

ČLÁNKY

K OTÁZCE POZITIVNÍHO A „NADPOZITIVNÍHO“ PRÁVA

JAN SPÁČIL

Redakční rada s omluvou znovu publikuje příspěvek JUDr. Jana Spáčila, neboť při jeho vydání v čísle 3/96 došlo k několika zásadním redakčním chybám. Redakce se tímto autorovi i čtenářům omlouvá za toto pochybení.

Článek prof. V. Klokočky č. 2/1995 Politologického časopisu (str. 117–127) je potvrzením jeho výchozího stanoviska v článku Lidových novin z 23/6 1994 a odpovědí na polemické články prof. V. Pavlíčka a prof. F. Šamalíka v Lidových novinách: 14/7 1994 a V. Žáka v Listech č. 6/94. Zabývá se v něm zejména problémem suverenity lidu v demokratickém státě, učením o jejím dvojím charakteru: jednak jako moci konstitutivní (pouvoir constituant) a jednak jako moci již konstituované (pouvoir constitué), a zejména pak vztahem práva pozitivního (tj. daného a v právních normách kodifikovaného) a práva přirozeného (stojícího nad těmito kodifikovanými normami a tedy „nadpozitivního“).

Rád bych se pokusil k některým otázkám této diskuse připojit několik poznámek, a to zejména k problému vztahu práva pozitivního a práva přirozeného, k problému recepce práva přirozeného do práva pozitivního a případné derogaci práva pozitivního právem přirozeným. Moje poznámky jsou samozřejmě ovlivněny viděním právníka, který se profesně zabýval aplikací práva ve veřejné správě, tedy v oblasti tradičně nazývané právní praxí.

Složitost uvedených problémů spočívá především v tom, že se v nich proplétají otázky politické a otázky právní – tedy otázky metajuristické a ryze juristické. Sama teorie o dvojí svrchovanosti (suverenitě) lidu je politická a zejména pojem „pouvoir constituant“ (moc ústavodárná) je chápán ryze politicky jako nikým a ničím neomezená moc ústavodárná. To zahrnuje i „právo lidu na revoluci“, jak to ostatně chápe i „normativista“ prof. F. Weyr. Z jeho stanoviska je to ovšem zcela logické, neboť „pouvoir constituant“ je oblast metajuristická, která se vymyká juristickému (normativnímu) poznávání.

Existence daného právního řádu a závaznost i vynutitelnost jeho norem vystupující v moci zákonodárné, soudcovské a vládní, tedy jako moc lidu již ustavená (constitué) je odvodňována právě existencí konstitutivní, ústavodárné moci lidu jako jeho přirozeným právem.

„Pouvoir constituant“ je politický a mocenský nástroj lidu, zcela nezpochybnitelný základ demokraticko-republikánského zřízení, je nezbytným a dále již nedokazovaným a nedokazatelným předpokladem demokraticky ustavovaného státu.

Touto otázkou se nechci zabývat; dotýkají se práva a jeho interpretace jen nepřímo.

Pokud však jde o „pouvoir constitué“, tedy moc ustavenou, pohybujeme se již na půdě empiricky existujícího právního státu, ústavy, zákonů i nižších právních norem.

Jaký je to ovšem právní řád? Pro jakékoliv normativní poznávání je třeba přísně odlišovat oblast „pouvoir constituant“ od „pouvoir constitué“ a zůstat v mezích právního řádu daného ústavou, zákony, případně i nižšími právními normami, právního řádu konstituovaného a v řádné formě vyhlášeného, tedy pozitivního.

* * * * *

Jako jeden ze zásadních problémů byl v diskusi nastolen vztah práva pozitivního a přirozeného.

V této oblasti se však názory prof. V. Klokočky a ostatních účastníků diskuse rozcházejí. Prof. V. Klokočka vychází ve svém článku z názoru, že ústavou a dalšími zákony dané právo, tj. pozitivní právo je podřízeno právu přirozenému („nadpozitivnímu“). Explicitně odmítá tezi prof. F. Šamalíka: „Přirozené právo se však stává součástí platného práva teprve tehdy, má-li formu pozitivně-právního zákona“ a obdobné názory prof. V. Pavlíčka. Říká doslova: „...uznání přirozeného práva nebo přirozených práv a jejich prohlášení za nedotknutelné neznámá, že se nedotknutelné hodnoty prostě začleňují do pozitivního práva, ale že se jim

dává přednost před pozitivním právem, že se pozitivní právo před nimi sklání. Jde o společenské hodnoty, které nejsou dobře definovatelné v juristických dimenzích, přesto však pozitivnímu právu nadřazené“.

Dále uvádí, že termín „nadpozitivní právo“ má svůj hluboký smysl, protože přirozené právo pouze „zpozitivizované“ je jako přirozené právo zcela bezcenné a podřizuje se základnímu postulátu normativistů a pozitivistů, primátu zákonnosti nad spravedlností. V takovém pojetí by se legalita opět mohla stát prostředkem „ospravedlnění“ nespravedlnosti.

Proti těmto úvahám prof. V. Klokočky lze na prvním místě namítnout: Byly-li základní principy demokratického zřízení, včetně jejich neodstranitelnosti ve smyslu čl. 9 odst. 2 Ústavní listiny ČR ani ústavním zákonem ani referendem, a byly-li rovněž tak principy základních práv a svobod zakotveny v ústavním pořádku a dalších právních normách, tedy v pozitivním právu (tj. v právu daném a zveřejněném podle určitých materiálních a procedurálních předpisů), rozhodně to neznámá, že toto jejich „zpozitivizování“ je učinilo jako přirozenoprávní zásady bezcennými. Žádný, kdo je povolán k jejich „oficiální“ interpretaci a aplikaci (např. soud nebo správní orgán), nesmí a nemůže jich nedbat. V této souvislosti bych rád připomenul dřívější úvahu prof. V. Klokočky v Lidových novinách z 22. 7. 1993, v níž charakterizuje Ústavu ČR vycházející z přirozenoprávních zásad takto: „Do nové ústavy byly proto včleněny určité regulativní ideje, vyjadřující základní a nedotknutelné hodnoty demokratické společnosti, jež postaveny nad a mimo kompetenci ústavních orgánů, vymykají se proceduře ústavních změn a mohou zaniknout jen se zánikem demokratického zřízení. Ústava tím váže aplikaci práv jak na zákonnost, tak i na respektování těchto hodnot a těmito hodnotami také užití práva poměřuje. To znamená přechod od formálního právního státu k materiálnímu právnímu státu a od formálně – racionální legitimacy k jejímu materiálně – racionálnímu pojetí“. Tedy stručně řečeno: nejen legalita ale současně i legitimita, jejichž podstata je Ústavou – tedy pozitivně právním předpisem vyjádřena. Právní řád tvoří formálně – logicky i obsahově jednotu; výklad norem (interpretace) jí musí respektovat. S takovým pojetím je možno souhlasit. Nynější názory prof. V. Klokočky se však od tohoto pojetí zřejmě odlišují. Souhlasíme-li s tím, že v demokratickém státě má být a dnes u nás de lege lata musí být „legalita“ spojena s „legimitou“ založenou na oněch zmiňovaných a „zpozitivizovaných“ principech přirozeného práva vtěleného do právního řádu, pak nemůžeme s pojmem „legalita“ operovat jako s něčím méně významným a méněcenným. Tato legitimita stejně jako legalita je chráněna instancním postupem orgánů státu a v konečné instanci i ústavním soudem. Tím ovšem nechci tvrdit, že pojem legitimacy je zcela vyčerpán včleněním obecně přijímaných základních principů demokratického zřízení i lidských a občanských

práv a svobod do práva pozitivního. Legitimitu lze chápat jako ospravedlnitelnost daného právního řádu a tím i státu a spočívá v efektivním a demokratickém uplatňování vůle většiny při současném respektování lidských a občanských práv a svobod a tím i práv menšiny.

