

Cílem nadace je podporovat vydávání nejstaršího českého právníckého časopisu, který přináší teoretické příspěvky ze všech právních oborů.

Nadace má adresu Národní tř. 18, 116 91 Praha 1 a bankovní spojení 44757005/17920.

Dary pro nadaci jsou podle zákona o daních z příjmů položkou odečitatelnou od základu daně. Iména dárců s jejich souhlasem zveřejníme.

Redakce

### POZOR – NEPŘEHLEDNĚTE!

Redakce časopisu Právník publikuje inzeráty domácích i zahraničních firem, advokátních kanceláří, komerčních právníků atd. Inzeráty je možno publikovat v jazyku požadovaném inzerentem. Cena inzerátu je Kč 13 156,- za 1 str. Inzeráty přijímá redakce časopisu Právník, Ústav státu a práva AV ČR, Národní tř. 18, 116 91 Praha 1, tel.: 24 91 22 77.

## POZITIVISMUS VERSUS IUSNATURALISMUS: NEKONČÍCÍ PŘÍBĚH (POKUS O STRUKTUROVÁNÍ PROBLÉMU)

„Požadavkem racionálního postoje je kombinatorní nalezení a prozkoumání všech možností posuzovaného pole.“

Ota Weinberger

### 1. VYMEZENÍ POJMU PRÁVA JAKO VÝCHODISKO ŘEŠENÍ NETRIVIALNÍCH PŘÍPADŮ

Souhlasím s R. Alexym, že v právní praxi se pojem práva předpokládá jako samozřejmý a je na něj nahlíženo, zvláště při řešení obvyklých případů, jako na něco nadbytečného. Souhlasím i s další Alexyho tezí, že pro právní praxi se pojem práva stává naléhavým problémem toliko při řešení neobvyklých případů.<sup>1)</sup> Tuto skutečnost dokumentují i reakce právní filozofie na hledání pojmového aparátu právě za účelem řešení takových případů: zmíním alespoň školu volního práva (Freirechtsschule), soustřeďující se zejména na soudní nalázení práva v oblasti mezer v právu<sup>2)</sup>, nebo Dworkinovu koncepci přirozeného práva (spočívajícího v právních principech) jako východiska řešení hard cases<sup>3)</sup>.

Ve filozofii práva lze tedy rozlišovat přístupy směřující k vymezení pojmu práva podle toho, zdali východiskem tohoto vymezení je jeho výpovědní síla (argumentační síla) pro řešení hard cases, nebo ne.

Překonání totalitního politického a ekonomického systému a položení základů právního státu je spjato s řešením problému, jenž T. Zielinski označuje jako „zásadní dilema“<sup>4)</sup>, a jehož obsahem je volba mezi revoluční a legistickou (evoluční) cestou k demokracii. Jinými slovy řečeno, jedná se o volbu mezi aplikací pozitivistické a přirozenoprávní doktriny v přechodném období od

<sup>1)</sup> R. Alexy, *Begriff und Geltung des Rechts*.<sup>2)</sup> Freiburg/München 1994, s. 18.

<sup>2)</sup> Viz např. H. Kantorowicz, *Der Begriff des Rechts*. Göttingen, bez uvedení data vydání.

<sup>3)</sup> R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, cit. podle něm. překladu Bürgerrechte ernstgenommen, Frankfurt a.M. 1990

<sup>4)</sup> T. Zielinski, *The Rule of Law in the Transition Process from Totalitarianism to Democracy*. In: *Towards Universal Law. Trends in National, European and International Lawmaking*. Red. H. Jareborg. Uppsala 1995, s. 118n; viz k tomu rovněž G. Brunner, *Some Remarks on the Rule of Law in Eastern Europe*. In: *Towards Universal Law. Trends in National, European and International Lawmaking*. Red. H. Jareborg. Uppsala 1995, s. 138n.

при преклонении тоталитарного системы се выношује zejména, nebo výlučně, v těch případech, kdy k utváření nového právního prostředí nelze využít s nepravou retroaktivitou (čili s derogací dosavadního práva a jeho nahrazením právem novým), nýbrž nutno sáhnout k retroaktivitě pravé, resp. k jinému postupu reagujícímu na nespravedlnost doby předchozí.

## 2. IMPULZY K DISKUSI Z DOBY NEDÁVNÉ

### 2.1 Východisko přirozenoprávní (G. Radbruch, M. Kriele a L. L. Fuller)

S mimořádnou naléhavostí přinesla druhá světová válka v oblasti právního myšlení i kritickou reakci na nelidskosti pozitivního práva, a to v podobě obnovy přirozenoprávních úvah.<sup>5)</sup> Byla zformulována teoretická koncepce, podle které za určitých podmínek je potřeba na právo pozitivní nahlížet jako na neprávo: „Obvyklá verze argumentu nepravosti vychází z toho, že pozitivní (tedy autoritativně stanovený a/nebo sociálně účinný) systém norem lze jen tehdy a potud nepovažovat za právo, když a pokud je zjevně v rozporu se základními a obecně uznávanými zásadami morálky.“<sup>6)</sup> Za nejvýznamnějšího představitel koncepcí priority přirozeného před pozitivním právem, zformulované právě v období po druhé světové válce, lze považovat německého právního filozofa a teoretika trestního práva Gustava Radbrucha, jenž svou tezi, později po něm označenou „Radbruchova formule“, pod dojmem zločinů nacionálního socialismu koncipoval takto: „Konflikt mezi spravedlností a právní jistotou patrně lze řešit jen tak, že pozitivní právo, zajišťované předpisy a mocí, má přednost i tehdy, pokud je obsahově nespravedlivé a neúčelné, vyjma toho, jestliže rozpor mezi pozitivním zákonem a spravedlností dosáhne tak neudržitelné míry, že zákon musí jako „nenáležitě právo“ („unrichtiges Recht“) spravedlnosti ustoupit.“<sup>7)</sup>

Radbruch vychází tedy z nutnosti akceptovat platnost pozitivního práva, a to i tehdy, „jestliže je obsahově nespravedlivé a neúčelné“. Za jedinou výjimku, kdy je možné a nutné přijmout přednost přirozeného před pozitivním právem, považuje situaci, když „rozpor pozitivního zákona se spravedlností dosáhl neudržitelnou míru“.

Radbruchova formule se široce uplatnila nejen v právně filozofickém myš-

<sup>5)</sup> Viz k tomu A. Kaufmann, Über Gerechtigkeit. Dreissig Kapitel praxisorientierender Rechtsphilosophie. Köln-Berlin-Bonn-München 1993, s. 221n.

<sup>6)</sup> P. Koller, Theorie des Rechts. Eine Einführung. Wien-Köln-Weimar 1992, s. 28.

<sup>7)</sup> G. Radbruch, Gesetzliches Unrecht und Übergesetzliches Recht. 1947, opětovně publikováno in: Recht und Moral. Texte zur Rechtsphilosophie. Hrsg. N. Hoerster, Stuttgart 1991, s. 48-49.

24. 11. 1941 (GBI. I., s. 772), na základě kterého bylo Židům, kteří emigrovali, odňato státní občanství a majetek.<sup>8)</sup>

Spolkový ústavní soud SRN v uvedeném nálezu pro prioritu přirozeného před pozitivním právem, vycházejí z „Radbruchovy formule“, stanovil dvě podmínky: první je rozpor pozitivní normy s „fundamentálními principy spravedlnosti“, druhou je intenzita tohoto rozporu, tj. rozpor musí být „evidentní“ a musí dosáhnout „neudržitelnou míru“. Spolkový ústavní soud dále konstatoval, že takto vadný právní předpis je neplatný ex tunc a nestal se platným ani tím, že byl určitý čas aplikován a dodržován.

