření podstaty a smyslu omezovaného základního práva resp. svobody.

¹²⁶ PERDUKOVÁ, V.: *Princíp proporcionality v rozhodnutiach Ústavného súdu Slovenskej republiky*. In *Princípy a zásady v právu – teórie a praxe. Sborník příspěvků z konference Olomoucké debaty mladých právníků 2010*. Praha: Leges, 2010, s. 64

¹²⁷ Podľa P. Holländera sa použije pri kolízii princíпов nielen test proporcionality, ale aj metóda špecifikácie (pozostávajúca najmä z interpretačného pravidla *lex specialis derogat legi generali*) a taktiež metóda minimalizácie dotknutého princípu; porovnaj HOLLÄNDER, P.: *Nástin filosofie práva – úvahy strukturální*. Praha: Všehrd, 2000, s. 56; Rovnaká konštrukcia testu proporcionality sa použije napríklad podľa § 32 nemeckého trestného zákona (StGB) pri nutnej obrane; pozri MELZER, F.: *Metodologie nalézání práva. Úvod do právní argumentace*. Praha: C. H. Beck, 2010, s. 66

¹²⁸ Zároveň je potrebné podotknúť, že princíp proporcionality je po prvýkrát dokonca explicitne zakotvený v písanom práve, a síce v čl. 52 ods. 2 Charty základných práv Európskej únie

¹²⁹ Nález Ústavného súdu Českej republiky Pl. ÚS 4/94

Ad. I: Vzájemné poměrování ve vzájemné kolizi stojících základních práv a svobod spočívá v následujících kritériích:

Prvním je (1) kritérium vhodnosti, tj. odpověď na otázku, zdali institut, omezující určité základní právo, umožňuje dosáhnout sledovaný cíl (ochranu jiného základního práva).

Druhým kritériem poměrování základních práv a svobod je (2) kritérium potřebnosti, spočívající v porovnávání legislativního prostředku, omezujícího základní právo resp. svobodu, s jinými opatřeními, umožňujícími dosáhnout stejného cíle, avšak nedotýkajícími se základních práv a svobod.

Třetím kritériem je (3) porovnání závažnosti obou v kolizi stojících základních práv, [které] spočívá ve zvažování empirických, systémových, kontextových i hodnotových argumentů. Empirickým argumentem lze chápat faktickou závažnost jevu, jenž je spojen s ochranou určitého základního práva. Systémový argument znamená zvažování smyslu a zařazení dotčeného základního práva či svobody v systému základních práv a svobod. Kontextovým argumentem lze rozumět další negativní dopady omezení jednoho základního práva v důsledku upřednostnění jiného. Hodnotový argument představuje zvažování pozitiv v kolizi stojících základních práv vzhledem k akceptované hierarchii hodnot.

Ad II: Součástí porovnávání závažnosti v kolizi stojících základních práv je rovněž zvažování využití právních institutů, minimalizujících argumenty podložený zásah do jednoho z nich. Tak kupříkladu argument v neprospěch omezení jednoho základního práva možností zneužití této úpravy lze eliminovat minimalizováním tohoto negativního důsledku zakotvením dalších procesních podmínek rozhodování o něm. Lze tudíž konstatovat, že, v případě závěru o opodstatněnosti priority jednoho před druhým ze dvou v kolizi stojících základních práv, je nutnou podmínkou konečného rozhodnutí rovněž využití všech možností minimalizace zásahu do jednoho z nich.“

Z tohto nálezu je možné vyvodit' nasledujúce všeobecné závery. Jeden právny princíp (v našom prípade základné právo alebo sloboda) možno obmedziť len v záujme iného právneho princípu. Nemusí ísť len o základné právo alebo slobodu, musí však ísť o právny princíp rovnakej právnej sily. Čiže ústavný princíp, ktorým základné právo a sloboda vo väčšine prípadov je, možno obmedziť len v prospech iného ústavného

princípu, napríklad princípu právneho štátu, demokratického princípu etc.¹³⁰ Ústavný súd ČR v zásade sformuloval tri základné podmienky realizácie testu proporcionality. S porovnaním najmä nemeckej literatúry a aplikačnej praxe Ústavného súdu SRN, ktorá bola nepochybne vzorom aj pre Ústavný súd ČR, navrhujeme tieto podmienky trochu poopraviť a stanoviť test proporcionality na preskúmanie štyroch kritérií¹³¹:

- 1) Prvým je účelnosť (*Zweckprüfung*¹³²), ktorá spočíva v zistení účelu sledovaného zákonodarcom, prečo vlastne chce základné právo alebo slobodu obmedziť,¹³³ prečo stanovil text právneho predpisu v takom znení, ako tak urobil, pričom toto znenie zákona zasahuje do niektorého zo základných práv alebo slobôd. Tak vzniká najmä logická medzera, pretože určité základné právo je zaručené (najmä ústavou) a zároveň obmedzené zákonom, čím dochádza k sporu, ktorý musí súd vyriešiť. A v riešení začne práve skúmaním účelu zákonodarcu. Nie je jasné, či sa sleduje subjektívny alebo objektívny účel, v tomto je judikatúra Ústavného súdu SRN nejednotná, zjednocuje sa však v tom, že tento účel nemôže byť v rozpore s platným právom.
- 2) Druhým kritériom testu proporcionality je vhodnosť (*Eignung*¹³⁴), v rámci ktorej sa skúma, či je skúmaný zákon obmedzujúci základné právo alebo slobodu vôbec spôsobilý, vhodný nástroj k ochrane iného ústavného princípu,¹³⁵ resp. či zásah do základných práv alebo slobôd smeruje k cieľu, ktorý je dostatočne dôležitý na ospravedlnenie tohto zásahu.¹³⁶ V rámci kritéria vhodnosti sa neposudzuje, či zákonodarca vybral ten najefektívnejší možný prostriedok zásahu do základných práv alebo slobôd, výber je na zákonodarcovi. Skúma sa len, či tento prostriedok nie je absolútne nevhodný na naplnenie sledovaného účelu, len v takomto prípade nedôjde k naplneniu podmienky vhodnosti. Neskúma sa ani spätne, či bol

¹³⁰ V súvislosti s týmto tvrdením je nepochybne veľkým problémom stanoviť, čo je ústavný princíp, keďže Ústava je formulovaná pomerne široko a mnohé princípy je z nej možno odvodiť; táto problematika však presahuje účel i rozsah tejto práce

¹³¹ Podľa niektorých autorov je štvorstupňový test proporcionality charakteristický pre britskú doktrínu a trojstupňový pre nemeckú doktrínu, ktorá rozhodovacia činnosť českých a slovenských súdov ovplyvnila najviac; porovnaj RIVERS, J.: *Proportionality and Variable Intensity of Review*. Cambridge Law Journal, roč. 65, č. 1, 2006, s. 181; pre úplnosť si však uvedieme všetky štyri stupne

¹³² DETTERBECK, S.: *Öffentliches Recht im Nebenfach*. 3. Auflage. München: Verlag Franz Vahlen, 2012, s. 73 – 74

¹³³ Účelom zákonodarcu pri formulovaní zákona, ktorým sa zasahuje do základných práv a slobôd je napr. (a najčastejšie) ochrana iných základných práv a slobôd

¹³⁴ DETTERBECK, S.: *Öffentliches Recht im Nebenfach*. 3. Auflage. München: Verlag Franz Vahlen, 2012, s. 74

¹³⁵ MELZER, F.: *Metodologie nalézání práva. Úvod do právní argumentace*. Praha: C. H. Beck, 2010, s. 64

¹³⁶ Uznesenie Ústavného súdu Slovenskej republiky II. ÚS 152/08

sledovaný účel dosiahnutý, ale len to, či by za normálnych okolností bolo možné sledovaný cieľ zvoleným prostriedkom dosiahnuť.¹³⁷

- 3) Tretím kritérium je potrebnosť (*Erforderlichkeit*), ktorá sa najlepšie preveruje negatívne, a síce: prostriedok zásahu do základných práv a slobôd nie je potrebný, ak existuje iný prostriedok, ktorý zasiahne do základných práv a slobôd v menšej miere a zároveň rovnako efektívne. Toto kritérium je pomerne problematické, je potrebná jeho správna interpretácia. Vždy existuje prostriedok, ktorým sa zasahuje do základných práv v menšej miere. To však nevylučuje naplnenie podmienky potrebnosti. Tá nie je splnená len vtedy, ak kumulatívne platí, že prostriedok, ktorým sa zasahuje do základných práv menej je zároveň rovnako efektívny. Rozmýšľať nad všetkými možnými alternatívnymi prostriedkami, ktorými by štát mohol do práv jednotlivcov zasiahnuť v menšej miere a za cenu rovnakej efektívnosti pre naplnenie svojho cieľa, by bol nekonečný proces s nesplniteľným cieľom. Preto sa v rámci tohto kritéria ustálili ďalšie podkritéria, ktoré hovoria o tom, že alternatívny prostriedok zásahu nesmie byť protiprávny, nesmie byť spojený so žiadnym ďalším finančným zaťažením štátu¹³⁸ a nesmie byť jednoznačne menej zasahujúci do základných práv a jednoznačne rovnako efektívny ako použitý prostriedok zásahu.¹³⁹
- 4) Štvrtým, posledným kritériom testu proporcionality je primeranosť (*Angemessenheit*). Zatiaľ čo predchádzajúce dve kritéria boli skúmané v rovine faktickej, posledné kritérium musí byť skúmané výlučne v rovine právnej, a síce v rovine právnej argumentácie.¹⁴⁰ Toto kritérium býva v literatúre označované aj

¹³⁷ RIVERS, J.: *Proportionality and Variable Intensity of Review*. Cambridge Law Journal, roč. 65, č. 1, 2006, s. 196