* * * * *

Jaký je tedy vztah práva pozitivního a přirozeného? Východiskem pro pochopení jejich vzájemného vztahu může být podle mého názoru stále pojetí prof. F. Weyra,¹ který vychází z poznání (což nám znovu potvrzuje tato diskuse), že zastánci přirozenoprávní teorie se prohřešují proti pozitivistické zásadě jednotnosti předmětu normativního poznávání (pozitivnost znamená zde danost normy jako předmětu poznávání) tím, že následkem představy o nadřazenosti a pravé správnosti (tj. platnosti) právních norem plynoucích z přírody, z přirozenosti (ius naturale) nebo z boha (ius divinum) nad empirickými autoritami jako např. parlament, směřují dva právní soubory v jeden a mají za to, že funkcí přirozeného práva jest, aby korigovalo právo empirické (pozitivní). V současných diskusích se ovšem přirozené právo již nespojuje s bohem ani s lidskou přirozeností, ale především s poměrem individua a státu. Nelze ovšem snižovat nejen nesmírný význam teorií přirozených práv a jejich historickou zásluhu o humanizaci práva, zejména důrazem na lidská a občanská práva, ale ani jeho úlohu při aplikaci pozitivně – právních norem, jak o tom budeme dále hovořit.

Zastánci přirozenoprávních teorií podle prof. Weyra přehlížejí, že jednotící princip, který z pozitivního práva (tedy z předmětu normativního poznávání, z jeho interpretace a posléze aplikace) činí jednotku (jednotný normový soubor), jest povahy formální, tj. jednotlivé normy se stávají součástmi určitého právního řádu jen tím, že jejich vznik se dá odvodit z delegace jejich tvůrců vyššími normotvůrci, kteří svou kompetenci odvozují opět od nejvyššího normotvůrce resp. od nejvyšší normy (ústavy), a to bez ohledu na jejich konkrétní obsah. Právní řád státu je tedy hierarchicky (stupňovitě) vybudovaný soubor norem s různou právní relevantností – od primárních (prvotních) abstraktních norem, tj. zákonů (i ústavních) přes sekundární (druhotné) abstraktní normy (typu nařízení v rámci zákona) až k konkrétním sekundárním normám (rozsudek, individuální správní akt, příp. i právně relevantní jednání subjektů). Nejvyšší normou – základním zákonem je Ústava a její součástí. Z této základní normy nelze odvodit jednotlivé normy činnosti

¹ František Weyr: *Teorie práva*, Praha 1936, str. 208 a násl.

intelektuální, ale normotvorným aktem, tedy aktem volným. Právní norma neplatí z moci svého obsahu, ale protože byla vytvořena podle určitého pravidla daného normou vyšší. Normotvůrci jsou ti, jimž tuto kompetenci ústava resp. obyčejný zákon přičítá.

Naproti tomu pro přirozené právo obdobně jako pro soubor etických norem je jednotícím principem činicím z tohoto práva jednotný normový soubor princip obsahový; patří k němu všechny normy, které odpovídají určitému principu (lidské přirozenosti). Představa jakékoli delegační závislosti nemá mezi nimi naprosto žádný význam. Právo pozitivní a právo přirozené jsou z hlediska jejich jednotlivých principů dva naprosto odlišné soubory právních norem vedle sebe, což ovšem nevylučuje spojitost mezi nimi, jak o tom bude dále pojednáno.

To ovšem neznamená, že obsahové hledisko není v pozitivním právu podstatné – norma bez obsahu nemá smysl. Norma vydaná vyšším normotvůrcem je obecnější (obsahově širší) než norma nižší (vydaná nižším normotvůrcem), která je konkrétnější, ale obsahově užší – tedy je v normě obecnější (vyšší) obsažena, což je rovněž podmínkou její platnosti.

Normotvůrcem je nejen zákonodárce (vydává normy obecné – zákony); normotvůrcem je i soudce (správní úřad) vydávající rozsudky (individuální správní akty) jakožto konkrétní sekundární normy. Nelze samozřejmě ztotožňovat úplně soud a správní úřad; jsou zde jisté odlišnosti. Je to např. odlišná organizace obou orgánů, odlišný okruh záležitostí, o nichž rozhodují (odlišné kompetence), zásada nezávislosti soudů i soudců na rozdíl od zásady podřízenosti u správních úřadů, což ovšem neznamená, že nadřizený orgán má právo (kompetenci) ovlivňovat orgán podřízený v průběhu řízení o konkrétní záležitosti; příp. i jiné.

Avšak z hlediska našich úvah je to zcela zanedbatelné; soudy i správní úřady „nalézají právo“ – vydávají autoritativní rozhodnutí.

Prof. V. Klokočka svou tezi o přirozeném právu jako „nadpozitivním“ nejen nadřazuje právo přirozené právu pozitivnímu, ale směšuje oba tyto soubory práva v jeden a vůbec odmítá i jeho „zpozitivizování“, tedy jeho vyjádření v pozitivně-právním předpisu resp. jeho recepci do práva pozitivního (tj. daného a v zákonně formě zveřejněného). Přiznává mu tak implicitně „moc“ měnit nebo i nahrazovat právo pozitivní (pokud jsem správně pochopil jeho argumentaci). Tím ovšem vzniká z juristického hlediska zvláštní situace. Jsem si vědom toho, že úvaha prof. V. Klokočky je úvahou politologickou (tradičně: státovědeckou) pohybující se mimo oblast legis latae, kdežto moje polemika je vedena úvahami právníka „nalézajícího právo“, který nejen chce, ale i musí ujasnit si z hlediska úvah prof. V. Klokočky vztah práva přirozeného a pozitivního a zejména onu tezi prof. V. Klokočky, podle níž se při střetu obou těchto odlišných právních norem

„sklání právo pozitivní před právem přirozeným“. Používám důsledně vžitý termín „nalézání práva“, ačkoliv ve skutečnosti jde o „tvorbu práva“. Normotvůrce na kterémkoliv stupni normotvorby právo nenalézá, ale „tvorí“. To je ovšem důležitý pohled, neboť ke konkretizaci obecné (abstraktní) normy dochází právě při vydávání soudních či správních rozhodnutí, zde dochází abstraktní zákon svého uplatnění. Norma abstraktní se přeměňuje v normu konkrétní, která stanoví konkrétní povinnosti i oprávnění konkrétním osobám. Jde o aplikaci práva, kdy normotvůrce na nejnižším stupni normotvorby (soudce, správní úřad) je vyšším normotvůrcem delegován, aby po interpretaci dané normy, což je převážně intelektuální činnost, ji posléze aplikoval, což je převážně volní činnost, na danou skutkovou podstatu, aby tedy vydal konkrétní sekundární (tj. odvozenou) normu (rozsudek, individuální správní akt). Zde je však tento normotvůrce vázán pozitivně-právním předpisem – zákonem (viz. např. čl. 95 Ústavy ČR). Proto se pozitivní právo nemůže jednoduše „sklonit před právem přirozeným“, není-li pro to opora v právu pozitivním.