Druhá verze argumentu nepravosti pochází od M. Krieleho.<sup>9)</sup> Podle ní povinnost dodržovat právo je dána tehdy, jestliže toto „vecelku a ve velké míře“ („im grossen und ganzen“) splňuje požadavky morality.<sup>10)</sup> Tato podmínka je podle Krieleho splněna, pokud je právo částí systému, jenž se zakládá na principech demokratického ústavního státu. Kriele přitom neodnímá veškerému pozitivnímu právu v totalitních systémech povahu práva, protože i tady podle něj existuje bezprostřední právní legitimita, a to pro takové zákony a instituty, jenž nejsou typické pro systém a jež samy o sobě jsou eticky oprávněné. Jak na tuto skutečnost poukazuje R. Dreier<sup>11)</sup>, na rozdíl od přístupu Radbruchova, Kriele „testuje“ pozitivní právo nejen hlediskem morality,

<sup>8)</sup> Jádru úvahy soudu je obsaženo v následujících výňatcích z citovaného nálezu: „Právo a spravedlnost nejsou zákonodárci k dispozici. Představa, že „ústavodárce může vše uspořádat podle své vůle, by znamenala návrat k duchovnímu stanovisku bezhodnotového právního pozitivismu, které je v právní vědě a praxi již dlouho překonáno. Právě doba nacionálního socialismu v Německu učí, že i zákonodárce může stanovit neprávo“ (BVerfGE 3, 225 (232)). Tím Spolkový ústavní soud souhlasil s možností odepřít nacionálněsocialistickým „právním“ předpisům platnost jako právu, protože protirečí základním principům spravedlnosti tak zjevně, že soudce, který by chtěl je nebo jejich právní následky uzнат, nalézal by neprávo namísto práva (BVerfGE 3, 58 (119); 6, 132 (198)). Nařízení č. 11 bylo v rozporu s těmito základními principy. V něm dosáhl rozpor se spravedlností tak neudržitelné míry, že musí být považováno od počátku za neplatné ... Nestává se účinné ani tím, že bylo několik let uplatňováno nebo tím, že někteří z těch, kdo byli odnětím státního občanství postíženi, prohlásili ve své době, že se v ojedinelých případech smířili s nacionálněsocialistickými opatřeními nebo že s nimi souhlasili. Neboť jednou ustanovené neprávo, které je otevřené v rozporu s konstitutivními zásadami práva, se nestane právem tím, že se používá anebo že je zachováváno.“

<sup>9)</sup> M. Kriele, Recht und praktische Vernunft. Göttingen 1979, s. 117; M. Kriele, Rechtspflicht und die positivistische Trennung von Recht und Moral. In: M. Kriele, Recht - Vernunft - Wirklichkeit, Berlin 1990.

<sup>10)</sup> Nelze si na tomto místě nepovšimnout Kantova vlivu na Krieleho úvahy; viz I. Kant, Zum ewigen Frieden. Ein philosophischer Entwurf. Stuttgart 1993, s. 11: „moji vnější (právní) svobodu lze vysvětlit takto: je oprávněním neposlechnout žádné vnější zákony vyjma těch, k nimž bych mohl dát svůj souhlas.“

<sup>11)</sup> R. Dreier, Der Begriff des Rechts. In: R. Dreier, Recht - Staat - Vernunft. Frankfurt a. M. 1991, s. 102.

a šedesátých let lze označit Lona L. Fullera.<sup>13)</sup> Ve své koncepci Fuller vychází z teze, podle níž pojem práva nelze definovat úplně nezávisle na důvodech, pro které lidé akceptují a dodržují právo. K tomu, aby se stal přijatelným, musí podle něj každý právní systém splňovat minimálně základní morální požadavky legality<sup>14)</sup>, jež označoval termínem vnitřní moralita práva: „Úplné seřazení v jednom z těchto osmi směrů nemá za následek pouze špatný právní systém; má za následek něco, co vůbec nelze jako právní systém skutečně označit, vyjma snad v pickwickovském smyslu, v němž ještě stále lze mluvit o neplatné smlouvě, že je druhem smlouvy.“<sup>15)</sup>

## 2.2. Východiško pozitivněprávní (H. L. A. Hart a O. Weinberger)

Pro pozitivněprávní teorie je právo institucionální faktum bez ohledu na svůj obsah, přičemž u analytické jurisprudence apriorním (jeho rekonstrukce je výsledkem analytického poznání<sup>16)</sup>) u sociologické jurisprudence aposterior-

práva: autoritativní určení a sociální účinnost normy anebo normového systému. Mnohotvárnost pozitivistických definic práva je vysvětlitelná tím, že oba prvky mohou být různě interpretovány a různým způsobem navzájem kombinovány... S určitým zjednodušením lze říct, že definice orientované na účinnost vymezují právo z perspektivy pozorovatele, zvláště sociologické, zatímco základem definic orientovaných na tvorbu je perspektiva účastníka, zvláště perspektiva soudce.“<sup>18)</sup>

V odůvodnění zmiňovaného nálezu Spolkový ústavní soud opodstatněně konstatoval, že přijetí představy, podle níž ústavodárce může povinnosti nařizovat libovolně, by znamenalo návrat do duchovní pozice bezhodnotového pozitivizmu, která je v právní vědě i praxi již delší dobu překonána. Tuto skutečnost lze dokumentovat stanoviskem anglického právního filozofa H. L. A. Harta, významného představitele právního pozitivizmu ve vývoji právní filozofie po druhé světové válce, který zformuloval teorii o minimálním přirozenoprávním obsahu práva.<sup>19)</sup>

Obsahem této teorie není ani tak řešení otázky vztahu přirozeného a pozitivního práva, jako poukázání na skutečnost, že oba tyto systémy vyrůstají ze společného základu, sledují jako svůj cíl přechití (reprodukcí), a tedy musí mít specifický obsah: „Všeobecná forma tohoto argumentu je jednoduše taková, že bez takového obsahu by zákony a morálka nemohly napomáhat minimálnímu účelu přechití.“<sup>20)</sup> Důvody minimálního společného obsahu morálky a práva vidí Hart například v lidské zranitelnosti, která se v zákonech i morálce odráží formou zákazů (například zákazu zabít člověka). Jiný důvod společného minima práva a morálky nachází v omezenosti

<sup>17)</sup> Příkladem jsou sociologické koncepce nejruznějšího ražení, k jejichž proslulým představitelům lze řadit zejména E. Ehrlicha, M. Webera, O. W. Holmese, N. Luhmanna; pro účely demonstrativní vybírám myšlenky M. Webera a N. Luhmanna: M. Weber, *Schriften zur Soziologie*. Stuttgart 1995, s. 182: „Pokud je řeč o ‚právu‘, ‚právní věť‘, musí být zvlášť přísně dbáno na rozdíl mezi právníckým a sociologickým způsobem uvažování. To první se ptá: co jako právo ideálně platí. Tím se chce říci: jaký význam a toto opětvně značí: jaký normativní smysl se má přičíst nějakému jako právní norma vystupujícímu jazykovému tvaru logicky správným způsobem. Naproti tomu to poslední se ptá: co se uvnitř nějaké společnosti stalo z toho důvodu, protože existuje šance, že na společenském jednání účastní lidé, mezi nimi zejména ti, v jejichž rukách spočívá sociálně relevantní rozsah praktického vlivu na toto společenské jednání, subjektivně nazývají určitá uspořádání jako platná a prakticky takto s nimi zacházejí, čili svoje vlastní konání orientují na ně.“; N. Luhmann, *Rechtssoziologie*. Reinbek bei Hamburg 1972, s. 105: „Právo můžeme ... definovat jako strukturu nějakého společenského systému, jenž se zakládá na kongruentní generalizaci normativních očekávání chování.“

<sup>18)</sup> R. Dreier, *op. cit.*, s. 96, 98.

<sup>19)</sup> H. L. A. Hart, *Concept of Law*. Cit. podle něm. překladu Der Begriff des Rechts. Frankfurt a. M. 1973, s. 266n.

<sup>20)</sup> Tamtéž, s. 266.

<sup>12)</sup> S čímž se ostatně lze setkat již u slavných iusnaturalistů minulosti: „Co to znamená poslouchat moc? Je-li to ustupování násilí, je to pravidlo dobré, avšak zbytečné, neboť se určitě nikdy neporuší ... Shodněme se tedy na tom, že moc se nemění v právo a že jsme povinni poslouchat jen legitimní moc ... Nemá-li žádný člověk přirozenou pravomoc nad svým bližním (tj. jestli vycházíme z přirozené rovnosti lidí - pozn. P. H.) a nemění-li se moc v právo, zůstávají základem veškeré legitimní moci mezi lidmi úmluvy.“ (J. J. Rousseau, *Rozpravy*. Praha 1977, s. 206-207).

<sup>13)</sup> L. L. Fuller, *Positivism and Fidelity to Law - A Reply to Professor Hart*. *Harvard Law Review* 71, 1958, s. 630n; tentýž, *The Morality of Law*. New Haven-London 1964, 2. přepracované vydání New Haven-London 1969.

