

P o s u d o k o p o n e n t a
o dizertačnej práci Mgr. Slavomíry Henčekovej, LL.M.

Voľné nachádzanie práva (príčiny a dôsledky)

Z hľadiska štruktúry možno okrem Úvodu hovoriť a písať o dvoch kľúčových kapitolách dizertačnej práce, druhej a tretej kapitole – 2. Hnutie voľného práva a 3. Voľné nachádzanie práva v súčasnosti. Pôsobia proporcionálne vyvážené, keďže majú okolo 120 strán. V záujme prehľadnosti by som bol za trochu vzdušnejšiu štruktúru s viacerými kapitolami. Mimochodom, pokiaľ ide o druhú kapitolu, niektoré jej súčasti by pri trochu podrobnejšom spracovaní pokojne obstáli ako samostatné kapitoly, resp. aj ako samostatné dizertačné práce, keďže tematicky ide o „veľké témy“ (napríklad, Medzery v práve a medzery v zákone a ich vyplňanie, Právne princípy, zásady a hodnoty v práve, Právne neurčité pojmy, Ústavné zvyklosti, či Moderné chápanie konceptu deľby moci).

Autorka dizertačnej práce si kladie za cieľ kriticky „preskúmať príčiny a dôsledky voľného nachádzania práva“ prostredníctvom nemeckého hnutia *Freirechtslehre* s úmyslom poukázať na využitie jej záverov v rozhodovacej praxi súdov.“ Vo vzťahu k jej práci rád kvitujem, že si osvojila „pôvodnú štruktúru“ dizertačnej práce, ktorú stále poniektorí hlásame v rámci doktorandskej výučby Základov metodológie a metodiky vedeckej práce. Mám tým na mysli zaradenie Predslovu a Úvodu do textu. Autorka uvádza, že značnú časť práce napísala počas pandémie Covid19, v nemeckom kontexte (predtým povšimnutiahodné LL. M. – Regensburg), to znamená, že mala aj dostatok tvorivého nepokoja v rámci tvorivého pokoja pri písaní. Cesta jej dizertačnej práce ku mne ako k jej oponentovi bola trochu komplikovaná. Keďže som sa počas relatívne dlho a dobre utajovanej dovolenky v zahraničí (kde som vôbec nemienil vedecky pracovať) s dizertačnou prácou „minul“, píšem posudok trochu neskôr.

Už letný pohľad do obsahu práce ma veľmi potešil, pretože som hneď v prvom riadku našiel meno „voľno-právneho“ Hermanna Kantorowicza, ktorý si zaslúžil pozornosť zo strany našej právnej vedy už dávno (teda aj s celým svojím hnutím). Pred mnohými rokmi bola zmienka o ňom a o jeho teórii na stránkach Dejín politických a právnych učení veľmi krátka, asi tak 3-5 riadkov. Nemám sa čím chváliť, pretože v mojej učebnici Dejín politického a právneho myslenia (1999), resp. Frontisterion (2009) som o ňom a o škole (hnutí) voľného práva napísal niečo vyše jednej strany (37 riadkov), ale pokúsil som sa na neho upozorniť. S nádejou, že sa niekedy budem môcť k jeho dielu vrátiť. (Neviem, či teraz mám prezradiť, že v rámci dovolenky som sa „tajne“ predsa len zaoberal prekladom jednej z jeho prác (tak či onak bude raz uvedené v sprievodnej eseji, kde a kedy došlo k spáchaniu tohto činu).