Právní normu a právní důsledky skutkových podstat pocitů občan především v rozsudcích nebo správních rozhodnutích; právo ztělesněné v obecných abstraktních normách se ho dotýká především zprostředkovaně – bezprostředně jen jako motiv jednání. Přímo se ho však vždy dotkne právo aplikované, tedy reálně působící, vynutitelné, příp. již vynucované. Při aplikaci práva dochází mezi občanem a normotvůrcem (soudcem, správním úřadem) ke vzájemné interakci v procesu konkrétní normotvorby – tedy v občanském soudním či správním řízení. Ale právě v tomto momentu by mělo docházet ke shodě legality i legitimacy, legality i požadavku spravedlnosti. Pomineme-li, že v případně vtělení oněch základních principů demokratického zřízení i práv a svobod člověka a občana do pozitivního práva (např. v Ústavě i v Listině základních práv) se tyto stávají součástí legality a potvrzují legitimitu normotvůrce, zbývá nepochybně ještě řada obecně sdílených a přijímaných etických a společenských názorů, které nejsou obsahem pozitivního práva, ale jejichž nedbání by mohlo vést k nespravedlnostem. V případně delší neshody práva (tj. pozitivního zákona) a uznávanými zásadami spravedlnosti by rostla nedůvěra k orgánům „nalézajícím právo“ i k jejich výrokům.

Je nejen úkolem následných legislativních úprav, ale i úkolem právní praxe, tj. orgánů „nalézajících právo“, aby při aplikaci práva, tedy v jejich normotvorné činnosti – ovšem v rámci interpretované normy – k takovým pokleskům nedocházelo.

* * * * *

Z hlediska zásad normativního poznávání, interpretace práva a jeho aplikace (vytvářením norem ať obecných či konkrétních) nelze než se postavit na stanovisko, že přirozené právo (jakožto odraz představ suverénního lidu o demokratickém právním zřízení – tedy hledisko *de lege ferenda*), má-li se stát součástí ustavovaného a vyhlášeného právního řádu, musí nabýt formy pozitivního právního předpisu, příp. musí být do pozitivního práva recipováno zvláštní delegační normou.

Recepce práva přirozeného se může tedy stát tak, že ústavodárce (zákonodárce) buď vtělí normy přirozeného práva přímo do práva jím vytvářeného, tedy do práva pozitivního, anebo tím způsobem, že obsah práva přirozeného vtělí do pozitivního práva zmocněním (delegací) nižšího normotvůrce (soudce, příp. správní orgán), aby podle pravidel určených delegační normou aplikoval v jistých případech zásady přirozeného práva na základě svých úvah podle pečlivě uvážených okolností, a to především tehdy, chybí-li norma pozitivního práva a nelze-li případ řešit výkladem zákona resp. analogií.

Tím dochází rovněž k „zpozitivizování“ přirozeného práva, ovšem v konkrétní druhotné normě (rozsudek, individuální správní akt). V této souvislosti se často připomíná § 7 obecného zákoníku občanského z roku 1811: „Nelze-li právní případ rozhodnout ani podle slov ani z přirozeného smyslu zákona, jest hleděti k podobným případům v zákoně zřejmě rozhodnutým, a k důvodům jiných s tím příbuzných zákonů. Zůstane-li právní případ ještě pochybný, musí být rozhodnut podle přirozených zásad právních se zřetelem k okolnostem pečlivě shrnutým a zrale uváženým“.

K tomuto ustanovení uvádí prof. F. Weyr, že tento způsob vztahu práva pozitivního k právu přirozenému jest jedině možný, poněvadž je v souladu s uvedenými pravidly normativního poznávání. „Formálně se takto stává pozitivní předpis § 7 pramenem či důvodem platnosti oněch přirozených zásad právních, materiálně (obsahově) jest jím tento obsah sám. Předpis § 7 recipuje obsah přirozeně-právního normového souboru, tj. toho, čemu se říká přirozené právo. Sekundární vlastnosti takového recipovaného práva se projevují jeho supletorní povahou: má ho být užito jen tehdy, když chybí výslovný předpis pozitivní“.² Stávají se tedy „přirozené zásady právní“ dle tohoto ustanovení součástí pozitivního právního řádu a mají po formální stránce stejnou kvalitu jako pozitivně právní normy psané, tj. normotvůrcem dané a řádně vyhlášené. „Tyto zásady mají následkem toho funkci pozitivně právních norem dosahu velmi pružného (např. zásada spravedlnosti, svobody omezené svobodou jiných lidí, rovnosti před zákonem, harmonie apod.). Obsah těchto norem není ve skutečnosti lidskému intelektu vrozený a není absolutně nezmění-

² František Weyr: *Teorie práva*, Praha 1936, str. 208 a násl.

telný, jak se domnívala starší doktrína přirozeného práva, nýbrž závisí na ostatním obsahu právního řádu, zejména na jeho ústavě. Jak ukázal Sedláček, jde v podstatě o systematické pojmy právní, odpovídající materiální jednotě právního řádu, pojaté pod aspektem společnosti, která se tímto právem řídí³, říká Hynek Bulín.³ Náš právní řád, přestože ústava vychází z přirozenoprávních zásad, nemá bohužel podobné ustanovení jako byl § 7 o. z. o., což poukazuje jen na nedůslednost zákonodárců. I tvůrci obecného zákoníku občanského z roku 1811 (stoupenci přirozeného práva např. Martini, Zeiler) tedy začlenili zásady přirozenoprávní do pozitivního práva, v daném případně delegační normou.

Se shora uvedenými vývody je v rozporu názor prof. V. Klokočky, když uvádí: „...skutečnost, že určité principy jsou prohlášeny za „nadpozitivní právo“ právě prostřednictvím aktu pozitivního práva, není rozhodná. Jsou-li uznány určité principy za „nadpozitivní právo“, není pro jejich funkci v ústavním a právním řádu a pro jejich funkci ve společnosti podstatný způsob, jakým se tak stalo. Nejde o cestu těchto principů a hodnot k nadpozitivnímu právu, ale o jejich nadpozitivní povahu samu. „Nadpozitivní právo“ znamená, že jde o právo, které stojí nad normami pozitivního práva, a to i nad zákony a nad ústavními zákony. Jsou nadpozitivní tím, že je vyloučeno jejich odstranění jakýmkoliv aktem pozitivního práva.“ Neodstranitelnost těchto principů musí být ovšem výslovně zakotvena v pozitivněprávním předpisu, jak tomu je v čl. 9 Ústavy ČR.

Z doslova uvedeného citátu by se mohlo zdát, že prof. V. Klokočka považuje za „nadpozitivní právo“ jen ony principy demokratického zřízení zakotvené v hlavě první Ústavy ČR včetně Listiny základních práv a svobod.

Z celého kontextu jeho článku je však patrné, že tím rovněž míní obecně všechny předpokládané normy „přirozeného práva“ (které dnes mají povšechnou tendenci spíše zvětšovat svůj rozsah). Proto považuji za správné hovořit o přirozeném právu v co nejobecnější poloze. Jak by ovšem mohlo být základem pro „nalézání práva“ soudcem (ústavně vázaným pozitivně daným a vyhlášeným zákonem) přirozené právo v „nezpozitivizované“ podobě – správněji pokud mu není dána podoba pozitivní normy – není z jeho článku patrné. To je ovšem zarážející.

Je tu však ještě další problém. Prof. V. Klokočka ve svém výkladu o nedotknutelných hodnotách s „nadpozitivním“ právním charakterem, zdůrazňuje: „Jde o společenské hodnoty, které nejsou dobře definovatelné v juristických dimenzích, přesto však pozitivnímu právu nadřazené.“ Má zřejmě na mysli pojmy jako je: „volná soutěž politických stran respektujících základní demokratické principy“, „podstatné náležitosti demokratického státu“ a další.