<sup>14)</sup> Fuller mezi ně řadí: 1. obecnost právní regulace; 2. nezbytnost zveřejnění právních pravidel a možnost jejich podrobení veřejné kritice; 3. zákaz zpětné účinnosti zákonů; 4. jasnost a srozumitelnost formulování zákonů; 5. bezrozpornost právního systému; 6. stabilitu práva; 7. nepřipustnost toho, aby zákony vyžadovaly nemožné chování; 8. nezbytnost interpretace a aplikace zákonů v souladu s jejich formulováním. (Viz L. L. Fuller, *The Morality of Law*. New Haven-London 1969, s. 46n.)

<sup>15)</sup> Tamtéž, s. 39.

<sup>16)</sup> Viz zejména T. Hobbes, J. Austin, H. L. A. Hart a j.; jako příklad uvádím úvahu Austinovu: J. Austin, *Rechtsnormen als Befehle des politischen Machthabers*. In: *Recht und Moral*. Hrsg. N. Hoerster, Stuttgart 1991, s. 17-18. „Vyšší postavení ve významu pro nás směrdatně znamená moc ... Pojem ‚vyššího postavení‘ (jakož i pojmy ‚povinnost‘ a ‚sankce‘) tedy mohou být obsaženy v pojmu příkazu ... (Normy jsou přitom zvláštěm druhem příkazů - s. 15) ... vyšší postavení představuje schopnost vynutit dodržování příkazu; a vyjádření nebo zprostředkování nějakého příkazu jakož i schopnost a vůle k jeho prosazení jsou oběma prvky příkazu. Věta, že normy vycházejí od vyšší postavených, je proto analytickou pravdou; protože vyplývá z významu použitých pojmů.“

klade otázku přijatelnosti toho, „aby takové zákony, které porušily přirozené právo, byly neplatné.“<sup>21)</sup> Hart na jedné straně odmítá testovat platnost právních norem hledisky mravními, na druhé straně však, dobře si uvědomuje problém „nemorálního práva“, posouvá jeho řešení do oblasti práva na občanskou neposlušnost. Vyrovnání s minulostí vidí ve zvažování dvou zel: na jedné straně „zla“ porušení právní jistoty, např. prolomením principu zákazu retroaktivity, a na straně druhé zla spáchaných zločinů. Řešení u Harta spočívá nikoli v popření platných právních norem (resp. systémů). Hart tedy akceptuje vztahu dvou platných právních norem (resp. systémů). Hart tedy akceptuje morální důvody jako důvody prolomení standardních právních principů, jakými jsou právní jistota, nebo zákaz retroaktivity.<sup>22)</sup>

O. Weinberger, právní filozof inklinující rovněž k právnímu pozitivizmu<sup>24)</sup>, posouvá problém práva přirozeného do oblasti právníké argumentace: „prosté tvrzení, že existuje přirozené právo, je zcela bezvýznamné; jen zdůvodnění platných přirozenoprávních principů, které lze uplatnit jako argumentů v právních argumentacích, je relevantní pro právní filozofii a juristickou metodologii.“<sup>25)</sup> Weinbergerovo řešení je následující: „Stanovení norem však v žádném případě, ani v etice ani v právu, není věcí libovůle. V moderní státní společnosti musí právo v každém případě řešit určité relace a nutně plnit určité funkce, jak ukázal Hart. Toto funkční určení práva není však přirozenoprávní složkou právního řádu, neboť není kognitivně určeno, jak se tyto otázky řeší. ...existují určité přirozené reakce a způsoby chování, které bych považoval za přirozené rudimenty spravedlnosti. Ale to není přirozené právo, nýbrž poukaz na přirozený základ, který nás nutí tvořit normy a instituce takovým způsobem, že vyrůstají z přirozených antropologických reakcí a struktur a že přitom provádíme vždy také hodnocení z hlediska postulatů spravedlnosti.“<sup>26)</sup>

21) Tamtéž, s. 268, 270.

22) Tamtéž, s. 287.

23) Tamtéž, s. 290-292; H. L. A. Hart, *Der Positivismus und Trennung von Recht und Moral*. In: H. L. A. Hart, *Recht und Moral. Drei Aufsätze*. Göttingen 1971, s. 39n. Hart svou koncepci vztahu pozitivního a přirozeného práva rozvíjel především v souvislosti s diskusí, kterou vedl s Lonem L. Fullerem a Patrickem Devlinem (viz op. cit. v pozn. č. 19; dále H. L. A. Hart, *Recht und Moral. Drei Aufsätze*. Göttingen 1971, s. 87n.).

24) O. Weinberger, *Contemporary Conception of Law*, 9th IVR World Congress (Basel 1979). *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, Supplementa*, Vol. 1, Part 1, 1982; opětovně publikováno in: O. Weinberger, *Filozofie, právo, morálka*. Brno 1993, s. 64: „v podstatě vycházím z pozice, jež by byla podle tradiční terminologie označována jako pozitivistická“, přičemž „právně pozitivistickou koncepci bych chtěl prezentovat kriticky a poněkud zúženě a vyvarovat se přitom neudržitelných hesel“.

25) O. Weinberger, *Přirozené právo a právníká argumentace*. Právník, č. 3, 1993, s. 193.

26) Tamtéž, s. 201-202.

právní myšlení dnes hledá kritéria „morálního minima práva“. Ackoli řešení jsou různá, jak přirozenoprávní tak i pozitivněprávní myšlení akceptuje určité „morální minimum“, kterým lze „zasáhnout“ do pozitivního práva (a to „Radbruchovou cestou“ spočívající v jeho deklarování za neplatné ex tunc, resp. „cestou Hartovou“, tj. jeho zrušením a nahražením pozitivním právem novým, a to s retroaktivními účinky).

### 2.3 „Pohartovské“ období

V roce 1976 publikoval H. L. A. Hart studii „Law in the Perspective of Philosophy: 1776-1976“<sup>27)</sup>, ve které ohlásil změnu epochy v právní filozofii. Vyslovil domněnku, že ke konci dospěla dvěstě let trvající éra anglosaské právní teorie a politické filozofie, zahájená Benthamem, pro kterou byly typické utilitarismus a teze o oddělení práva a morálky. Za znaky epochy nové Hart označil teorie Rawise a Nozicka namířené proti utilitarismu, jakož i teorii jeho nástupce v Oxfordu Dworkina, směřující proti právnímu pozitivismu. Lze tedy „pohartovské“ období vývoje evropsko-kontinentálního a anglosaského právního myšlení charakterizovat jako opětový návrat k iusnaturalismu?

Dworkinova teorie právních principů vnesla do věčné diskuse mezi pozitivismem a iusnaturalismem nový argument, který lze označit jako argument strukturální. Jeho obsahem je teze, podle níž právními principy jsou i ty principy, jež nemají dostatečnou institucionální podporu (tj. nejsou zakotveny v ústavě, zákonech, právních obyčejích nebo doktríně), avšak protože jsou součástí politické nebo společenské morálky, platí v důsledku svého obsahu. Dworkin dále do rámce právní argumentace řadí i vyloučení těch principů z platnosti, jež na základě ústavy systému nebo z hlediska základních mravně-nepolitických principů vypadávají jako legitimní důvody soudcovského rozhodování.<sup>28)</sup> Dworkin poukazuje kromě toho na skutečnost, že principy se svou strukturou liší od norem (neplatí pro ně např. logický zákon o vyloučení třetího, jejich platnost nespocívá tedy, jak je tomu u norem, pouze v modalitách platnosti, resp. neplatnosti, nýbrž také v různé míře intenzity této platnosti).<sup>29)</sup> Lze je Alexyho terminologií nazvat příkazy k optimalizaci, tj. pro principy je příznačné, že přikazují, aby něco (cíle nebo hodnota) bylo realizováno v nejvyšší možné míře<sup>30)</sup>. „Právně platné principy rozbiřejí pozitivistický

27) New York University Law Review. 51, 1976.

28) Dworkin, op. cit., s. 119n.

29) Tamtéž, s. 54n.