¹³⁸ Nález Ústavného súdu Spolkovej republiky Nemecko BVerfGE 81, 70; 77, 84

¹³⁹ Na lepšie porozumenie tohto kritéria uvedieme príklad: na ochranu spotrebiteľov uvedením do omylu prijal nemecký Bundestag zákon, v ktorom stanovil, že do obehu môžu byť uvedené len také čokoládové produkty, ktoré sú výlučne len z čokolády a neobsahujú žiadne ďalšie pridané látky; výrobca tzv. „čokolády s bublinkami“ toto kritérium nespĺňal, musel svoju produkt prerobiť a mal za to, že je to zásah do jeho práva na slobodu podnikania; takýto zákon sledoval určitý cieľ – ochranu spotrebiteľa pred uvedením do omylu, že si kupuje čokoládu a pritom ide o produkt s inými pridanými látkami; bol vhodný, pretože naozaj sledoval naplnenie tohto účelu; otázna však bola potrebnosť takéhoto zákona a zváženie jednoznačne menej zasahujúcich a jednoznačne rovnako efektívnych alternatív; ako alternatíva sa ponúkal zákon, ktorý zavedie povinnosť označovania výrobkov etiketami s podrobným zložením, z ktorých by bolo jasné, že nejde o čisto čokoládový produkt; tieto etikety však nebývajú často spotrebiteľmi dôkladne čítané, preto sa alternatívny zákon posúdil ako nie jednoznačne rovnako efektívny ako pôvodný zákon a pôvodný zákon zostal v platnosti. In DETTERBECK, S.: *Öffentliches Recht im Nebenfach*. 3. Auflage. München: Verlag Franz Vahlen, 2012, s. 75

¹⁴⁰ Pozri ONDŘEJEK, P.: *Princip proporcionality a interpretace omezení základních práv v ústavním právu*. In GERLOCH, A. – TRYZNA, J. – WINTR, J.: *Metodologie interpretace práva a právní jistota*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2012, s. 258 – 271

ako test proporcionality v užšom slova zmysle a „zahŕňa jednak praktickú konkordanciu (praktickú súladnosť), t. j. test zachovania maxima z obidvoch základných práv, a jednak tzv. [...] vážiacu formulu, vážiaci vzorec. Príkladom praktickej súladnosti môže byť situácia, keď obec namiesto toho, aby zakázala zhromaždenie z dôvodu, že na danom mieste sa v tom istom čase koná iné zhromaždenie, umožní napr. za asistencie polície konanie oboch.“¹⁴¹ Vážiaca formula môže mať viacero podôb. V úvodnom náleze Ústavného súdu ČR išlo o „zvažování empirických, systémových, kontextových i hodnotových argumentů.“¹⁴² Ústavný súd SR používa na najmä tzv. Alexyho vážiacu formulu, ktorú používa aj nemecká teória a ktorú možno jednoducho popísať ako zrovnávanie miery zásahu do právom chránených hodnôt.¹⁴³ „Vážiaca formula pracuje s trojstupňovou stupnicou hodnôt: „nízka“, „stredná“ a „podstatná“. Intenzita zásahu do jedného základného práva sa pomeruje s mierou uspokojiteľnosti druhého práva v kolízii, pričom intenzita zásahu a miera uspokojenia nadobúdajú jednu z hodnôt – „nízka“, „stredná“ a „podstatná“.“¹⁴⁴

Test proporcionality je nepochybne ešte zložitejší princíp, než sme si načrtli, jeho rozbor však presahuje v ďalšej miere účel a rozsah tejto práce. Za dôležité však považujeme ešte dodať jeden atribút tohto princípu, a síce jeho stupňovitú povahu, ktorá znamená, že sa jednotlivé kritéria skúmajú v poradí, v akom sme ich načrtli a v prípade nenaplnenia predchádzajúceho kritéria sa nepokračuje v skúmaní nasledujúceho kritéria.

Pokiaľ ide o využitie testu proporcionality v aplikačnej praxi Ústavného súdu, používa sa jednak v konaní o individuálnej sťažnosti¹⁴⁵, a jednak v konaní o abstraktnej kontrole ústavnosti,¹⁴⁶ ktoré majú svoje odlišnosti, ale v zásade boli spolu stručne opísané v predchádzajúcom texte.

¹⁴¹ Uznesenie Ústavného súdu Slovenskej republiky II. ÚS 152/08

¹⁴² Nález Ústavného súdu Českej republiky Pl. ÚS 4/94

¹⁴³ Pozri ONDŘEJEK, P.: *Princip proporcionality a interpretace omezení základních práv v ústavním právu*. In GERLOCH, A. – TRYZNA, J. – WINTR, J.: *Metodologie interpretace práva a právní jistota*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2012, s. 267

¹⁴⁴ Nález Ústavného súdu Slovenskej republiky II. ÚS 152/08

¹⁴⁵ Čl. 127 a 127a Ústavy Slovenskej republiky č. 460/1992 Zb.; medzi najčastejšie spory patrí spor pri kolízii práva na slobodu prejavu a práva na ochranu osobnosti (napr. už spomínané uznesenie Ústavného súdu SR II. ÚS 152/08 alebo nález Ústavného súdu SR II. ÚS 326/09)

¹⁴⁶ Čl. 125, 125a a 125b Ústavy Slovenskej republiky č. 460/1992 Zb. (napríklad nález Ústavného súdu SR Pl. ÚS 12/01)

3.3.1 Všeobecný test pomeriavania

Ako sme spomenuli na začiatku tejto kapitoly, test proporcionality sa nepoužíva výlučne v súvislosti s ústavnými princípmi, ale aj inými princípmi. A keďže sme si za metódu tejto kapitoly zvolili metódu indukcie, dospievame záverom k najvšeobecnejším poznatkom vzťahujúcim sa k princípu proporcionality, ktoré sa spoločne označujú aj ako všeobecná štruktúra pomeriavania,¹⁴⁷ my si ho analogicky k testu proporcionality, aby bolo jasné, že ide o podobný inštitút, označíme ako všeobecný test pomeriavania.