Jde sice o výrazy neurčité, vágní, přesto však jde o pojmy právní a způso-

³ Hynek Bulín: Výklad norem (Slovník veřej. práva čsl., díl V., str. 431).

bilé, abychom je mohli správně interpretovat a posléze i aplikovat. E. Hácha upozorňuje⁴ na to, že „zákon skutkovou podstatu nebo právní následky nevymezuje zcela přesně. Místo, aby podal normu k použití zcela způsobilou, pracuje zákonodárce často se zkratkami, v nichž mohou být obsaženy i více nebo méně zřejmé poukazy. Soudce nebo jiný orgán, který jest povinen zákona použít, je arci povinen zákonodárnou zkratkou rozvinouti do té míry, aby dal normě podobu k použití způsobilou. Jak si má při tom věsti, je nutno vyhledati z obsahu a smyslu zákona. Rozvinutí zkratek bude vyžadovati různých metod, od ryze dedukčních metod logických přes analogii až ke značné volnosti soudcovského uvážení, jež hraničí na volné nalézání práva, které jest kryto poukazem ze zákona poznatelným (judikatura NSS – Budw. 6239, 6527 a j.)“ „...Zkratkou pracuje i zákonodárce i když používá tzv. vágních pojmů, jimž praxe dává určitější obsah získaný z indicií ze zákona vyčtených nebo ze zjištěného obsahu normy. Např. veřejný zájem, veřejné ohledy, všeobecná prospěšnost, zájem okresu, místní potřeba (v živn. řádu) apod.“ Ve své stati Nejvyšší správní soud⁵ rozvíjí E. Hácha své myšlenky dále: „...Tyto neurčité pojmy jsou nutným výrazem zákonodárné techniky, která nechce hnát kasuistiku právní normy do krajnosti, jak to činilo starší zákonodárství anglické, např. v Town Police Clauses Act 1857, s jeho odpuzujícím textem. Zákonodárce sahá až na vzácné výjimky k pojmům abstraktním. Ale jsou různé stupně abstrakce. Tak zvané pojmy neurčité leží jen na vyšším stupni abstrakce. Proto hranice mezi pojmy určitými a neurčitými není ostrá, nýbrž plynulá. Každý pojem právní má svou sféru neurčitosti. Podle slov Ph. Hecka má každý z nich svůj střed a svůj mlhavý okraj. I pojmy zdánlivě určité musí být vykládány...“ „...Někdy jsou neurčité pojmy v substantivu nebo adjektivu, někdy ve verbu. Ma- je aplikovati právní normy pracující s neurčitým právním pojmem na konkrétní podstatu skutkovou, musí si úřad (soud) právní normu do té míry zkonkrétniti, aby byla k použití způsobilá. Směrnice dává při tom namnoze již ohraničení vlastní kompetence úřadu a pak zjevný účel zákona...“ „...Při zkonkréťování neurčitých pojmů používá soud hojným způsobem „zkušenostních zásad“ (Erfahrungssätze) čerpaných ze soukromých vědomostí a životní zkušenosti soudců, z obecně uznávaných děl, docela stejně jako při vyhledávání smyslu slov musí občas sáhnouti po lexikonech jazykových. Daniel Sanders, Adelung a j. bývají v judikátech vídeňského soudu nezdědka citovány. Že by se tím slovník Daniela Sanderse byl stal obsahem právní normy, nikdy nikoho nenapadlo“ říká Emil Hácha.⁶

Jako příklad takové interpretace nám může posloužit např. judikát NSS Boh.

⁴ Emil Hácha: Analogie (Slovník veřej. práva čsl., díl I, str. 67).

⁵ Emil Hácha: Nejvyšší správní soud (Slovník veřej. práva čsl., díl II., str. 843–844).

⁶ Emil Hácha: Nejvyšší správní soud (Slovník veřej. práva čsl., díl II., str. 843–844).

adm. 4488, v němž se Nejvyšší správní soud zabýval pojmem „veřejný pokoj a řád“ (§ 93 Ústavy ČSR), který vyložil jako: „jednak souhrn právních norem a norem ethických a společenských, jejichž zachování podle dočasně panujících obecných názorů je podmínkou klidného a spořádaného soužití, jednak stav společnosti oněm normám odpovídající“.

Tento výklad jest třeba považovat i z hlediska přirozenoprávních zásad za plně hodnotný a zcela přijatelný. Prof. J. Hoetzel, řazený k právním pozitivistům, jej charakterizuje⁷ takto: „Toto soužití ukládá každému členu společnosti určitá nutná omezení. Svoboda jednání jednotlivce končí tam, kde začíná svoboda druhého. Toto omezení nelze stanovit kazuisticky, ale jen v rámci pružných pojmů jako veřejný pokoj, veřejná mravnost apod., které je nutno vykládat s náležitým taktem. Při pojmech veřejný pokoj, veřejný řád nejde o nic metajuristického, přirozenoprávního; právní řád recipuje pro sebe názory společenské i etické.“

Obdobný postup je samozřejmě uplatnitelný i při výkladu takových pojmů jako jsou: „podstatné náležitosti demokratického právního řádu“ nebo „ohrožení základů demokratického státu“ apod.

Jak zřejmo, dovedla si praxe a zřejmě i nadále dovede poradit s takovými mnohoznačnými a neurčitými pojmy „těžko definovatelnými v juristických dimenzích“. Prof. J. Hoetzel sice dovozuje, že v cit. judikátu NSS nejde o nic metajuristického, přirozenoprávního; domnívám se však, že jde o formu recepce přirozenoprávních zásad, v daném případně norem etických a společenských do pozitivního práva. K recepci přirozenoprávních zásad dochází v souvislosti s interpretací pozitivně – právní normy, a to především při její aplikaci. Na tomto místě se patří připomenout pojetí přirozeného práva u prof. J. Sedláčka.⁸ Prof. Sedláček vychází z postulátu, že právní řád má tvořit harmonický celek, v němž jsou jednotlivé normy spojeny axiologickými pravidly. Zde již nejde o teoretický postoj, ale postoj praktický, poněvadž jde o pravidla pro volní činnost – tvorbu norem, tedy o aplikaci práva. Nejde o striktní pravidla normativního poznávání, nýbrž o vhodnost a účelnost norem samých, což je dáno hodnotícím, regulativním principem obsaženým v nejvyšší normě. Obsah takových regulativních principů jest shrnut v nejvyšším principu, který se nazývá spravedlností. Tyto regulativní principy jsou ovšem historicky i kulturně podmíněné a nejsou neměnné. Jejich soubor tvoří přirozené právo. Přirozené právo není podle J. Sedláčka žádným normovým komplexem heteronomních norem, nejde zde pro právní vědu o úsudky povinnosti. Jde jen o úsudky hodnotící a o axiologické zásady, aby právní řád tvořil jednotku, podle níž by lidé mohli čít v harmonii.

⁷ Jiří Hoetzel: Českoslov. správní právo., 1. vydání, Praha 1934, str. 19.

⁸ Jaromír Sedláček: Občanské právo čsl., Všeobecné nauky. Brno 1931, str. 25–50.