30) R. Alexy, *Theorie der Grundrechte*.<sup>2</sup> Frankfurt a. M. 1994, s. 75n. Robert Alexy patří mezi vlivné, i když kritické stoupence Dworkinovy koncepce. Při vlastním vymezení pojmu práva v souvislosti s řešením jeho vztahu k morálce spojuje podněty Dworkinovy s myšlenkami Radbruchovými a Hartovými. Tzv. „nepozitivistický“ pojem práva je u něj dán znakem správnosti (jež je analogií Hartovy představy minimálního přirozenoprávního obsahu práva garantujícího přežití), dále akceptací argumentu neprávnosti a konečné argumentu principy. (Viz R. Alexy, op. cit. v pozn. č. 1, s. 201 a j.)

kd se principy používají, „jako právně relevantní argumenty právního rozhodnutí, musí být prokázáno, že jsou platným právem“<sup>32</sup>), tj. obsahem platných právních předpisů (ústav, kodexů), rationes decidendi precedentů, jsou v předpisích nebo judikatuře obsaženy implicitně a lze je z nich induktivně abstrahovat nebo jsou vytvořeny soudcem na základě jeho právo tvorné kompetence.<sup>33</sup>)

### 3. STRUKTURA MOŽNÝCH ARGUMENTŮ

#### 3.1 Stručné repetitorium

Počátek diskuse (někdy polemiky) mezi pozitivismem a iusnaturalismem leží (obdobně jako počátek snad všech velkých otázek evropské sociální filozofie) v antice. Jeho připomínkou je slavný dialog Perikla s Alkibiadem z Xenofonových *Vzpomínek na Sókrata*.<sup>34</sup>)

<sup>31</sup>) R. Dreier, op. cit., s. 105.

<sup>32</sup>) O. Weinberger, *Norma a instituce*. Brno 1995, s. 81.

<sup>33</sup>) Tamtéž.

<sup>34</sup>) Xenofón, *Vzpomínky na Sókrata*. Praha 1972, s. 33-35: „Pověz mi, Perikle, mohl bys mi vysvětlit, co to je zákon?“

„Samozřejmě,“ přisvědčil Periklés.

„Tak mě o tom při božích pouč,“ žádal Alkibiadés. „Slyšel jsem totiž chválit některé muže, že žijí podle zákonů, a myslím si, že si takovou pochvalu nezaslouží, kdo neví, co je to zákon.“ „Není těžké dát ti odpověď, po které toužíš, Alkibiade, řekl mu prý na to Periklés, „když se chceš dovědět, co to je zákon. Zákonem je totiž všechno, na čem se národ ve shromáždění po prozkoumání usnesl a v čem určil, co se má dělat a co ne.“

„A soudí národ, že je třeba jednat dobře nebo špatně?“

„Ovšem že dobře, chlapče, a ne špatně.“

„A když se nesejde celý národ, ale jen pár lidí, jak tomu je v oligarchii, a usnese se na něčem, co se má dělat, co to je?“

„Na čem se usnese státní moc, že to je třeba činit, a pak to vyhlásí, to všechno je zákon.“

„A když některý samovládců vládoucí obcí předeře občánům, co je třeba činit, i to je zákon?“

„I to, co nařídí samovládců, který je v moci, i to se nazývá zákon.“

„A co je to, Perikle, násilí a nezákonnost?“ Není to snad takový stav, kdy mocnější ne tím, že by ho přesvědčil, ale násilím donutí dělat, co on sám považuje za správné?“

„Myslím, že máš pravdu, řekl prý Periklés.“

„A když tedy samovládců nutí občány jednat, jak jim určí, aniž je přesvědčí, je to nezákonné?“

„Souhlasím s tebou,“ připustil Periklés, „a odvolávám své tvrzení, že je zákonem to, co nařídí samovládců, aniž by občany přesvědčil, že je to správné.“

„A co menšina, opírající se o svou moc, vyhlásí jako zákon, aniž přesvědčila většinu o správnosti, prohlásíme to za násilí, nebo ne?“

„Vše, co někdo bez přesvědčení nutí druhého dělat,“ odpověděl Periklés, „ať už k tomu dá písemný příkaz, nebo ne, považují spíš za násilí než za zákon.“

„Není tedy spíš násilím než zákonem to, co vyhlásuje lidové shromáždění jako zákon nad majetnými lidmi, aniž je přesvědčilo, jen proto, že má v rukou moc?““

dva na sobě nezávislé normové soubory, odděluje). Iusnaturalismus rozpracoval jednak takřkajíc standardní chápání „spojovací“ teze, spočívající v obsahovém prolínání dvou normových souborů, tj. práva a morálky<sup>35</sup>) (příčemž různé iusnaturalistické koncepce se navzájem liší v absolutním a relativním chápání morálky<sup>36</sup>) a jednak koncepci institucionálního sepětí práva a morálky.

Distinkcí další je distinkce noetická: „Předpoklad existence přirozeného práva má význam pouze tehdy, když přispívá ke zdůvodnění právněpolitických názorů. Z tohoto hlediska sehrává stěžejní roli pojem „praktické poznání“. Jedná se o poznávání toho, co má být („správného“ měří). Ten, kdo předpokládá možnost praktického poznání, zároveň tvrdí, že to, co má být (co je „správným“ právem) lze objektivně zdůvodnit racionální analýzou a/nebo empirickým poznáním, avšak bez použití aspektů vyjadřujících nějaký postoj. Za nauky přirozenoprávní považují právní teorie, které uznávají existenci praktického poznání. Naproti tomu právní pozitivismus možnost praktického poznání popírá a tvrdí, že „správné“ právo, respektive objektivně platné hodnoty, nelze určit ryze kognitivně (non-kognitivismus).“<sup>37</sup>)

Třetí distinkcí je určen důvodu platnosti. Pro pozitivismus je jím normotvorná aktivita univerzálních mocenských institucí (státu, nebo v předstátních systémech jiných univerzálních mocenských institucí), právo je v jeho pojetí tudíž výronem normotvorné aktivity univerzálních mocenských institucí. Iusnaturalismus tuto tezi o platnosti práva popírá a konstruuje jiné důvody platnosti (boží vůle - Augustinus Aurelius, Tomáš Akvinský, rozum - Marcus Tullius Cicero, lidskou přirozenost - J. J. Rousseau, základní principy morálky - Gustav Radbruch, legitimitu mocenského systému - Martin Kriele).

Další, již zmíním, je distinkce v úhlu pohledu, z něhož se pojem práva vymezuje (tj. v úhlu pohledu zákonodárce, soudce a vnějšího pozorovatele). Konečně poslední je distinkce deskriptivního a normativního náhledu na funkci vymezení práva. Právní věda tudíž postupuje deskriptivně, „jestliže zkoumá, který pojem práva soudci skutečně ve všeobecnosti mají a který struktury vykazuje“, normativně pak postupuje tehdy, „jestliže zkoumá, který pojem práva by soudci z moci úřední mít měli“<sup>38</sup>)

Klubko distinkcí se pokusme odvinout od druhé z vyjmenovaných, odpově-

<sup>35</sup>) Mýšlenka obsahového prolínání přirozeného a pozitivního práva se objevuje už u Aristotela; viz Aristoteles, *Etika Nikomachova*. Praha 1996, s. 136n.

<sup>36</sup>) K uvedení rozlišení viz např. H. Coing, *Grundzüge der Rechtsphilosophie*. Berlin-New York 1993, s. 198n, přičemž Coing sám zajímá zprostředkující pozici: na straně jedné sledává přirozené právo „ve svých etických základech apriorním“ (s. 207), na straně druhé je pro něj „sumou zkušeností, jenž učinil člověk ve výzvách a odpovědích ve svém hledání spravedlivého řádu“ (s. 209).

<sup>37</sup>) O. Weinberger, op. cit. v pozn. č. 32, s. 57.

<sup>38</sup>) R. Dreier, op. cit. s. 110.

Tezi o „nepřeklenutelné propasti“ oddělující fakty od hodnot a norem prvně zformuloval D. Hume.<sup>39)</sup> Tato dichotomie našla později ve filozofii různá vyjádření: u I. Kanta v rozčlenění teoretického a praktického rozumu, u A. Schopenhauera v odlišení důvodů na „Wessengrund“ a „Handlungsgrund“, u Windelbanda a Wundta v rozporu mezi světem fakticity a světem normativity a konečně u H. Kelsena a F. Weyra ve vytvoření „ryzí nauky právní“ na noetickém předpokladu dichotomie mezi „tím, co je“ a „tím, co býtí má“. Poincarého<sup>40)</sup> a později Dubislava<sup>41)</sup> a zejména Jörgensena<sup>42)</sup> transformace dichotomie kauzálního a normativního z oblasti ontologie a noetiky do oblasti logiky poukázala na další rozměr této dichotomie a obohatila možnosti jejího řešení o poznatky moderní logiky: „Nejjednodušší a nejdůležitější bod etiky je pravděpodobně čistě logický. Mním tím nemožnost odvodit netautologická etická pravidla z tvrzení o faktech.“<sup>43)</sup>

Otázkou je, zdali je vyvození právní normy ze základních principů spravedlnosti (morálky) postupem od faktálního výroku k normě, nebo postupem od výroku o normě jedné k výroku o normě další.