V ňom je potrebné v každom prípade najprv zistiť, aké dva princípy (poprípade viac) sú v kolízii. Ďalej je potrebné skúmať, či tieto princípy pôsobia smerom k jednému výsledku alebo či sa výsledky, ku ktorým smerujú, rozchádzajú. Až ak sa výsledky rozchádzajú, dochádza ku skutočnej kolízii právnych princíпов, ktorú je nutné vyriešiť vzájomným pomeriavaním. Konštatovanie skutočnej kolízie právnych princíпов samo o sebe implikuje kritérium vhodnosti.¹⁴⁸ Samotná obecná štruktúra pomeriavania pozostáva následne z troch krokov:

- 1) Abstraktné porovnávanie kolidujúcich princíпов – bez ohľadu na konkrétny prípad sa hľadá určitá hierarchia právnych princíпов, ktorá je ovplyvnená najmä ich právnou silou; právne princípy si zachovávajú spravidla právnou silu toho právneho predpisu, z ktorého sú indukciou odvodené; ak sú však vlastné celému právnemu poriadku, pôjde o ústavné právne princípy, čiže právne princípy najvyššej právnej sily;
- 2) Zisťovanie konkrétnej miery zásahu do právnych princíпов – v nej sa už na konkrétnom prípade skúma, ako intenzívne je ten-ktorý princíp dotknutý, či sa zabráni jeho realizácii úplne alebo len čiastočne;
- 3) Samotné pomeriavanie právnych princíпов – to spočíva v hľadaní optimálnej miery realizácie všetkých dotknutých princíпов; východiskom je téza, že sa dotknuté

¹⁴⁷ MELZER, F.: *Metodologie nalézání práva. Úvod do právní argumentace*. Praha: C. H. Beck, 2010, s. 67 a nasl.; na úzku väzbu medzi pravidlami pomeriavania a princípom proporcionality poukázal aj R. Alexy; viď ALEXY, R.: *Theorie der Grundrechte*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994, s. 100 a nasl.

¹⁴⁸ ALEXY, R.: *Theorie der Grundrechte*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994, s. 67; ako príklad nám môže slúžiť už spomenutý nález Ústavného súdu Českej republiky I.ÚS 1826/11 (s. 47 a nasl. tejto práce), kde sa do kolízie dostali vlastnícke právo sťažovateľky a právo na legitímne očakávanie banky ako záložného veriteľa

právne princípy majú realizovať čo najviac, a pokiaľ je to možné, všetky; to vyplýva zo samotnej povahy právneho princípu.¹⁴⁹

Účelom tejto kapitoly bolo priblíženie testu proporcionality ako jedného z osobitných nástrojov vyplňania medzier v zákonoch, najmä v aplikačnej praxi ústavných súdov, ale taktiež upozornenie na jeho možné prerastanie aj do aplikačnej praxe všeobecných súdov, keďže jeho použitie nie je obmedzené len pri riešení kolízie ústavných, ale akýchkoľvek právnych princíпов.

¹⁴⁹ MELZER, F.: *Metodologie nalézání práva. Úvod do právní argumentace*. Praha: C. H. Beck, 2010, s. 68 – 69; v nadväznosti na náš príklad, ktorým je nález Ústavného súdu Českej republiky I.ÚS 1826/11, by mohol test všeobecnej štruktúry pomeriavania podľa nášho názoru vyzerat' aj tak, že by Ústavný súd v prvom kroku rozhodol, že kolidujúce právne princípy sú rovnakej právnej sily, keďže vyplývajú z rovnakého právneho predpisu – Občianskeho zákonníka, nemožno teda použiť žiadne z výkladových pravidiel typu *lex specialis derogat legi generali* a pod.; preto pristúpime k druhému kroku, v ktorom v konkrétnom prípade zistujeme, že sa realizácii oboch princíпов bráni čiastočne, zrejme ale princípu vlastníckeho práva sťažovateľky v spojení s princípom dobrých mravov viac, preto pristúpime aj k tretiemu kroku a v rámci optimálnej realizácie oboch princíпов (resp. máme za to, že v tomto prípade sú v hre dokonca tri kolidujúce princípy) v čo najširšej miere, preto musí dôjsť k obmedzeniu princípu legitímneho očakávania banky v prospech princíпов „hrájúcich do karát“ sťažovateľke; tento postup je však čistou úvahou, samozrejme, argumentačná metóda je ponechaná na samotnom súde, ktorý argumentoval odlišným spôsobom, dôležité však je, že dospel k rovnakému výsledku