V kapitole Hnutie voľného práva, ktorá rozsahom tvorí prvú polovicu dizertačnej práce, ide o priblíženie životov a diel predstaviteľov tohto hnutia (podľa toho, ako ich Hermann Kantorowicz vymenoval v slávnom článku *Some Rationalism About Realism* – Ehrlich, Fuchs, Radbruch, Gény, Sternberg, Kohler, Mayer, Zitelmann – pričom dizertantka so znalosťou problematiky pridáva ešte Genzmera, Wolffa a Isaya). V kapitole ide rozhodne o viac ako len o základnú orientáciu: je to naozaj precízna výpoveď o jednotlivých „voľno-právnikoch“, ako ich s hlbokou znalosťou označuje autorka práce. Pozoruhodné je spracovanie názorov (na) Gustava Radbrucha v rámci kapitolky *Niektorí ďalší predstavitelia* (hnutia voľného práva), ale tiež Ehrlicha, Kohlera, či Zitelmana. Podporujem zdravé sebavedomie autorky spojené s tvrdením, že jej práca, resp. určite jej väčšia časť, má v česko-slovenskej právnej vede priekopnícky charakter a súhlasím s jej názorom.

To, s čím možno až tak nesúhlasím a v čom ako oponent musím dizertantke trochu oponovať, to sú niektoré závery vyplývajúce z kapitolky 2.5.3 *Dôsledky pôsobenia hnutia voľného práva* a jej obsah - Zlyhanie hnutia voľného práva (Nedostatočné filozofické ukotvenie, Nesprávne pochopenie hnutia ako „contra-

legem“ hnutia, Odhalenie mýtu právnej povahy nacistického práva, Prílišný vzor pre právnu vedu v prírodných vedách).

Niekoľko poznámok k dvom záverom z konca tejto kapitoly. To, že sa hnutie voľného práva v období pôsobenia Hermanna Kantorowicza a po jeho smrti nepresadilo, či neujalo (čo napokon – z ďalšieho textu vyplýva, že ani podľa autorky to tak celkom nie je – pozri okrem iných napr. s. 104 a n.), by som nepovažoval za jeho zlyhanie. Určite prinieslo impulzy pre rozvoj právnej vedy, ktoré sa „dostali do obehu“ neskôr (aj o tom sa napokon dizertantka zmieňuje).

Formulácie typu „filozofické nezakotvenie“ hnutia v dobe, ktorá „nebola príliš vysadená na filozofiu,“ či metodológiu (Ernst Fuchs bojovník za reformu právnej vedy, ktorý sa okrem iného prezentuje štúdiou o vzťahu pravidiel a noriem a inými zaujímavými názormi) - odkaz na to, že „väčšina voľno-právnikov mala výslovne nepriateľský postoj voči filozofii“ musím takisto brať s rezervou. Argumentácia čl. 1 ods. 2 ZGB (švajčiarskeho občianskeho zákonníka), podľa ktorého má sudca v prípade, keď zákon a obyčajové právo mlčí, rozhodnúť tak, ako keby bol na mieste zákonodarcu“ (s. 105 práce) „prežila rok 2000“ a jeho varianty uvedeného kľúčového článku sa dostali (stále sa dostávajú) do právnych poriadkov ďalších štátov: nemusím chodiť ďaleko: pripomína to zákon č. 160/2015 Z. z. - Civilný sporový poriadok (Slovenskej republiky) v čl. 4 Základných princípov: „(1) Ak sa právna vec nedá prerokovať a rozhodnúť na základe výslovného ustanovenia tohto zákona... (2) Ak takého ustanovenia niet, súd prerokuje vec podľa normy, ktorú by zvolil, ak by bol sám zákonodarcom... atď. ...“ Aby som uviedol aj niečo konkrétne k filozofii tohto hnutia: medzi najzaujímavejšie filozofické dišputy alebo dišputy o filozofii medzi Radbruchom a Kantorowiczom v ich vzájomnej korešpondencii, len ako jeden z príkladov pochádzajúci ešte z roku 1906: *„Zunächst verlebe ich einmal hier eine Reihe von guten Tagen. Lese unter anderem Simmel, Schopenhauer und Nietzsche, und freue mich über unsere methodologische Verwandtschaft mit ihm: wie er die metaphysischen Streitfragen in letzter Linie auf die Unterschiede*

typischer Charaktere zurückführt und die Aufgabe der Wissenschaft nicht darin erblickt, zwischen den verschiedenen Ansichten zu richten, sondern sie alle in all ihre Konsequenzen durchzudenken: genauso machen wir es mit den juristischen Streitfragen.“ A to nehovorím o diskusii vo vzťahu k prameňom práva a ďalších (1912), či o otázkach vzťahu Sein a Sollen (spomína ich aj dizertantka v skorších pasážach svojej dizertácie). Obaja dobrí priatelia, Radbruch a Kantorowicz, boli profesormi/ docentmi v klasickej nemeckej dvojkombinácii - trestné právo a právna filozofia – ťažko je predstaviť si, že tieto disciplíny možno rozvíjať bez znalostí filozofie.