První interpretace může vést pouze k zamítavé odpovědi. Dosavadní analýza Hume-Jörgenseny teze nashromáždila, podle mého názoru, řadu přesvědčivých důkazů o její opodstatněnosti.<sup>44)</sup>

Interpretace druhá vyzaduje odpověď na dvě otázky. První jsou kriteria

<sup>39)</sup> D. Hume, *A Treatise of Human Nature*. Vol. II, London 1962, s. 177n.

<sup>40)</sup> H. Poincaré, *Dernières pensées*. Paris 1912, s. 225.

<sup>41)</sup> W. Dubislav, *Zur Unbegründbarkeit der Forderungssätze*. *Theoria*, 3/1937, s. 330-342.

<sup>42)</sup> J. Jörgensen, *Imperatives and Logic*. *Erkenntnis*, 7, 1937/1938, s. 288-296.

<sup>43)</sup> K. R. Popper, *What can logic do for philosophy?* In: *The Aristotelian Society*, Supp. Vol. 22, 1948, s. 154; k výsledkům logické analýzy Hume-Jörgenseny dlemy viz E. Morscher, *Sein-Sollen-Schlüsse und wie Schlüsse sein sollen*. In: *Theorie der Normen*. Festgabe für Ota Weinberger zum 65. Geburtstag. Hrsg. W. Krawietz, H. Schelsky, G. Winkler, A. Schramm, Berlin 1984, s. 434; *Předešlím Kutschera (F. von Kutschera, Das Humesche Gesetz. Grazer Philosophische Studien, 4/1977 - pozn. P. H.) přinesl pro DIC (tj. pro neodvoditelnost norem z výroků - pozn. P. H.) důkaz prostý námitkou; R. Stuhlmann-Laeisz, Das Sein-Sollen-Problem. Eine modallogische Studie*. Stuttgart-Bad Cannstatt 1983, s. 192; *Humův zákon (resp. teorém H 3 in Kutschera (1977)) můžeme vyjádřit v následující všeobecné formě: Pro každý význam normativního termínu, jehož významové postuláty jsou vyjádřeny v ryzě normativních výrocích, platí: Z určité konzistentní množiny ryzě deskriptivních výroků vyplývají analyticky jen takové ryzí normativní výroky, které jsou samotné analyticky pravdivé.* Podrobně k tomu viz P. Holländer, *Rechtsnorm, Logik und Wahrheitswerte*. Baden-Baden 1993.

<sup>44)</sup>

proti iusnaturalismu (i když v poněkud jiné formulaci, a to ve formulaci námitky mnohosti morálních systémů).<sup>45)</sup>

Akceptace logického vyplývání norem z norem opodstatňuje otázku vztahu dvou normových systémů, práva a morálky, a vztahů odvozování mezi nimi. Předpokládáme, že terminologičtí logici tříd vztahy mezi právem a morálkou mohou být vztahy exkluze, totožnosti, inkluze a průniku. Exkluze vylučuje jakoukoli legitimitu práva, totožnost je vyloučena tím, že řada právních norem upravuje chování bez morální dimenze (např. příkaz jezdit autem po silnici po její pravé straně), stejně je vyloučena i inkluze morálky v právu, protože řada morálních norem postuluje chování v nesrovnatelně širším měřítku než právo (např. na rozdíl od morálky pouze lež určitých parametrů je pojmem právním (podvod)). Zůstává tudíž průnik, jinak řečeno konstatování, že pro vztah práva a morálky je typické jejich částečné prolínání. Jak ale tento průnik vymezit? Domnívám se, že pouze poukazem na obsah, čímž se oklikou opět vracíme k Hume-Jörgensenu dilematu, čili k otázce akceptovatelnosti odvození normy z faktálního výroku.

### 3.3 Rozdílnost přirozenoprávního chápání „spojovací“, resp. „oddělující“ teze (obsahové a institucionální sepětí morálky a práva)

Akceptování Hume-Jörgenseny teze znamená ve svém důsledku nepřijetí „spojovací“ teze ve smyslu možnosti noetického vyvození obsahu normy právní (resp. výroku o její platnosti či neplatnosti) z obsahu normy morální (resp. výroku o její platnosti, resp. o její neplatnosti).

Druhou iusnaturalistickou interpretací „spojovací“ teze je idea institucionálního sepětí práva a morálky.<sup>46)</sup> A. Verdross při jejím koncipování vychází z toho, že právní pozitivismus definuje právo jako donucovací řád o libovolném obsahu. Pod tím se chápe normativní řád obsahující jednak nařízení určitého chování adresátům („lidem“) a jednak nařízení jiným lidem, kteří ztělesňují společenské orgány, vyvodit právní následky vůči těm, kteří poruší normy prvního druhu. Každý právní řád však předvídá existenci orgánu, jemuž rovněž ukládá, nařizuje, určitě chování, avšak bez toho, že by mu hrozil pro případ jeho porušení sankčním důsledkem. Příklad takového orgánu Verdross vidí v nejvyšším soudě (a ani jeho kárný senát nepovažuje za kontraargument,

<sup>45)</sup> H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*.<sup>2</sup> Wien 1960. Nachdruck Wien 1992, s. 69-71; viz k tomu rovněž H. Coing, op. cit., s. 200: „Jak je známo, rovněž nacionální socialismus se dovolával jednoho druhu přirozeného práva v tomto smyslu (tj. ve smyslu relativního přirozeného práva ztotožňujícího jej s dobově vládícími kulturními idejemi - pozn. P. H.).“

<sup>46)</sup> A. Verdross, *Die naturrechtliche Basis der Rechtsgeltung*. In: *Recht und Moral*. Texte zur Rechtsphilosophie. Hrsg. N. Hoerster, Stuttgart 1991, s. 42-43.

Takového „měti“ však není odůvodněno hrozbou důsledku porušení práva, nýbrž apelem na svědomí hraničního orgánu, tedy poukazem na morálku, jež hraniční orgán zavazuje sledovat právní řád podle nejlepšího vědomí a svědomí... Pokud si odmyslíme tuto morální normu, pak by se stala pomínutelnou i sankcionovaná normativní řada, jelikož by neexistovala žádná povinnost, uložit vyhržovanou sankci... Pokud si odmyslíme tyto etické základy, pak se tím bortí rovněž zákonné právo. Tak vede právní pozitivismus konečně ke zrušení obecných norem. V jeho ruce zůstává pouze více jednotlivých rozhodnutí. Tím je ale konečně zatlačen ke tvrzení, že právem samým je cokoli, co hraniční orgán v jednotlivém případě za právo prohlásí.<sup>47)</sup>

Úvahou o institucionálním sepětí morálky a práva se dostáváme ke třetí až páté z výše uvedených distinkcí mezi pozitivismem a iusnaturalismem.

Předem chci v této souvislosti vyjádřit svou skepsi k ambici vymezit univerzální pojem práva z hlediska času i prostoru (dějin a kultur), jakož i z hlediska aplikovaných metod a úhlů pohledu na právo. Připomínám v této souvislosti myšlenku Dreierovu, podle níž kriteria adekvátnosti pojmu práva vyplývají ze specifických výzkumných aspektů těch disciplin, jež se právem zabývají. To znamená, že existuje víc pojmů práva, jež jsou ve stejné míře legitimní a adekvátní.<sup>48)</sup> Stejný závěr sdílím i ohledně časoprostorové univerzality pojmu práva: „nemám v žádném případě žádné těžkosti říci, že pojem práva, o který mi tady jde, je pojmem práva v demokratickém (a sociálním) právním státě, nezávisle na tom, zdali a jak lze pro něj odůvodnit univerzální nárok na platnost“.<sup>49)</sup>

Pokud zvažují argumenty pozitivistů i iusnaturalistů, omezují své úvahy na kontext hodnot demokratického právního státu. Pokouším se přitom nahlížet na právo nikoli pouze pohledem zákonodárce (což je typický pohled Hobbesův nebo Austinův) a ani pohledem nestranného pozorovatele (čili pohledem sociologie práva, čehož příkladem je právní realizmus, chápání Weberovo, Luhmannovo, atd.), nýbrž pohledem soudce (resp. širěji pohledem adresáta povinnosti). Rozdíl v náhledu právním a sociologickém je rozdíl v hledání odpovědí na otázku, co být má a na otázku, co jest. Konečně moje úvaha není v této souvislosti deskriptivní, nýbrž normativní, čili vyjadřuje představu ideálního měti.