ZÁVER

Základným cieľom tejto práce bolo koncipovanie jedinečnej sumarizácie rozmanitých nástrojov vyplňania medzier v zákone, ako aj načrtnutie najaktuálnejších problémov spojených s touto problematikou v praxi spolu s ich riešeniami pomocou aplikácie teoretických poznatkov. V práci sme si rozobrali nielen fungovanie tradičných nástrojov vyplňania medzier v zákone, ako je *analogia legis*, *argumentum per eliminationem*, *argumentum ad absurdum*, či teleologickú redukciu, ale jej prínosom je najmä označenie *analogie iuris*, ktorá je v úzkom spojení s ústavne konformným výkladom, ako aj testu proporcionality za nástroje vyplňania medzier v zákone s vysvetlením ich aplikácie nielen na modelových, ale aj konkrétnych prípadoch v praxi pri porovnaní s argumentáciou súdov. Pomerne rozsiahla časť práce je venovaná rozhodovaniu súdov *contra legem*. V tejto časti boli modifikovaním teoretických názorov F. Bydlinského a F. Melzera stanovené podmienky, za ktorých je sudcovská tvorba práva vylúčená, čiže akási hranica dotvárania práva súdom, hranica používania nástrojov vyplňania medzier v zákone, čo je taktiež prínosom práce, pretože ide o opomínanú problematiku v súvislosti s medzerami v práve vôbec. V širšom kontexte mala práca za cieľ dokázať, že poznatky teórie a filozofie práva sú nielen že skutočne využiteľné v praxi, ale aj v praxi veľmi nápomocné. Teoretické poznatky boli aplikované na desiatky konkrétnych prípadov, v práci bolo v súvislosti s medzerami v zákonoch použitých takmer štyridsať slovenských, českých, ale aj nemeckých a iných rozhodnutí všeobecných, no najmä ústavných súdov, aplikovaných bolo niekoľko právnych predpisov v rámci Európskej únie. Využiteľnosť teórie v praxi preto nemožno poprieť.

Akýmsi posolstvom práce bolo poukázanie na to, že hypertrofia je značne nežiaducejším javom ako samotná existencia medzier v zákone a že neustále novelizovanie zákonov narúša princíp právnej istoty vo väčšej miere ako využitie nami zmienených nástrojov vyplňania medzier v zákone. Celá práca je ovplyvnená nazeraním na právo z pohľadu prirodzenoprávnej školy, to však neznamená, že by sa to pozitivistické chápanie práva úplne opomínalo. Prirodzenoprávny postoj je zdôrazňovaný z toho dôvodu, že je málo využívaný v praxi slovenských súdov a vôbec v právnických kruhoch.

Práca ponúka okrem jedinečného katalógu nástrojov vyplňania medzier v práve aj unikátnu, vlastnú definíciu medzier v zákone. Jedinečné je aj vymedzenie druhov medzier v zákone, ktoré sledovalo najmä jednoduchosť a prehľadnosť.

V závere by sme ešte radi upozornili nato, že výpočet nástrojov vyplňania medzier v zákone v tejto práci nie je absolútny, pretože absolútnym nie je ani výpočet úrovni nazerania na právo. Práca aj v dôsledku jej rozsahu a v dôsledku preferovania stručnosti za účelom prehľadnosti, skúma medzery v zákone len na vnútroštátnej úrovni. Je však veľmi dôležité, a to pri akejkoľvek aplikácii práva, neopomenúť najmä právo Európskej únie a taktiež medzinárodné právo. Týka sa to najmä normotvorby v oblasti ľudských práv, obrovský vplyv má aj rozhodovacia činnosť Súdneho dvora Európskej únie, ktorý sa niekedy označuje dokonca za náš súd najvyššej inštancie, vychádzajúc z prednosti práva Európskej únie pred vnútroštátnym právom, z euro konformného výkladu ako dôležitého nástroja vyplňania medzier aj vo vnútroštátnych zákonoch, či precedenčného charakteru rozhodnutí Súdneho dvora Európskej únie. Táto problematika je však sama o sebe náročná a rozsiahla, preto sme ju nezaradili do práce, no nepopierame jej významný vplyv na tému tejto práce.

Práca obhajuje, i keď to nebolo jej pôvodným zámerom, sudcovskú tvorbu práva. Vyplývalo to až zo zváženia konkrétnych argumentov pre a proti sudcovskej tvorbe práva. Zároveň však upozorňuje na to, že žiaden súd nemôže rozhodovať na základe ľubovôle, ale stanovuje presnú hranicu, kam až môže pri vyplňaní medzier v zákone orgán aplikácie práva zájsť.

Najväčším vzorom pri spracovaní tejto témy bol P. Holländer, jeho teoretické práce, úvahy, ale aj odôvodnenia rozhodnutí v rámci rozhodovacej činnosti Ústavného súdu Českej republiky. Inšpiratívnym je najmä spôsob jeho argumentácie, prirodzenoprávny postoj k právu, ale aj podpora kritického myslenia. Preto napriek tomu, že je v práci použitých množstvo jeho myšlienok, nejde o ich strohé kopírovanie, ale skôr ich rozvinutie, slúžia ako podklad pre ďalšie vlastné uvažovanie autorky, ktoré nemusí byť vždy správne, ale možno bude podkladom pre ďalšie vlastné uvažovanie iného autora. Inšpiráciou bola aj tvorba Z. Kühna a jedno z najnovších komplexnejších diel k tejto téme od F. Melzera.