Na margo *Odhalenia mýtu právnej povahy nacistického práva* (nacistická právna veda bola pozitivistická; za zlom nacizmu stojí práve pozitivismus; Positivismuslegende) len dodávam, že si treba o čosi lepšie všimnúť kontext vety z Radbruchovho diela *Gesetzliches Unrecht und Übergesetzliches Recht*, ako aj to, čo má tento autor na mysli pod (právnym) pozitivismom: Radbruch je dobre známy tiež tým, že si vytvára vlastný pojmový aparát.

Druhá polovica práce sa venuje voľnému nachádzaniu práva v súčasnosti „z pohľadu právnej teórie i z pohľadu právnej praxe.“ Odvíja sa od medzier v práve a medzier v zákone a sleduje línie dvoch Zitelmannových základných otázok – Čo sú medzery? (v rámci druhov medzier v zákone pravé – medzery noriem, a nepravé – medzery pravidiel, ďalej počiatkové a následné, otvorené a zakryté, vedomé a nevedomé) a Ako vyplniť medzery? (legimita vyplňania medzier v zákone súdmi a nástroje vyplňania medzier). Zaoberá sa nachádzaním práva nad rámec pozitívneho práva, t. j. dotváraním práva, ktoré prekračuje výklad pozitívneho práva, s cieľom nájsť „čo najspravodlivejšie“ riešenie. Pritom analyzuje štyri okruhy otázok: rozhodovanie contra legem, rozhodovanie na základe právnych princípov a hodnôt, konkretizáciu neurčitých právnych pojmov a rozhodovanie podľa ústavných zvyklostí.

Na pozadí prínosu voľno-právnej teórie (prelomenie formalistického prístupu k právu) autorka rozoberá voľnosť sudcov a ich možnosť rozhodovať aj contra-

legem. Postupuje ad prvého a najznámejšieho rozhodnutia z tejto oblasti, rozhodnutia Ústavného súdu Spolkovej republiky Nemecko vo veci princezná Soraya, BVerfGE 34, 269 z roku 1973, a potom uvádza aj príklady z rozhodovacej činnosti Ústavného súdu Českej republiky.

Po opísaní začiatkov diskusie o právnych princípoch (spätej s menami Oliver Wendell Holmes a Josef Esser) sumarizuje výsledky výskumu o právnych princípoch a smeruje k vymedzeniu. Táto kapitolka neprekračuje známy výklad o problematike (s diskusiou na tému právne princípy a zásady, analýza názorov Dworkin – Alexy), pričom sa domnievam, že priestor pre kritický pohľad aj do tejto oblasti existuje. Z hľadiska témy je však dôležitá časť o kvázi-vol'nom nachádzaní práva pri aplikácii právnych princíпов.

Ďalej dizertantka pristupuje k vymedzeniu právne neurčitých pojmov s použitím modelov a príkladu „dobrých mravov,“ (kvázi-vol'né nachádzanie práva pri vyplňaní obsahu týchto pojmov).