Teží institucionálního sepětí práva a morálky považují za důvodnou a přechodivou, přičemž tato platí nejen jako ultima ratio rozhodování hraničního orgánu, nýbrž i v dalších kontextech, a to zejména při aplikační činnosti

<sup>47)</sup> Tamtéž, s. 43-44, 46.

<sup>48)</sup> R. Dreier, op. cit., s. 108.

<sup>49)</sup> Tamtéž, s. 112.

spočívala pouze na systému sankcí (zejména uvnitř systému orgánů veřejné moci), a to bez jakéhokoli sepětí se společností akceptovanými morálními principy, ztrácí jakoukoli legitimitu.

Tento závěr vystupuje pak ještě více do popředí v souvislosti s jednáním „hraničního orgánu“, za nějž bych považoval nikoli nejvyšší soud (viz konflikt mezi Nejvyšším soudem USA a prezidentem Rooseveltem, jenž skončil v neprospěch soudu), nýbrž parlament. Vázanost pozitivním (ve smyslu vlastním) právem ze strany hraničního orgánu, za který ať je tudíž považován parlament, je pak otázkou chápání suverenity v demokratickém právním státě, chápáním hranic, jimiž je mocensky (tedy normotvorně, a tedy právně) omezen zákonodárný, resp. ústavodárný orgán.

Otázka institucionálního sepětí morálky a práva v demokratickém právním státě se tak transformuje do otázky chápání suverenity.

V souvislosti s jejím vymezením v demokratickém právním státě sdílím názor Klokočkův. Základ Klokočkovy koncepce principu suverenity lidu lze charakterizovat tezí o legitimitě jako základním a stálým kritériu demokratické kvality systému: „Svrchovaná konstitutivní moc lidu se může realizovat nejrozmanitějšími způsoby, včetně revolučních aktivit. Základním kritériem těchto aktů je jedno: jejich legitimita, a tato legitimita, nikoli jen formální legalita, jim dává oprávnění z hlediska demokratických principů, postavených nad ústavu a zákony.“<sup>50)</sup> Klokočka tady argumentuje přítomností norem „nadpozitivního práva“, stojících nad zákony i nad ústavními zákony: „Jejich závaznost sahá až na samé hranice ústavního státu: není pravda, že mají jen zvýšenou rigiditu, protože nemožno být změněny žádnou procedurou změny ústavy. Mohou být pouze mocensky odstraněny spolu s odstraněním existujícího ústavního státu. Jejich rozdíl oproti zákonům není kvantitativní, mají novou kvalitu: jsou jim nadřazeny, a proto také nelze hovořit o svrchovanosti zákona. Svrchovanost zákona, stejně jako svrchovanost parlamentu, je iluze.“<sup>51)</sup>

Vůči argumentu mnohosti mravních systémů lze přitom namítnout, že pokud uvažujeme v souřadnicích jednoho, řečeno kantíánskou terminologií, z možných světů, a to demokratického právního státu, je možné s ním definičně spojit i určitou soustavu mravních principů (hodnot).

Přijetí teze o institucionálním sepětí práva a morálky v demokratickém právním státě považují za východisko interpretace jejich sepětí obsahového. Než k pokusu o takovouto interpretaci postoupím, krátce zastavím analytické, tj. zastavení nad možnými typy případů extrémního nesouladu práva a morálky v demokratickém právním státě.

<sup>50)</sup> V. Klokočka, Ústavní systémy evropských států. Praha 1996, s. 113-114.

<sup>51)</sup> Tamtéž, s. 109-110.

Prvními dvěma jsou situace výjimečné, neboli konflikty systémů. Je to jednak právní reakce a právní vypořádání se s nespravedlností předcházejícího totalitního systému a s tím spojené odstraňování porušování mravních principů s účinky ex tunc, a jednak situace ohrožení demokratického právního státu nástupem totalitní moci projevující se i v přijímání právních předpisů extrémně rozporných se základními principy morálky.

Dále je jí situace spojená s rozhodováním konkrétního případu (soudem), v němž je nutno se vypořádat s extrémním nesouladem pozitivního a přirozeného práva, resp. se situací, když se mravní princip nepromítá do psaného práva, a to v kontextu řádného neboli normálního fungování demokratického právního státu.

#### 4.1 Konflikt demokratického a totalitního systému

4.1.1 Překonání totalitního systému v kontextu vztahu morálky a práva (neboli exkurz o československém a následně českém řešení vyrovnání se s totalitní minulostí)

V předchozích úvahách jsem uvedl dvě právní možnosti vyrovnání se s minulostí, tj. možnost priority přirozeného před pozitivním právem a možnost akceptování morálních argumentů jako důvodů priority jednoho pozitivního před jiným pozitivním právem, přičemž dochází k prolomení standardních právních principů, jakými jsou právní jistota, či zákaz retroaktivity.

Porevoluční vývoj v Československu, a po jeho zániku v České republice, přinesl příklady obou těchto přístupů.

Důležitým způsobem vyrovnání se s minulostí se stalo „restituční“ zákonodárství. Svou teoretickou konstrukcí představuje nikoli model vytvořený G. Radbruchem, nýbrž model vytvořený H. L. A. Hartem. Například podle preambule zákona č. 229/1991 Sb., ve znění pozdějších předpisů, je jeho účelem „zmírnit následky některých majetkových křivd, k nimž došlo vůči vlastníkům zemědělského a lesního majetku v období let 1948 až 1989“. Podle názoru Ústavního soudu České republiky (ÚS, 1, 193) v případech převodu vlastnictví na stát, protiprávního podle tehdy platných právních předpisů, zákon č. 229/1991 Sb. „představuje lex specialis ve vztahu k obč. zákoníku. Umožňuje totiž domáhat se neplatnosti převodu vlastnictví a následně vydání věci i v případě uplynutí vydržecí lhůty u nabyvatele (v uvedeném příkladě také po uplynutí promlčecí lhůty pro odstoupení od smlouvy).“ V případě rozporu právního řádu platného v období let 1948 až 1989 s principy demokracie a základními lidskými právy a svobodami „jde opět o speciální ustanovení k občanskému zákoníku, určující další důvody protiprávnosti při uplatnění vlastnické žaloby

kladních hodnot demokracie a lidských práv. Jinak receno, jae o vztian uvou platných právních norem, přičemž k prolomení určitých standardních právních principů (zákazu retroaktivity, právní jistoty) dochází upřednostněním hodnotových a morálních argumentů.

Zejména interpretací § 5 zákona č. 198/1993 Sb. se Ústavní soud České republiky ve věci posouzení ústavnosti zákona č. 198/1993 Sb, o protiprávnosti komunistického režimu, postavil na stanovisko priority přirozeného před pozitivním právem. Tento závěr plyne zejména z jeho následující argumentace (ÚS 1, 10): „Nelze souhlasit se stanoviskem navrhovatelů, že vědomí apriorní nesfékatelnosti určitých deliktů nebylo součástí subjektivní stránky těchto trestních činů a že toto ‚kvazi - promlčení‘ probíhalo mimo vůli pachatele. U pachatelů pod politickou ochranou státu je tomu jinak. Jejich trestný čin byl de facto ‚promlčen‘ ještě dříve, než byl spáchán. Tato skutečnost působila často právě inspirativně k další trestné činnosti. Chápat dobu, která uplynula od spáchání jejich trestných činů, jako plynutí ‚promlčecích lhůt‘, jež plynout nesměly, by znamenalo zcela protismyslnou interpretaci právního státu. Bylo by to potvrzením toho druhu ‚právní jistoty‘, kterou pachatelé této trestné činnosti měli již od počátku své činnosti a jež spočívala ve státem chráněné beztrestnosti. Tato ‚právní jistota‘ pachatelů je však zdrojem právní nejistoty občanů (a naopak). V soutěži těchto dvou typů jistoty dává Ústavní soud přednost právní jistotě občanské společnosti, jež odpovídá myšlence právního státu. Jiné řešení by znamenalo vydat režimu totalitní diktatury osvědčení právního státu, a tím nebezpečný signál do budoucna: důkaz, že zločin se může stát beztrestným, je-li prováděn hromadně, organizovaně, po delší dobu a pod ochranou organizace, jež se zmocnila státu.“

Uvedená úvaha Ústavního soudu se shoduje s argumentací M. Krieleho a G. Radbrucha o nutnosti posuzovat pozitivní právo hlediskem demokratické legitimacy a dodržování základních lidských práv.