Prof. J. Sedláček v souladu s normativní teorií chápe jako normotvůrce nejen zákonodárce, ale i soudce a správní úřady, a považuje tedy rozsudky i správní akty za konkrétní druhotné normy. Vidí proto v aplikaci práva normotvorbu jako volní činnost normotvůrce, která mu umožňuje v rámci daném interpretací normy vyplnit prostor daný pro aplikaci normy i uplatněním oněch regulativních principů, nazývaných přirozené právo. Za velmi poučnou a stále inspirativní v tomto směru považují již citovanou studii Hynka Bulína „Výklad norem“,⁹ z níž dále vyjímám: „Oblíbenou pomůckou při výkladu norem, zejména obecných, je tzv. ratio legis, kterou někteří definují jako „účel, jehož zákonem mělo být dosaženo“ (např. Heyrovský), jiní jako „smysl zákona pro lidský život“ (Sedláček). Při tomto způsobu výkladu nejde však již o ryzí (nepředpojaté) poznávání obsahu právní normy, nýbrž o její hodnocení buď z hlediska nějakého postulátu (účelu, jehož normotvůrce chtěl stanovením normy dosáhnouti, který však není v ní samé vyjádřen), anebo z hlediska jiné normy, zpravidla morální. Takto chápaná ratio legis má své odůvodnění při aplikaci normy, tj. při stanovení nižší normy v rámci normy delegační. Čím širší je tento rámec, tím širší je pole pro tzv. volné uvažování delegáta a pro možnost jeho metajuristických úvah (účelových, morálních, sociálních, hospodářských atd.). Při ryzím výkladu právní normy jde však jen o přesné vymezení jejích skutkových podstat, a pokud jde o normu delegující, o stanovení jejího delegačního rámce; její delegát nesmí překročit, nikoliv o návod, jakým způsobem má delegovaný normotvůrce tento rámec vyplnit. Ratio legis má tedy při interpretaci normy zcela jiný úkol než při aplikaci. Tento význam je dán normologickým vztahem závislosti normy delegované na normě delegující, jakož i na kulturním prostředí adresátů normy, dále závislosti právních skutečností jedné normy na normě jiné (Sedláček). Změna těchto normologických vztahů může mít za následek změnu obsahu normy, popřípadě její úplný zánik. Tuto myšlenku vyjadřuje při obecných normách aforisticky stará řeč „cessante ratiōne cessat lex ipsa“, při smlouvách a jiných konkrétních normách „clausula rebus sic stantibus“; podle této zásady stává se smlouva nezávaznou, změní-li se normové relace tak, že by doslovným splněním smlouvy bylo dosaženo něčeho jiného, než strany zamýšlely.“

Soudce a správní úřad „nalézající právo“ nesmí být izolován od společnosti a od života, od obecně uznaných etických a společenských názorů, a má je při aplikaci obecných norem – zákonů respektovat; samozřejmě s vědomím jejich dějinné proměnlivosti a dočasnosti a v rámci prostoru, který mu pro aplikaci norma poskytuje. To klade velké nároky na osobnost, zejména soudce. Nejde jen o právní erudici a charakter, ale i o dlouholeté profesní i lidské zkušenosti, o vysokou kulturní i vzdělanostní úroveň. V delegačním rámci normy daném pečlivou její interpretací

⁹ Hynek Bulín: Výklad norem (Slovník veřej. práva čsl., díl V, str. 428).

se pak mohou uplatnit obecně přijímané přirozenoprávní principy, které nejsou vlastně ničím jiným než v uvedeném citátů připomínané „metajuristické úvahy“. Samozřejmě nikoli proti výslovnému znění a smyslu dané normy – contra legem. Vztahuje se to podle mého názoru i na tzv. „správní uvážení“, které není a nesmí být úřední libovůlí, ale musí být vždy zdůvodněno, aby bylo patrné, z jakých úvah při svém rozhodování úřad vycházel.

Můžeme tedy konstatovat, že přirozené právo (přirozenoprávní zásady) musí být do platného, tedy pozitivně daného právního řádu recipováno buď výslovným a normativně formulovaným jeho přijetím do pozitivně právních norem (zákonů), tedy přímo a bezprostředně. Že se tak děje, dosvědčuje nejen Ústava ČR a přijetí Listiny základních práv a svobod do našeho ústavního pořádku, ale např. i V. Žák v Listech č. 6/1994: „...vývoj práva po druhé světové válce vedl k normativnímu vyjádření základních práv a svobod, tedy k překonávání rozporu mezi právním pozitivizmem a přirozenoprávní teorií“, tedy zkratkovitě řečeno: vedl k jejich včlenění do pozitivního práva.

Přirozené právo může být dále recipováno i delegací nižšího normotvůrce (tedy soudce resp. správního úřadu) k „nalézání práva“ podle „přirozenoprávních zásad“, jak to učinil zmiňovaný § 7 o. z. o. z roku 1811, a to tehdy, chybí-li výslovný předpis pozitivní a nelze-li případ řešit analogií nebo výkladem normy. V tom případě má přirozené právo povahu supletorní normy. Recepce přirozeného práva (v širokém smyslu slova) je však za třetí i uplatnění jeho principů při aplikaci obecných právních norem, jak to chápe profesor J. Sedláček a v citovaném výňatku i H. Bulín, takže i zde musí přirozené právo konec konců nabýt pozitivně-právní formy).¹⁰

¹⁰ Velmi zajímavé a pro právní praxi podnětné jsou úvahy prof. J. Boguszaka ve studii „Vyústění antinomie jusnaturalismu a juspozitivismu“ v časopise Právník č. 5 z roku 1995. Prof. Boguszak nazývá jusnaturalismem resp. naturalismem právo přirozené resp. přirozenoprávní zásady; juspozitivizmem resp. pozitivizmem právo pozitivní resp. právní pozitivismus.

Prof. Boguszak vychází z myšlenky konsenzu jako základní kategorie vztahu práva přirozeného a práva pozitivního, má-li být uplatněn princip priority přirozeného práva v oblasti státní právní politiky.

Postulát souladu pozitivně – právních norem s přirozeným právem vyjadřujícím lidská práva a základní svobody vyplývá z mimořádného pokroku v dosahování konsenzu v mezinárodním měřítku po druhé světové válce, pokud jde o tato práva. Dochází k jejich vtělení do pozitivně – právních norem a soudy jsou tak povinny rozhodovat na základě a v rámci pozitivně – právních norem, v nichž jsou tato práva formulována.

Pokud zde rozumíme naturalismem prosazování lidských práv a pozitivizmem postulát dodržování platného práva, dochází na tomto poli ke konvergenci jusnaturalismu a juspozitivismu, nikoliv k potlačení pozitivismu v praxi aplikace práva.

Zdůrazňuje dále, že právní pozitivismus je nepostradatelnou složkou právního vědomí v normálně fungujícím demokratickém státě. Chápat pozitivizmus jako hodnotově zcela bezobsažný

* * * * *

Jak však řešit případ, když se přirozené právo „nezpozitivizované“ (tak jak existuje ve společenských a etických představách dané společnosti a konkretizuje se např. v názorech na spravedlnost) dostane do rozporu s právem pozitivním? Dosud šlo o výklad právních norem secundum legem příp. někdy i praeter legem. Nyní máme zodpovědět otázku a najít řešení contra legem, tedy kdy dochází k derogaci práva pozitivního právem přirozeným. Jde o onu tezi prof. V. Klokočky, kdy se „pozitivní právo“ před právem přirozeným sklání. Mám za to, že nejlépe nám

přístup k právu, by nevystihovalo jeho skutečný význam: Pouze při orientaci na dodržování platného (tedy pozitivního J. S.) práva, v čemž spočívá funkce právního pozitivismu je dosažitelná hodnota právní jistoty. Naopak ryze naturalistický přístup by implikoval právní nejistotu – nebyla by ustálena pravidla, jež se stala předmětem konsenzu.

