

# Formální jednota práva

Martin Madej\*

**Abstrakt:** Tato stať pojednává o formální jednotě systému práva. Ve formálně jednotném právním systému platí, že zásadně neexistují pochyby o tom, která pravidla do systému patří a jak určit jejich obsah. Autor se postupně pokusí ukázat, jak s formální jednotou souvisí vázanost soudce zákonem (čl. 95 Ústavy) a pojem pramene práva. Zvláštní pozornost bude věnována pravidlu uznání a jeho způsobilosti zajistit formální jednotu práva za situace „outsourcingu“ regulace jiným společenským subsystémům.

**Klíčová slova:** Hart, pravidlo uznání, jednota práva, právní systém, systémovost práva, pramen práva, soudní rozhodování, článek 95

## Úvod

Tato stať pojednává o formální jednotě systému práva. Ve formálně jednotném právním systému platí, že zásadně neexistují pochyby o tom, která pravidla do systému patří a jak určit jejich obsah.<sup>1</sup> To je jedna rovina jednoty. Jinou rovinu jednoty představuje hodnotový monismus. Hodnotově monistický systém je jednotný v hodnotách, které primární pravidla vyjadřují. Formální jednota a hodnotový monismus představují ideály, ne však ve stejném smyslu. Hodnotový monismus představuje závazek k určité hodnotě nebo souboru hodnot, k jejichž realizaci musí aplikace práva vždy směřovat (např. spravedlnost a rovnost).<sup>2</sup> Protože se na takové hodnotě nebo hodnotách nemusíme shodnout, funguje hodnotový monismus jako ideál, o němž nevíme, jestli jsme ho schopni dosáhnout. Naproti tomu formální jednota, tj. shoda na tom, která pravidla do systému patří a jak určit jejich obsah, je ideál, který se v určitém stupni už realizuje v každém funkčním právním systému. Pokusím se postupně ukázat, jak s formální jednotou souvisí vázanost soudce zákonem (čl. 95 Ústavy) a pojem pramene práva. Zvláštní pozornost bude věnována pravidlu uznání jako jednomu z nejdůležitějších teoretických pokusů o zachycení formální jednoty práva.

## 1. Vázanost soudce zákonem

*„Když se občan, ale i státní orgán při zdůvodňování svého chování odvolává na to, že něco podle práva mohl nebo nesměl, měl by tak učinit tím, že poukáže na znění konkrétní právní*

\* JUDr. Martin Madej, MJur. Autor je doktorandem na katedře teorie práva a právních učení Právnické fakulty Univerzity Karlovy v Praze. E-mail: martin.madej@amo.cz. Za cenné komentáře děkuje Pavlu Ondřejkovi, Janu Tryznovi a třem anonymním recenzentům či recenzentkám. K připomínce jednoho z nich, že vedle sebe klade „excelentní texty světových teoretiků a domácí texty, z nichž některé patří do suterénu právní vědy“ (zvýrazněno recenzentem), podotýká, že pokud by měl pracovat jen s excelentními texty právních teoretiků, pracoval by disproporčně se zahraničními texty, protože třeba anglofonní nebo germanofonní právní teorie jsou služebně starší a z toho důvodu i bohatší a často pokročilejší. Tím by ovšem nevyhověl požadavku na vyrovnání se s názory na toto téma v domácím prostředí. Jinak ale sentimentu recenzenta rozumí. Tento text vznikl za podpory grantového projektu GA ČR č. 10723S s názvem *Co současné právo sjednocuje a co jej fragmentarizuje z pohledu právní teorie a soudní praxe?*

<sup>1</sup> HART, H. L. A. *The Concept of Law*. 3rd edition. Oxford: Oxford University Press, 2012, s. 95 a 116.