#### 4.1.2 Občanská neposlušnost

Myšlenka občanské neposlušnosti se objevuje jak v pozitivněprávním, tak v iusnaturalistickém myšlení. Zmínil jsem se již v této souvislosti o koncepci Hartově, jež, dobře si uvědomuje problém „nemorálního práva“, posouvá jeho řešení do oblasti práva na občanskou neposlušnost. Ve své reakci R. Dreier vycítá Hartovi, že nezabývá soudce povinností aplikovat právo stojící v rozporu se základními principy spravedlnosti, přičemž považuje za nepřijatelné přenášet spor o pojem práva „na záda občanů“.<sup>52)</sup>

<sup>52)</sup> R. Dreier, op. cit., s. 101.



дешетілетіях в контексту світовім є сполученням М. Ганді і його вчиненням розсáльного гнупі обчáнське непослушності<sup>53</sup>), якóж і с внутрополітїчкїм вївоєм в USA в 60. лєтєх, про котрї се стáлы прїзначнє розмáч обчáнськїх актївїтї смєрїючїх протї вїєтнамськїх вáлє (напр. вєрїєнє пáленї по-волáвчїх розкáзїх а одмітáнї вїєтнамськїх служб), протї расовє сегрегáцї а дїскрїмїнáцї (їєїх жї сїмболєм се стáло їмєно M. L. Kinga), якóж і студєнтськá рєволта конєє 60. лєт.

Tyto podněty (jež jsou patrné i na jím analyzovaných příkladech) vedly R. Dworkina k akceptaci občanské neposlušnosti v případě extrémního rozporu vlastního svědomí s požadavky práva. Uvedený závěr však podle něj nesmí být libovolný a předpokládá zvážení právních možností ochrany vlastního předsvědčení: „Loajálnost občana platí právu a nikoli názoru, jenž má určitá osoba o obsahu práva a nechová se unfaire, pokud jedná podle vlastního dově uváženého a odůvodněného mínění o požadavcích práva. Říkám ještě jednou (protože je to podstatné), že je to něco jiného, než výrok, že jednotlivec může ponechat mimo zřetel výroky soudů.“<sup>54</sup>)

Dworkin se domnívá, že v této souvislosti existuje i vztah důvodů občanské neposlušnosti se zánikem platnosti dotčeného zákona: „Přinejmenším ve Spojených státech by byl téměř každý zákon, jenž se z morálních důvodů pokusilo nerespektovat signifikantní množství lidí, rovněž pochybný z ústavněprávních důvodů, pokud již zřejmě není neplatný.“<sup>55</sup>)

V této souvislosti, jako asociace k Dreierově kritice Hartovy koncepce občanské neposlušnosti, lze ze středu přirozenoprávních koncepcí zmínit úvahu H. Coinga k trestněprávní odpovědnosti soudců za používání zákonů odporujících přirozenému právu. Coing v této souvislosti dochází k závěru, že mravní příkaz stojí výše než podřízenost ve vztahu ke společenství, pouze jeho nedodržení však trestněprávní odpovědnost nezakládá.<sup>56</sup>)

<sup>53</sup>) J. C. Smuts, Nebylo mezi námi nenávisť. In: J. Pilát, Mahátma Gándhí. Praha 1964, s. 209.

<sup>54</sup>) V Natalu existovala stará daň, jejímž cílem bylo přimět k návratu domů Indý, jimž vypršela pracovní smlouva na cukrových plantážích. Na tyto problémy reagoval Ghándhí a ukázal přitom novou techniku, která se později stala slavnou při uskutečňování jeho politických bojů v Indii. Jeho metodou bylo promyšlené porušit zákon a organizovat své stoupence v masové hnutí trpěného odporu vůči nespravedlivému zákonu. V obou provincích vznikly ořesy, které nás přiváděly do rozpaků. Velké množství Indů muselo být uvězněno pro nezákonné počínání ... Pro mne, obhájece zákona, vyvstala nepřijemná situace a neslavná úloha uskutečňovat zákon, který neměl silnou veřejnou podporu a nakonec utrpěl porážku a byl zrušen.“

<sup>54</sup>) R. Dworkin, op. cit., s. 350.

<sup>55</sup>) Tamtéž, s. 340.

<sup>56</sup>) H. Coing, Zur Frage der strafrechtlichen Haftung der Richter wegen Anwendung natur-rechtswidriger Gesetze. Süddeutsche Juristenzeitung, 1947, s. 61.

Problém extrémního napětí mezi právem a morálkou (lhostejno, jak se v tom kterém případě takovému napětí slovně označuje) v demokratickém právním státě může vzniknout rovněž v situaci jeho řádného fungování. Legislativní a judičiální praxe, jakož i právní věda je si v systémech psaného práva tohoto problému dobře vědoma a reaguje na něj různými instrumentáři.

V SRN se východiskem řešení obdobných případů stala interpretace čl. 20 odst. 3 Základního zákona, podle něhož je soud při nalézání práva vázán „zákonem a právem“, z čehož se dovozuje přítomnost „nadpozitivního práva“ (des überpositiven Rechts) v ústavním řádu.<sup>57</sup>) Tato interpretace se promítla i do judikatury Spolkového ústavního soudu SRN, a to ve spojení s rozbořem podmínek, za kterých je akceptovatelný postup soudů contra, resp. praeter legem. Nejslavnějším se v této souvislosti stalo rozhodnutí Soraya (BVerfGE 34, 269-293). Dle v něm vyjádřeného názoru je zmíněným ústavním ustanovením „podle obecného mínění odmítnut úzký právní pozitivismus“, což vede k závěru, že „zákon a právo se sice fakticky ve všeobecnosti kryjí, avšak nikoli nutně a vždy. Právo není identické se souhrnem psaných zákonů. Vůči pozitivním ustanovením státní moci může podle okolností existovat přírůstek na právu, jenž má své prameny v ústavněkonformním právním řádu jako významovém celku a vůči psanému zákonu je schopen působit jako korektiv; nalézt jej a realizovat v rozhodnutích je úkolem soudní aplikace práva ... Soudce se přitom musí vyvarovat libovůle; jeho rozhodnutí se musí zakládat na racionální argumentaci. To, že psaný zákon nespĺňuje svoji funkci spravedlivě řešit právní problém, musí být učiněno rozvážně.“ Spolkový ústavní soud zároveň vyjádřil stanovisko, podle něhož kritéria takového postupu se liší podle jednotlivých právních odvětví. V rozhodované věci, vzhledem k vývoji společenských poměrů ve vztahu k době vzniku dotčeného zákona (jednalo se občanský zákoník z roku 1900), soud akceptoval náhradu nemajetkové újmy v penězích, ačkoli zmíněný občanský zákoník její přiznání v daném případě neumožňuje.

Snad inspirován právě uvedeným soudním rozhodnutím se estonský ústavo-dárce v čl. 10 Ústavy Estonské republiky pokusil problém extrémního napětí mezi psaným právem a základními principy morálky legislativně uchopit, a to následujícími způsoby: „Práva, svobody a povinnosti vyjmenované v této kapitole nemají předem vyloučit jiná práva, svobody a povinnosti, jež povstávají z ducha ústavy nebo jsou s ním ve shodě, a jsou konformní s principy lidské důstojnosti a státu založeného na sociální spravedlnosti a rule of law.“ Tím ústavadárce položil ústavní základ akceptace nepsaného ústavního práva a konstatoval otevřenost katalogu základních práv a svobod.

<sup>57</sup>) Viz A. Kaufmann, op. cit., s. 245n.

podmínky, jestliže tvoří předpoklad uskutečňování jiných základních práv a svobod nebo jestliže se jeví jako nezbytná součást demokratického a právně-státního řádu federace.<sup>58)</sup> Jinak řečeno, nepsaná základní práva a svobody jsou akceptovány jako výsledek systémového výkladu ústavy, resp. jako výsledek argumentace e ratione constitutionis.