Pokiaľ ide o pohľad do právnej praxe Mgr. Slavomíra Henčeková si berie na mušku predovšetkým vybrané rozhodnutia Ústavného súdu Českej republiky, ktoré súvisia s ústavnými zvyklosťami, pričom najviac pozornosti venuje sporu o spolupodpis pri menovaní guvernéra a vice-guvernéra Českej národnej banky. Vyjadruje sa k povahe ústavných zvyklostí (aj na pozadí odlišného stanoviska sudcov Holländera a Jurku, ktorí sa prikláňajú k tomu, že ústavné zvyklosti majú povahu praeter legem) a k ich vz'ahu k princípu del'by moci. Aspoň niekoľko slov o nadväzujúcej kapitolke *Moderné chápanie konceptu del'by moci*, keďže sa zdá, že už pomerne dávno zaznelo Good-bye, Montesquieu (Ackermann, B.: Good-bye, Montesquieu. in: Rose-Ackermann, S. – Lindseth, L. P. (eds.) *Comparative Administrative Law* 2010): „*Nech bol Montesquieu akokoľvek veľkým mysliteľom, nemal ani najmenšie tušenie o politických stranách, demokratickej politike, moderných ústavných návrhoch, súčasných byrokratických technikách a o ambíciách moderného regulatívneho štátu.*“ V súčasnosti sa k slovu dostali, nielen v ústavno-právnej teórii, ale i v praxi,

rôzne diverzné modely (dizertantka tvrdí, že Montesquieuov koncept je stále aktuálny, stačí nahliadnúť do ústavy akéhokoľvek demokratického štátu). V určitej paralele s názormi predstaviteľov hnutia voľného práva si autorka dizertačnej práce vyberá ako vzor moderného chápania koncepciou deľby moci v podaní Aharona Baraka, ktorý stál za izraelskou „ústavnou revolúciou“ z roku 1992, kedy sa právomoc i súdnej moci dramaticky rozšírili vrátane možnosti zrušiť zákony Knesetu, ak tie podľa názoru Najvyššieho súdu porušili normatívne záruky ľudských práv. Korektne upozorňuje i na kritiku Barakových názorov (ako súdneho aktivistu) zo strany známych osobností a predstaviteľov sudcovského stavu ako Richard Allen Posner (nar. 1939) a Robert Heron Bork (1927 – 2012).

Záverečná časť práce sa nesie v duchu podnadpisu k hlavnému nadpisu a zaujme úvahami o príčinách a dôsledkoch voľného nachádzania práva v súčasnosti, z môjho pohľadu predovšetkým o osobnostiach sudcov a dobovom právnom myslení a pokus o formulovanie negatív (právna neistota a nespravodlivosť) a pozitív (spravodlivosť) voľného nachádzania práva.

Dizertantka v práci sústavne presviedča o tom, že má vynikajúci prehľad v odbornej literatúre, ktorá sa týka zvolenej témy a že s ňou dokáže veľmi efektívne pracovať. Odbornú erudíciu autorky nesporne podčiarkuje rozsiahly a užitočný poznámkový aparát s veľkou výpovednou hodnotou (1320 poznámok na 257 strán textu), ako aj výsostne relevantný zoznam použitej literatúry (ca 245 monografií, štúdií a článkov, 46 elektronických zdrojov, bohatá škála vybraných súdnych rozhodnutí aj ako zdroj porovnávaní). Moja drobná pripomienka smeruje k tomu, že pod vplyvom prostredia sa v dizertačnej práci sem-tam vyskytne formulácia alebo vetná skladba, ktoré svedčia vo výslednej podobe o interakcii jazykových prostredí (slovenčina ako jazyk, v ktorom je práca napísaná, čeština a nemčina). Lahká pomoc, ľahká náprava – stačí malá jazyková korektúra, ak práca bude po obhajobe publikovaná knižne.

Keďže predložená dizertačná práca predstavuje vlastnú a originálnu kompozíciu, ktorá podľa môjho názoru bohatým priehrdím spĺňa sledované ciele a na výbornej úrovni sa vyrovnáva s náročnou teoretickou problematikou, pričom vo viacerých smeroch prekračuje ustanovené kritériá pre práce tohto druhu (podľa mňa by obstála aj ako habilitačná práca), jednoznačne ju o d p o r ú ě a m na obhajobu pred príslušnou komisiou pre obhajobu dizertačnej práce.

Košice, 9. novembra 2021

prof. JUDr. Alexander Brörtl, CSc.