Cílem je tedy – fixovat v mezích dosaženého konsenzu hodnotu spravedlnosti (tedy lidská práva a základní svobody) v platném právu, nikoliv zároveň rezignovat na hodnotu právní jistoty.

Nový status lidských práv je jedním z faktorů pozvednutí úlohy soudní moci. Na jedné straně vázanost soudu zákonem znemožňuje vychýlení rovnováhy moci soudcovské a zákonodárné na stranu justice – na druhé straně soudobý růst významu ústavního soudnictví a mezinárodní soudní ochrana lidských práv a svobod nastolují rovnovážnou dělbu moci, tedy takovou, kde justice není tím slabším partnerem.

V těchto momentech vidí J. Boguszak postup konvergence jusnaturalismu a juspozitivismu. Klade si ovšem otázku, zda zformování lidských práv a svobod v pozitivně – právních předpisech (pokud je chápána ve smyslu konsenzuálních úprav, tedy ideologicky neutrálně pokud jde o jejich původ a podstatu) nespovídá spíše o převládnutí pozitivistického řešení, než o konvergenci.

Za přirozenoprávní je však třeba označit princip nezměnitelnosti těchto práv pro futuro, což je z hlediska právního pozitivismu protismyslné. Tento princip je obsažen v České Ústavě, nikoliv však v platném právu převážné většiny demokratických států. Rovněž záruka práv občanů na odpor zakotvená v Listině základních práv a svobod je přirozenoprávního původu.

Zásadní význam v myšlenkách prof. J. Boguszaka, jak jsem se je pokusil interpretovat, má podle mého soudu jeho hluboké pochopení, že právní jistotu – jako rovněž jedno ze základních práv člověka – nelze obětovat ve jménu nějaké neurčitě definované vyšší spravedlnosti. Domnívám se však, přestože si myšlenek prof. J. Boguszaka v uvedené studii velmi vážím, že ke konvergenci přirozeného a pozitivního práva dojít nemůže. Jde o dva zcela odlišné soubory právních norem vybudovaných na odlišných principech. Jejich antinomii se patrně nepodaří odstranit; budou vždy koexistovat v jistém sváru. Postulát konsenzu však v praxi tvorby práva bude umožňovat jeho řešení.

Domnívám se tedy, že nejde o konvergenci, ale o recepci práva přirozeného do práva pozitivního, a to buď výslovně včleněním jeho zásad do pozitivně – právních předpisů nebo uplatněním jeho zásad při interpretaci a zejména při následné aplikaci právní normy, jak jsem to pokusil ve svém článku prokázat.

Bylo by proto možno hovořit spíše o transformaci přirozeného práva než o jeho konvergenci, a to buď explicitně při vydávání obecně závazných právních norem, nebo implicitně v soudní praxi.

takovou situaci pomohou osvětlit slova E. Háchy.¹¹ „Je-li však soudce podle svého ústavního postavení ve státě vázán zákonem (§ 98 a také § 93 naší ústavní listiny – rozuměj Ústavy ČSR z r. 1920 – nyní čl. 95 Ústavy ČR, pozn. J. S.), znamená tato vázanost netoliko, že soudce není oprávněn se skutkovou podstatou spojit jiné právní následky než ty, které jsou zákonem předurčeny, nýbrž znamená také, že není oprávněn spojit nějaké právní následky se skutkovou podstatou, pro niž zákon žádných nepředurčil. Postavení soudce může arci býti i jiné, jako bylo jiné i postavení římského praetora, který nebyl soudcem v našem smyslu, nýbrž nositelem magistrátského imperia, na jehož základě mohl tvořiti ne-li snad abstraktní, tož aspoň konkrétní normy právní ze zákona neodvozené. Meze pouhé aplikace přesahuje i jurisdikce vysokých tribunálů anglických, a to (zakrytě) v common law; (přiznaně) v kancelářské Equity, jež vyrůstala nejen praeter, nýbrž i contra legem, třeba se to sebevíce zastíralo. Rovněž civilní soudce švýcarský podle uvedené již normy (která jest v podstatě kompetenční) může činiti více než aplikovati právo. (E. Hácha zde upozorňuje na čl. I švýcarského civilního zákona, který stanoví, že soudce nenalezne-li v zákoně, ani jeho výkladem, žádného předpisu, a není-li ani normy práva obyčejového, má rozhodnouti podle pravidla, které by sám stanovil, kdyby byl sám zákonodárcem. Úplně volným přitom však není, neboť se má řídit „osvědčenou“ naukou a tradicí.) Je také možno připustiti, že příliš tuhá vázanost soudce na statickou normu je nesrovnatelná s dynamikou života. Nasvědčuje tomu reformní hnutí pro volné nalézání práva v Německu i závažné hlasy z Francie.“ Potud E. Hácha, který tím vlastně naznačuje směr možného řešení onoho „pozitivní právo se sklání před právem přirozeným“. Jakékoli řešení derogace práva pozitivního právem přirozeným je ovšem možné jen na základě zákona, jinak by šlo o nepřipustné rozhodování contra legem.

Bylo by ovšem úkolem hlubokého rozboru a důkladného zamyšlení, zda by tomu mělo být na základě delegace soudce k „volnému nalézání práva“. Teoreticky by to možné bylo, avšak jen zásadní a převratnou změnou „tvorby práva“ v demokratickém státě a zásadní změnou postavení soudce. Domnívám se však, že reálné to není, byť i jen s ohledem na povšechnou situaci našeho soudnictví. Řadu desetiletí a po několik generací soudců by jistě trvalo vytváření „soudní moci“ na takové úrovni, aby mohla „nalézat právo“ i contra legem. A to vůbec nehovořím o stavu společenského vědomí, které v tom hraje úlohu nikoliv nepodstatnou, ani o nebezpečí, že by se „moc soudcovská“ mohla přeměnit v „moc“ ve státě vylučnou. To ovšem neznámá, že by vůbec neměla probíhat diskuse zejména mezi právníky (a ovšem i politiky) o vhodnosti a míře striktní vázanosti soudce na příliš strohý zákon. Měla by to být ovšem diskuse dlouhodobá, fundovaná a všestranná.

¹¹ Emil Hácha: Analogie, kap. V Soudce a zákon (Slovník veřej. práva čsl., díl I, str. 65)

* * * * *

Tézi prof. Šamalíka: „...přirozené právo se stává součástí platného práva teprve tehdy, má-li formu pozitivně – právního zákona“, považuji proto naprosto za správnou a z hlediska normativního poznávání za jediné možnou, jen s tím rozdílem, že bych za vhodnější považoval výraz „má-li formu pozitivně – právní normy“. Říkám to s ohledem na výklad k § 7 o. z. o., a jemu podobná řešení, kde přirozené právo se stává součástí platného práva rozhodnutím k tomu delegovaného příslušného orgánu (normotvůrce) v procesu aplikace, tedy vydáváním konkrétní sekundární normy, která je právě tak jako přijatý a řádně vyhlášený zákon jeovou formou pozitivního práva.