Na otevřenost katalogu psaných základních práv a svobod navazuje i konstantní judikatura švýcarského nejvyššího soudu ohledně možnosti soudů odchýlit se ve svých rozhodnutích od doslovného znění zákonů: „Soudec porušuje zákaz libovůle, jestliže se uspokojí tím, aby zákon aplikoval pouze podle jeho doslovného znění, ačkoli proti tomu mluví závažné důvody. ... Soudec není absolutně vázán doslovným zněním zákonného ustanovení, nýbrž se od něj smí a musí odchýlit v případech, kdy to vyžaduje ze závažných důvodů účel zákona, historie jeho vzniku nebo systematické souvislosti.“<sup>59)</sup> Jakkoli je U. Häfelin zásadně zdrženlivý k možnosti judikovat contra legem z důvodů odvolání se na spravedlnost bez aplikace standardních interpretačních metod, „za zvlášť instruktivní“ považuje ta rozhodnutí Spolkového nejvyššího soudu, v nichž bylo kogentní ustanovení občanského zákoníku relativizováno tím způsobem, že ve výjimečných případech soud akceptoval výklad odchylující se od doslovného znění, pokud shledal za možné pouze tímto postupem nalézat spravedlivé posouzení věci.<sup>60)</sup>

V oblasti doktrinární se setkáváme se snahou o vyvážený přístup k této otázce i na „domácí půdě“. J. Boguszak, vycházející z akceptace principu vázanosti soudů zákonem, jako předpokladu skutečné dělby moci mezi mocí zákonodárnou a mocí soudní, poukazuje na nárůst role zejména ústavního soudnictví při dotváření právní úpravy základních práv a svobod a tím při utváření mezí normotvorného a aplikačního působení státních orgánů.<sup>61)</sup>

<sup>58)</sup> Viz k tomu podrobněji U. Häfelin, W. Haller, Schweizerisches Bundesstaatsrecht. Ein Grundriss.<sup>3</sup> Zürich 1993, s. 349-350.

<sup>59)</sup> Cit. podle U. Häfelin, Bindung des Richters an den Wortlaut des Gesetzes. In: Festschrift für Cyril Hegnauer zum 65. Geburtstag. Bern 1986, s. 136, 138.

<sup>60)</sup> Tamtéž, s. 127-128, 139, 114.

<sup>61)</sup> J. Boguszak, Vyústění antinomické jurnaturalismu a juspozitivismu. Právník, č. 6, 1995, s. 532-533: „Podmínkou soudcovské nezávislosti je vázanost soudní moci zákonem či ústavním zákonem, jakožto aktem moci zákonodárné, vyjadřujícím většinovou vůli. Jinak by se dělba moci a rovnováha mezi mocí zákonodárnou a mocí soudní zvrátila v převahu moci na straně justice: demokratický právní stát by konvertoval v justiční stát. Nový statut lidských práv je ovšem jedním z faktorů pozvednutí úlohy soudní moci. Lze snad dokonce říct, že vlastně teprve soudobý růst významu ústavního soudnictví a mezinárodní soudní ochrana lidských práv nastolují rovnovážnou dělbu moci, tj. takovou, ve které justice není slabším partnerem. Evropská i národní úprava nutně obsahuje mnohé abstraktní pojmy, které jsou konkretizovány soudním výkladem v mezích ustanovení evropské úmluvy či ústavního práva. Tato soudní jurisdikce však fakticky zužuje meze uvážení v rozhodování státních orgánů ve věcech dotýkajících se lidských práv.“

Dornivám se, že mozně řecchi uosauvovno mpr  
v demokratickém právním státě spočívá v přisouzení normotvorné kompetence (soudci, nebo občanské společnosti v případě občanské neposlušnosti).

Pokud platí Hume-Jörgensenova teze, je právo institucionální faktum (je volním aktem, resp. souborem volních aktů, přičemž adjektivum „volní“ nepovažují za synonymum s adjektivem „libovolní“) a není výsledkem logického odvození z faktuálních výroků. Jeho vztah k morálce je tedy věcí normotvorné kompetence (a to zejména kompetence k prvotní normotvorbě).

Radbruchův, Krieleho, resp. Fullerův závěr tudíž není závěrem noetickým, nýbrž jeho obsahem je derogace (a to i s účinky ex tunc)! Argumentem ve prospěch uvedeného konstatování je i myšlenka Englišova, nastiňující rozdíl mezi negací a derogací normy: „Každý soud lze popřít, lze popřít jeho správnost, či pravdivost; normu nelze popřít, nelze popřít její pravdivost, protože ji nevyjadřuje; normu lze jen zrušit (odvolat). Soud může popřít každý, normu může zrušit (odvolat) jen ten, kdo ji vydal, nebo jiný, koho ten, kdo ji vydal, k tomu zmocnil.“<sup>62)</sup> S odstupem času formuluje K. Engliš stejnou myšlenku používaje již výšlovně pojmu negace: „obsahová změna normy může být uskutečněna pouze normotvorným subjektem a sama takováto změna není žádnou negací normy (je novou normou, normou derogující - pozn. P. H.). Norma nemůže být negována“, zatímco „soud (tj. v Englišově terminologii výrok - pozn. P. H.) může být negován každým poznávajícím subjektem.“<sup>63)</sup> Na okraj této teze O. Weinberger souhlasně konstatuje: „Englišův poznatek, že normy nelze negovat jako soudy (výroky), je správný. Znamená důležitý příspěvek k poznání logiky normativních vět.“<sup>64)</sup>

Z tohoto pohledu nutno považovat mravní hodnocení pozitivního práva a jeho doplnění (na základě judikování podle principů) nebo rušení (z důvodů „neudržitelného rozporu pozitivního práva se základními principy spravedlnosti“) za pozitivní, resp. negativní normotvorbu.

V demokratickém právní státě kompetence prvotní normotvorby (čili suverenity) není soustředěna pouze v rukou zákonodárce (což umožňuje judičiální moci do ní ingerovat zejména formou ústavního soudnictví) a dále, jako ultima ratio, je spjata s otevřenou možností přímého mocenského rozhodování (zároveň suveréna, tj. lidu, a to buď formou přímého rozhodování nebo formou občanské neposlušnosti. V rovině právněteoretické úvahy to v prostředí evropsko-kontinentálního právního myšlení znamená akceptaci i dalších forem právně práva než je právo psané (tj. zejména akceptaci právo tvorné kompetence soudů).

<sup>62)</sup> K. Engliš, Malá logika. Věda o myšlenkovém řádu. Praha 1947, s. 137.

<sup>63)</sup> K. Engliš, Die Norm ist kein Urteil. Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, L/1964, s. 306.

<sup>64)</sup> O. Weinberger, Die Sollsatzproblematik in der modernen Logik. Praha 1958, s. 91.

### Summary

#### **Positivism versus Iusnaturalism: a Tale without an End (An attempt at problem structuring)**

Pavel Holländer

In a democratic rule-of-law state it is possible to imagine several situations necessitating the solution of extreme disharmony between positive and natural law. The first two are exceptional situations or conflicts of systems. The first is the legal settlement of injustice of the preceding totalitarian system and the redress of the violation of moral principles connected therewith with the effect *ex tunc*. The second is the threat to the democratic rule-of-law state by the arrival of totalitarian power manifesting itself also in the adoption of legal rules at extreme variance with basic moral principles. Another case consists in the situation connected with decision-making in a specific case requiring the settlement of an extreme disharmony between positive and natural law, or the situation in which the moral principles are not projected into written law, in the context of proper functioning of a democratic rule-of-law state.

If we accept the Hume-Jørgensen theorem, law is an institutionalized fact (it is a volitive act or a set of volitive acts) and not the result of logical derivation from factual statements. Its relation to morals, consequently, is the matter of law-making competence. In this respect it is necessary to consider the moral assessment of positive law and its supplementing (by jurisdiction according to moral principles) or repeal (for reason of „irreconcilable discrepancy between positive law and the basic principles of justice“) as positive or negative law-making.

In a democratic rule-of-law state the competence of primary law-making (or sovereignty) is not concentrated solely in the hands of the legislator (which makes it possible for judicial power to intervene, particularly in the form of constitutional decision-making of the Courts; further, as *ultima ratio*, it is connected with the open possibility of direct decision-making (interference) of the sovereign, i. e. the people, either in the form of direct decision-making or in the form of civil disobedience. On theoretical level in the environment of European continental legal thinking it means also the acceptance of forms or sources of law other than written law (i. e. the acceptance of the law-making competence of courts).