Za prínos tejto práce by sa dalo považovať aj jej spracovanie z pozície študenta práva, ktoré je nielen na Právnickej fakulte Univerzity Komenského, ale aj na ostatných slovenských právnických fakultách priam raritou. Raritný je aj pohľad študenta na právo s prevahou toho prirodzenoprávneho nad pozitívno-právneho. Máme zato, že pohľad študenta je odlišný od pohľadu dlhoročných skúsených právnych teoretikov, či sudcov, a mohol by tak prispieť novými myšlienkami do diskusie o pomerne náročnej teoretickej téme. Cieľom práce bolo aj predstretie študentom práva, že sa netreba báť ani ťažkých

teoretických tém, netreba sa obávať vyjadrenia vlastných myšlienok, pretože tie, a to najmä v oblasti teórie, nemožno nikdy označiť jednoznačne za správne či nesprávne. Každá myšlienka môže byť len nápomocná v rámci rozvinutia ďalšej diskusie a rozšírenia povedomia o problematike (nielen) medzier v práve a nástrojoch vyplňania medzier v práve, resp. v zákone.

ZOZNAM BIBLIOGRAFICKÝCH ODKAZOV

LITERATÚRA

ALEXY, R.: *Theorie der juristischen Argumentation: Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*. Frankfurt: Suhrkamp Verlag, 1978, 396 s.

ALEXY, R.: *Theorie der Grundrechte*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994, 548 s.

ALCHOURRÓN, C. E. – BULYGIN, E.: *Normative Systems*. New York: Springer Verlag, 1971, 208 s.

BRÖSTL, A. – DOBROVIČOVÁ, G. – KANÁRIK, I.: *Teória práva*. Košice: Univerzita Pavla Jozefa Šafárika v Košiciach. Právnická fakulta, 2007, 170 s.

BYDLINSKI, F.: *Grundzüge der juristischen Methodenlehre*. 1. vydanie. Wien: FOWI-Arbeitspapiere Nr. 95, Brüner Vorträge Nr. 1, 2003, 120 s.

BYDLINSKI, F.: *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*. Viedeň – New York: Springer Verlag, 1991, 686 s.

CANARIS, C. W.: *Die Feststellung von Lücken im Gesetz*. 2. vydanie. Berlín: Duncker & Humboldt, 1983, 219 s.

ČIČ, M. a kol.: *Československé trestné právo*. Bratislava: Obzor, 1983, 272 s.

DETERBECK, S.: *Öffentliches Recht im Nebenfach*. 3. Auflage. München: Verlag Franz Vahlen, 2012, 354 s.

DRGONEC, J.: *Ústava Slovenskej republiky. Komentár*. 2. vydanie. Šamorín: Heuréka, 2007, 696 s.

DRGONEC, J.: *Ústava Slovenskej republiky. Komentár*. 3. Vydanie. Šamorín: Heuréka, 2012, 739 s.

DWORKIN, R.: *Když se práva berou vážně*. Praha: Oikoymenh, 2001, 455 s.

GERLOCH, A. – TOMÁŠEK, M. et al.: *Nové jevy v právu na počátku 21. století. II. Teoretické a ústavní impulzy rozvoje práva*. Praha: Univerzita Karlova, Nakladatelství Karolinum, 2010, 367 s.

HARVÁNEK, J. a kol.: *Teorie práva*. Plzeň: Aleš Čenek, 2008, 501 s.

HLOUCH, L.: *Teorie a realita právní interpretace*. Plzeň: Aleš Čenek, 2011, 348 s.

HOLLÄNDER, P.: *Aplikácia logiky v právnom myslení*. Bratislava: Vydavateľské oddelenie Právnickej fakulty UK, 1992, 252 s.