Na tomto místě bych se chtěl ještě dotknout jedné věci. Zcela souhlasím s pojetím prof. V. Křokochy o vztahu „pouvoir constituant“ (moci konstitutivní) a „pouvoir constitué“ (moci konstituované) i s obsahem, který jim přisuzuje. Má pravdu v tom, že čl. 23 Listiny základních práv a svobod (která musí mít ovšem formu pozitivně právního předpisu, jak je tomu i v našem ústavním pořádku) nenahrazuje, ale doplňuje konstitutivní moc lidu tím, že konstituuje a institucionalizuje možnost jeho odporu proti odstraňování demokratického řádu a lidských práv a svobod již uvnitř právního řádu, tedy uvnitř mocí již konstituovaných. Souhlasím ovšem i s tím, co říká prof. F. Šamalík, že v tomto případě je limitem zpozitivované právo a hodnotové i institucionální principy právního řádu a že právo na odpor neopravňuje revoluční libovůli. Musí být tedy splněna podmínka: znemožnění činnosti ústavních orgánů a účinného použití zákonných prostředků. Domnívám se však, že jakmile občané vyčerpají všechny právní i politické nenásilné prostředky jako např. demonstrace, politické stávkové akce a občanská neposlušnost, a sáhne-li nedemokraticky vládnoucí moc k násilí, mají legitimní právo toto násilí odrazit násilím podle zásady vim vi repellere licet. To už je však moment, kdy se rozhoduje o tom, zda se rozpor vyřeší smírně v rámci ústavního pořádku, nebo se přemění v občanskou válku, v revoluci. Ale to je už oblast politiky, oblast „pouvoir constituant“, tedy oblast metajuristická. Jde ovšem o kvalitativně zcela nový moment v našem právním řádu. Jde o přirozenoprávní zásadu vyslovenou pozitivněprávní normou (Listina se jí nepochybně svým začleněním do ústavního pořádku podle čl. 3 Ústavy ČR stala), která je jakousi hraniční čarou mezi „pouvoir constitué“ a „pouvoir constituant“, nikoli však nepřekročitelnou. To je však podle mého názoru jediná legální i legitimní možnost lidu uplatnit svou svrchovanost revoluční cestou. Jde však o revoluci na obranu resp. záchranu již existujícího

a v ústavě zakotveného demokratického zřízení. V právním státě však nelze akceptovat „přirozené právo lidu změnit stát, ztratí-li stát jeho důvěru“. Pravdu má prof. F. Šamalík (Lidové noviny z 14. 7. 1994), když takovou myšlenku odmítá. Ta se už vymyká právnímu zkoumání a jde již o politickou proklamaci. Přestože právní řád je styčným bodem mezi právní vědou a politikou (politologií), nesmí docházet k jejich směřování. Politika je svým způsobem sférou legis ferendae. Ovšem sféru legis ferendae (jaké by měly být zákony) nelze směřovat se sférou legis latae (zákony danými, existujícími), která je předmětem právní vědy. To by zavádělo právní vědu i právní praxi na scestí.

Chtěl bych se však vrátit k právu, zejména ještě k vztahu práva pozitivního a „nadpozitivního“. Může se snad namítat, že jsem celý tento problém převedl z ústavní polohy do polohy aplikace práva, do oblasti konkrétní normotvorby. Mám za to, že je to zcela správné – jde ve všech případech o normotvorbu, která je oním tertio comparationis obou těchto rovin úvahy. Může se stát, že moje úvahy mohou být označeny jako právní pozitivismus. Pokud se však právním pozitivismem rozumí, že jeho noetickým východiskem je princip, že poznávající subjekt (v mé úvaze je to normotvůrce na nejnižším stupni: soudce či správní úřad) musí vycházet z pozitivně dané, tj. platné právní normy a tuto interpretovat jako výchozí předpoklad pro její aplikaci (konkrétní normotvorbu), pak se o tom nehodlám přit. Tento postup jako jedině správný je ovšem s souladu s normativní teorií (Kelsen, Merkl, Weyr), která byla dříve tradiční právní naukou odmítána a podceňována, někdy i dávana na index. Jak vyplývá z celkové situace publicistiky je i dnes řada opravdu významných momentů, k nimž tato teorie dospěla a obohatila právnícké poznávání, často opomíjena a někdy i znevažována.

Namítal bych ovšem, kdyby shora uvedená noetická východiska byla ztotožňována s charakteristikou pozitivistické metody právní prof. F. Šamalíkem v Lidových novinách z 14. 7. 1994: „...rozdíl mezi ústavou pozitivistickou a ústavou založenou na přirozených právech lze vyjádřit takto: první poskytuje základní práva jen v rozsahu zákona, druhá připouští jen zákony souladné se základními právy.“ Je pravda, že řada velmi významných právníků, pozitivistů, resp. představitelů tzv. tradiční nauky jako např. prof. J. Pražák, G. Jellinek sdílela neudržitelnou představu (citov. dle F. Weyra), jakoby pro výkonné, tj. správní orgány, řečeno slovy Pražákovými: „...tvořil zákon toliko hranici nejkrajnější, kterou orgánové tito nikdy překročiti nesmí, uvnitř její však volně mohou se pohybovati. ...kdežto, tomu kdo koná spravedlnost, jest právo měřítkem výhradním...“ (Pražák: Rak. právo ústavní, III, § 230) citováno dle F. Weyra.¹² K tomu jest třeba podotknout, že J. Pražák zde činí zásadní rozdíl mezi orgány výkonnými (správními) a spravedlí-

¹² František Weyr: Funkce státní (Slovník veřej. práva čsl., díl I, str. 702).

ností (tj. soudy). To je ovšem způsobeno chybným východiskem tzv. pozitivistů (tradiční nauky), kteří majíce odlišit od sebe jednotlivé státní funkce (moc zákonodárnou, soudní a vládní) si neuvědomují jediné možné tertium comparationis státních funkcí a jejich orgánů, jímž jest normotvorba. Kromě toho nemají jasno v otázce stupňovitosti právního řádu a s tím souvisejícím dalším poznáváním, že právní normou není jen norma abstraktní např. zákon, ale i soudní rozsudek či individuální správní akt jako konkrétní norma. Neuvědomují si dostatečně, že jde o funkce státu, při čemž si pojem vládní (správní) funkce antropomorfizují. Představují si stát ve funkci vládní (správní) jako činitele podobného soukromníkům, který může podobně jako tito dělati vše, co mu právní řád nezakazuje. Velmi podrobně rozebírá tento problém F. Weyr ve Slovníku veřejného práva čsl. a ve svém díle Teorie práva.¹³ Celou svou velmi pozoruhodnou a přesnou argumentaci uzavírá: „...podle zásad správné noetiky platí pro orgány (státu, právního řádu) věta: vše je zakázáno, co není výslovně dovoleno, popřípadě jako povinnost uloženo. Tradiční nauka však, jak je známo, vychází z opaku jejího: To jest stanovisko příznačné pro tzv. policejní stát: Zároveň však obrací zmíněná tradiční nauka i zásadu platnou podle správné noetiky pro soukromníky v opak, vycházejíc z toho, že pro ně platí věta, že jest jim vše zakázáno, co není výslovně dovoleno, místo věty: vše je dovoleno, co není výslovně zakázáno“.

Citovaný závěr svědčí o tom, že zásada „stát může jen to, co zákon dovoluje (resp. co mu zákon jako jeho povinnost ukládá)“ a „soukromník může vše, co mu zákon nezakazuje“ vyplývá zcela jednoznačně ze zásad správného normativního poznávání a že zásada, „soukromník může jen to, co mu zákon dovoluje“ by musila být v ústavě zakotvena výslovným ustanovením. Ale to by už nebyla ústava demokratického státu, ale státu policejního.

To nijak nezléhcuje význam zakotvení základních občanských a lidských práv v ústavním pořádku. Každá státní moc projevuje tendence k přesahu svých pravomocí a nebývá vždy ochotna přijímat vědecký poznatek, který jí nevyhovuje nebo který se staví proti ní, zejména v tzv. humanitních vědách. Je proto jen dobře, jsou-li jí postaveny bariéry v podobě ústavně zabezpečených lidských práv a svobod a jsou-li některé základní demokratické hodnoty postaveny i nad kompetenci ústavních orgánů, příp. i lidu samého (např. v referendu). Ovšem nejen to. Ústavní garance lidských a občanských práv znamená i normativní zakotvení zásady: svobody a práva jednoho nesmějí potlačovat svobody a práva jiného, z čehož jednoznačně vyplývá i ústavní zakotvení práv menšin.