- HOLLÄNDER, P.: *Deficit Dworkinovy a Alexyho koncepce logického vymezení právních principů*. In BOGUSZAK, J. a kol.: *Právní principy. Kolokvium*. Pelhřimov: Vydavatelství 999, s. 7 – 21
- HOLLÄNDER, P.: *Filipika proti redukcionizmu (texty z filozofie práva)*. Bratislava: Kalligram, 2009, 174 s.
- HOLLÄNDER, P.: *Filosofie práva*. Plzeň: Aleš Čenek, 2006, 303 s.
- HOLLÄNDER, P.: *Nástin filosofie práva – úvahy strukturální*. Praha: Věšhrd, 2000, 125 s.
- HOLLÄNDER, P.: *Ústavněprávní argumentace, ohlédnutí po deseti letech Ústavního soudu*. Praha: Linde, 2003, 103 s.
- IVOR, J.: *Trestné právo hmotné I. Všeobecná část*. Bratislava: Iura Edition, 2010, 532 s.
- KELSEN, H. *Ryzí nauka právní*. Brno: Orbis, 1933, 55 s.
- KELSEN, H.: *Zur Theorie der Interpretation*. In: KLECATSKY, H. – MARCIC, R. – SCHAMBECK, H. (eds.). *Die Wiener rechtstheoretische Schule*. Wien: Europa Verlag Wien, 1968, s. 1363 – 1373
- KNAPP, V.: *Teorie práve, I. vydání*. Praha: C. H. Beck, 1995, 247 s.
- KNAPP, V.: *Velké právní systémy. Úvod do srovnávací právní vědy*. Praha: C. H. Beck, 1996, 248 s.
- KNAPP, V. – GERLOCH, A.: *Logika v právním myšlení*. Praha: Eurolex Bohemia, 2001, 230 s.
- KNAPP, V. – GERLOCH, A.: *Vědecké metody poznání práva*. Praha: Ústav státní správy, 1983, 118 s.
- KNAPP, V. – HOLLÄNDER, P. a kol.: *Právne myslenie a logika*. Bratislava: Obzor, 1989, 340 s.
- KRAMER, E. A.: *Juristische Methodenlehre. I. vydanie*. Bern: Stämpfli Verlag, 1998, 285 s.
- KÜHN, Z.: *Aplikace práva soudcem v éře středoevropského komunismu a transformace, Analýza příčin postkomunistické právní krize*, Praha : C. H. Beck, 2005, 201 s.
- KÜHN, Z.: *Aplikace práva ve složitých případech: k úloze právních principů v judikatuře*. Praha: Nakladatelství Karolinum, 2002, 419 s.
- KÜHN, Z.: *Pojem a role právního principu*. In BOGUSZAK, J. a kol.: *Právní principy. Kolokvium*. Pelhřimov: Vydavatelství 999, 1999, s. 91 – 103
- MELZER, F.: *Metodologie nalézání práva. Úvod do právní argumentace*. Praha: C. H. Beck, 2010, 250 s.

- MENCEROVÁ, I.: *Repetitóriium z trestného práva hmotného*. Bratislava: Univerzita Komenského v Bratislave, Právnická fakulta, 2010, 163 s.
- MORAWSKI, L.: *Positivist or Non-Positivist Rule of Law*. In KRYGIER, M. – CZARNOTA, A.: *The Rule of Law after Communism. Problems and Prospects in East Central Europe*. Ashgate: Darthmouth, 1999, s. 39 – 54
- NOVÁK, K. - ŠVEHLA, A. et al. : *Obecný zákoník občanský platný v Čechách, na Moravě a ve Slezsku se zákony doplňujícími*. 3. oprav. vyd. Praha : Spolek čsl. právníků Všehrd, 1930, 580 s.
- ONDŘEJEK, P.: *Princip proporcionality a interpretace omezení základních práv v ústavním právu*. In GERLOCH, A. – TRYZNA, J. – WINTR, J.: *Metodologie interpretace práva a právní jistota*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2012, s. 258 – 271
- OSINA, P.: *Právní principy a interpretace práva*. In GERLOCH, A. – MARŠÁLEK, P.: *Problémy interpretace a argumentace v soudobé právní teorii a právní praxi. Sborník příspěvků z vědeckého kolokvia kateder teorie práva právnických fakult ČR*. A. Gerloch a kol. I. vydání. Praha: Eurolex Bohemia, 2003, s. 87 – 92
- OTTOVÁ, E.: *Teória práva*. Šamorín: Heuréka, 2006, 306 s.
- OTTOVÁ, E.: *Teória práva*. Šamorín: Heuréka, 2010, 323 s.
- PECZENIK, A.: *On Law and Reason*. Springer, 2009, 364 s.
- PROCHÁZKA, R.: *Lud a sudcovia v konštitučnej demokracii*. Plzeň: Aleš Čenek, 2011, 140 s.
- PŘIBÁŇ, J. – HOLLÄNDER, P. et al. : *Právo a dobro v ústavní demokracii. Polemické a kritické úvahy*. Praha: SLON, 2011, 270 s.
- VEČEŘA, M. a kol.: *Teória práva*. 4 vydanie. Bratislava: Paneurópska vysoká škola Žilina: Eurokódex, 2011, 352 s.
- WEYR, F.: *Teorie práva*. Brno – Praha: Orbis, 1936, 388 s.

ZBORNÍKY

- BOGUSZAK, J. a kol.: *Právní principy. Kolokvium*. Pelhřimov: Vydavatelství 999, 1999, 231 s.
- GERLOCH, A. – TRYZNA, J. – WINTR, J.: *Metodologie interpretace práva a právní jistota*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2012, 497 s.
- HAMULÁK, O. et alii: *Principy a zásady v právu – teorie a praxe. Sborník příspěvků z konference Olomoucké debaty mladých právníků 2010*. Praha: Leges, 2010, 375 s.

KLECATSKY, H. – MARCIC, R. – SCHAMBECK, H. (eds.). *Die Wiener rechtstheoretische Schule*. Wien: Europa Verlag Wien, 1968, 2409 s.

KRYGIER, M. – CZARNOTA, A.: *The Rule of Law after Communism. Problems and Prospects in East Central Europe*. Ashgate: Dartmouth, 1999, 352 s.

PERIODIKÁ

PANOMARIOVAS, A. – LOSIS, E.: *Proportionality: from the Concept to the Procedure*. Jurisprudence, č. 2, 2010

PIPA, M.: *K vymedzeniu medzier v práve a k ich druhom z hľadiska sudcovskej tvorby práva*. Historia et theoria iuris, č. 3/2010

RIVERS, J.: *Proportionality and Variable Intensity of Review*. Cambridge Law Journal, roč. 65, č. 1, 2006

ŠIMÍČEK, V.: *Imperativ ústavně konformní interpretace a aplikace právních předpisů*. Právník, č. 12, 1999, s. 1081 – 1093

INTERNETOVÉ ZDROJE

<http://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/gg/gesamt.pdf>

<http://www.najpravo.sk/clanky/teoria-prava-v-praxi-i-jazykovy-vyklad-nad-zlato.html>

<http://www.otvorenepravo.sk/m/clanok/57/spojka-a-volajte-ma-alebo-alebo>

<http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv007198.html>

<http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv065182.html>

http://sk.wikipedia.org/wiki/Zoznam_volieb_na_Slovensku

<http://www.soza.sk/index.php?id=115>

PRÁVNE PREDPISY

ABGB Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch, Stand BGBl. Nr. 118/2002

Bürgerliches Gesetzbuch (BGB)

Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland

Charta základných práv Európskej únie

Il Codice Civile Italiano

Ústava Slovenskej republiky č. 460/1992 Zb.

Zákon č. 190/2003 Z. z. o zbraniach a strelive

Zákon č. 233/1995 Z. z. o súdnych exekútoroch a exekučnej činnosti (Exekučný poriadok)
a o zmene a doplnení ďalších zákonov

Zákon č. 300/2005 Z. z. Trestný zákon.

Zákon č. 40/1964 Zb. Občiansky zákonník

Zákon č. 50/1976 Zb. o územnom plánovaní a stavebnom poriadku (stavebný zákon)

Zákon č. 513/1991 Zb. Obchodný zákonník

Zákon č. 618/2003 Z. z. o autorskom práve a právach súvisiacich s autorským právom
(autorský zákon)

Zákon č. 757/2004 Z. z. o súdoch

ROZHODNUTIA SÚDOV

Nález Ústavného súdu Českej republiky I. ÚS 1826/11

Nález Ústavného súdu Českej republiky II. ÚS 2087/08

Nález Ústavného súdu Českej republiky II. ÚS 221/98

Nález Ústavného súdu Českej republiky II. ÚS 3/10

Nález Ústavného súdu Českej republiky III. ÚS 129/98

Nález Ústavného súdu Českej republiky III. ÚS 257/98

Nález Ústavného súdu Českej republiky III. ÚS 258/03

Nález Ústavného súdu Českej republiky IV. ÚS 1133/07

Nález Ústavného súdu Českej republiky Pl. ÚS 15/98

Nález Ústavného súdu Českej republiky Pl. ÚS 2/99

Nález Ústavného súdu Českej republiky Pl. ÚS 21/96

Nález Ústavného súdu Českej republiky Pl. ÚS 33/97

Nález Ústavného súdu Českej republiky Pl. ÚS 4/94

Nález Ústavného súdu Českej republiky Pl. ÚS 41/02

Nález Ústavného súdu Českej republiky Pl. ÚS 42/03

Nález Ústavného súdu Českej republiky Pl. ÚS 9/09

Nález Ústavného súdu Slovenskej republiky II. ÚS 326/09

Nález Ústavného súdu Slovenskej republiky III. ÚS 274/07

Nález Ústavného súdu Slovenskej republiky Pl. ÚS 12/01

Nález Ústavného súdu Slovenskej republiky Pl. ÚS 15/98

Nález Ústavného súdu Spolkovej republiky Nemecko BVerfGE, 1, 283
Nález Ústavného súdu Spolkovej republiky Nemecko BVerfGE 2, 226
Nález Ústavného súdu Spolkovej republiky Nemecko BVerfG 51, 324
Nález Ústavného súdu Spolkovej republiky Nemecko BVerfGE 65, 182
Nález Ústavného súdu Spolkovej republiky Nemecko BVerfGE 7, 198
Nález Ústavného súdu Spolkovej republiky Nemecko BVerfGE 90, 263
Rozhodnutie Najvyššieho súdu SR v konaní vedenom pod sp. zn. 4 Sž-o-KS 95/2005
Rozsudok Najvyššieho správneho súdu Českej republiky č. 1133/2007
Rozsudok New Yorkského súdu Riggs v Palmer 115 N.Y. 506 1889
Uznesenie Najvyššieho súdu Slovenskej republiky 2Rks/1/2010
Uznesenie Najvyššieho súdu Slovenskej republiky 3 Rks/1/2011
Uznesenie Najvyššieho súdu Slovenskej republiky 3Rks/2/2010
Uznesenie Najvyššieho súdu Slovenskej republiky 3 Rks 1/2010
Uznesenie Najvyššieho súdu Slovenskej republiky 3 Rks 1/200
Uznesenie Najvyššieho súdu Slovenskej republiky 9Rks/1/2011
Uznesenie Ústavného súdu Slovenskej republiky II. ÚS 152/08