¹³ František Weyr: Teorie práva, Praha 1936, str. 305–310.

* * * * *

Spor o to, zda české právo je založeno na svrchovanosti zákona, či nikoli, nevyřešíme, pokud si neujasníme, za jakých podmínek tato téze platí a z jakých kritérií vychází.

Prof. V. Klokočka má nepochybně pravdu, že Preambule k Listině základních lidských práv a svobod není součástí Listiny; má však nepochybně jistý interpretační význam: vysvětluje smysl přijetí této Listiny a odůvodňuje usnesení České národní rady, jímž byla vyhlášena. Je tím, čemu se obvykle říká „occasio legis“.

Lze však z toho vyvodit, že spojení „uznávajíc neporušitelnost práv člověka a svrchovanost zákona“ je *contradictio in adjecto*, neboť neporušitelnost práv člověka stojí výš než zákon, jak uvádí prof. V. Klokočka? Preambule k Listině není právní normou a nemá ani podobu právní normy, avšak i pojmy, kterých užívá, je třeba správně interpretovat. Souhlasím proto s názory prof. V. Pavlíčka i V. Žáka, že výraz „svrchovanost zákona“ v Preambuli je výrazem „*pars pro toto*“ a že znamená vládu práva, respektování právního řádu, právní stát apod. Zcela určitě tím nechtěli eliminovat možnost rozporu určitého konkrétně daného zákona s Listinou základních práv a svobod příp. s Ústavou a jeho příp. následné rušení Ústavním soudem.

Neporušitelnost práv člověka jako filozoficko–morální a společensko–politický princip demokratické společnosti stojí nepochybně nad zákony i nad ústavou. V rámci jejího právního řádu musí však nabýt podoby pozitivně–právní normy, nemá-li zůstat pouhou proklamací. Platí to zejména pro právní řád, v němž je normotvůrce na nejnižším stupni normotvorby (především soudce, ale i správní úřad) vázán zákonem, jak to např. vyhláší čl. 95 Ústavy ČR. Soudce je také povinen v případě, dojde-li k závěru, že zákon, jehož má být použito při řešení věci, je v rozporu s ústavním zákonem, předložit věc Ústavnímu soudu.

Kognice (jurisdikce) Ústavního soudu není omezena jen na zákony vzniklé po ustavení Ústavního soudu, ale vztahuje se na všechny minulé a dosud platné, které jsou i v důsledku recepce součástí našeho právního řádu. Ústava ČR obsahuje nejen institucionální a procedurální aspekty normotvorby, ale spolu s Listinou základních práv a svobod všechny materiálně hodnotové principy demokratického právního řádu.

To vše je jistě velmi silnou zárukou nejen legality, ale i legitimacy rozhodování. Přírozenoprávní zásady nevyjádřené explicitně v pozitivně právní normě se mohou stát součástí právního řádu a tedy vzít na sebe podobu konkrétní pozitivně–právní

normy (rozsudku, správního rozhodnutí) i při aplikaci pozitivněprávních norem na konkrétní skutkové podstaty. Aplikace práva soudcem, tedy normotvorba na nejnižším stupni mu jako volná činnost umožňuje, aby v prostoru daném interpretací normy volil tu možnost, která je ve shodě s obecně přijímanými přírozenoprávními zásadami a v souladu s duchem a smyslem Ústavy i Listiny. Není však myslitelné, aby přírozenoprávní zásada explicitně nevyjádřená v pozitivněprávní normě derogovala pozitivněprávní předpis, pokud by to tak tento předpis nestanovil. Zde se právo pozitivní nemůže sklonit před právem přírozeným, pokud ovšem neopustíme oblast práva a neuvažujeme v dimenzích metajuristických. Proto spojení „neporušitelnost práv člověka a svrchovanost zákona“ vyjadřuje aforistickou zkratkou charakteristiku našeho právního řádu a tedy i státu.

Právním řádem nelze rozumět jen ústavní a obyčejné zákony, ale soubor všech právních norem, tedy i norem druhotných ať abstraktních, či konkrétních (soudní rozsudky, rozhodnutí správních úřadů, ba dokonce i právní jednání stran). To samozřejmě platí za předpokladu, že druhotná (sekundární) norma je zejména formálně – logicky v souladu s normami jí nadřazenými a tedy přičitatelná normotvůrci určenému nadřazenou normou. Empiricky existující právo je tak daleko bohatší a obsahuplnější než zákony; ono vypovídá pravdu o svém charakteru. „Fakticky platí to právo, jak je nalézá praxe, a nikoliv, jak je psáno v zákonech“, říká prof. J. Hoetzel.¹⁴

Nelze vynášet absolutní soud, že české právo není založeno na svrchovanosti zákona, jak se to uvádí v odůvodnění jednoho nálezu Ústavního soudu. Ta není dána explicitním vyjádřením takové zásady v právní normě, ale podává se z povahy právního řádu.

Prof. V. Klokočka má naprosto pravdu, když odlišuje svrchovanost jako pojem politický od svrchovanosti jako pojmu právního. Poukazuje správně na to, že tím se dostáváme do sféry moci konstituované, tedy do světa právních norem. Mimo ně je již sféra politiky, která se řídí svými pravidly. Tyto dvě sféry nelze v žádném případě směřovat.

Při zkoumání suverenity jako právního pojmu rozlišuje prof. V. Klokočka dvě hlediska. Jednak formálně – racionální přístup založený na zkoumání právní struktury, hierarchie právních norem a posléze nalezení základní normy, o níž se právo opírá. To je podle něho právněpozitivistický přístup, který hledá oprávnění nařizovací moci v jeho legalitě, resp. v ústavnosti ve formálním smyslu. Podle toho je pak to, co je legální, i legitimní.

Druhý přístup, z hlediska materiálně – racionálního, vychází „nejen z hodnocení formálně – právní legality, ale podřizuje zkoumání právní (legální) suverenity

¹⁴ Jiří Hoetzel: Čsl. správní právo, Praha 1937, 2. vydání, str. 48).

a jejich projevů také dalším hodnotovým kritériím, těm, jež jsou podstatnými náležitostmi demokratického systému právem a ústavou vyjádřeného, a které sféru politické a právní moci spojují tím, vytvářejí základ, z něhož celá konstrukce ústavního a právního státu vychází" (cit. stať str. 118–119).

S takovým pojetím je možno souhlasit, pokud si opravdu uvědomujeme, že oběma hledisky poměříme tutéž skutečnost, že na právní řád je třeba pohlížet nejen jako na formálně – logicky vybudovaný stupňovitý soubor norem různé právní relevance, ale současně jako na normový soubor s určitým materiálním obsahem, který je tím obecnější, čím vyšší stupeň normy v této hierarchii náleží a tím konkrétnější, čím jí náleží stupeň nižší. Formální problém tvorby norem nelze odtrhávat od jejich obsahu. Proto formálně – racionální přístup nemůže ignorovat obsah norem a ono materiálně – racionální hledisko musí v něm být současně přítomno, ovšem i naopak. Pojem normy bez obsahu je nemyslitelný. Je tedy třeba obě uváděná hlediska vidět v jejich jednotě, v jednotě formy i obsahu.