<sup>2</sup> Např. Dworkinovo právo jako integrita (*law as integrity*) v jeho *Říší práva*. DWORKIN, R. *Law's Empire*. Cambridge: Harvard University Press, 1986. U nás hovoříme po německém vzoru o vnitřním systému práva. Za hodnotově monistický můžeme považovat pro tyto účely i hodnotově pluralistický systém, jehož aktéři se shodnou jednak na pluralitě hodnot, jednak na metodě nebo metodách, jak jejich konflikty řešit. Zejména o splnění druhé podmínky lze nejen v našem právním prostředí polemizovat.

*normy, která toto jeho chování upravuje.*<sup>43</sup> Tak zahajují R. Procházka a M. Káčer svou kapitolu o pramenech práva. Není to špatně, ale lze namítnout, že charakteristickým výrazem působení *pramene práva* není povinnost občana, právníka, ba ani státního orgánu vysvětlit své chování s poukazem na konkrétní právní normy. Takto působí nejen prameny práva. Navíc, jestliže oni povinnost vysvětlit své chování mají, vyplývá ona vždy z obecně závazného předpisu, nikoli z jejich role v politicky organizované společnosti. Zpravidla jim však postačí, když se chovají v souladu s čl. 2 Ústavy, aniž by museli zdůvodnit, proč tomu tak je. Výklad čehokoliv je v každém případě dobré začít u jeho charakteristického výrazu.

Nejcharakterističtější pracuje s prameny práva soudce.<sup>4</sup> Ten, jestliže rozhoduje o právech a povinnostech osob, potřebuje vědět, podle čeho má o nich rozhodnout. To je tvrzení triviální jen potud, pokud vnímáme soudcovské rozhodování jako vázané v užším smyslu.<sup>5</sup> Třeba král Šalamoun, když soudil při dvou žen, rozhodl spravedlivě s pomocí v něm přítomné Boží moudrosti.<sup>6</sup> V jistém smyslu i on musel rozhodnout pouze spravedlivě, nikoli jen tak libovolně.<sup>7</sup> Ale rozhodně nebyl vázán tak jako dnešní soudce, o kterém tvrdíme, že může rozhodnout jen podle norem, a to podle norem určitého charakteru.

Stejně jako vázanost advokáta pokyny klienta naznačuje existenci jiných faktorů ovlivňujících advokátův úsudek, odráží i vázanost soudce normami určitého charakteru pluralitu normativních systémů. Stejně jako občan, advokát nebo státní orgán může být i soudce osobně vázán normami náboženství, morálky, etikety či šachu, není jimi však vázán oficiálně. Oficiálně je podle čl. 95 Ústavy vázán zákonem a mezinárodní smlouvou, která je součástí právního řádu.<sup>8</sup> Pokud by oficiálně vázán nebyl, popírala by se tím nejen zásada formální rovnosti, trvající na konzistenci aplikace práva, ale i *hodnota formální jednoty právního řádu*.

Vázanost soudce právními normami je *conditio sine qua non* formální jednoty právního řádu. Někdo by mohl tvrdit, že formálně nejednotný právní řád je oxymorón, neboť každý „řád“, tj. systém, musí mít dopředu vyjasněné, co do něj patří a co ne, jinak v tom „řád“ (systém) být nemůže. Takový přístup podle mě neodůvodněně privilejuje pojetí systému založené na formální racionalitě, definované logickými vztahy mezi prvky celku, plus mezi prvky celku a celkem samotným.<sup>9</sup> Jestliže se chci zaměřit na formální jednotu coby vlastnost právního řádu, předpokládám, že některé oblasti tradičně dominované formální racionalitou mohly a mohou pod tíhou společenských změn fungovat na bázi racionality

<sup>3</sup> PROCHÁZKA, R. – KÁČER, M. *Teória práva*. Bratislava: C. H. Beck, 2013, s. 120.

<sup>4</sup> Neplyne-li z kontextu něco jiného, „soudce“ bude níže jako zkratka pro „orgán aplikující právo“ (tj. třeba i policista nebo STK při výkonu kontroly). Přesto platí, že nejvíce se to projevuje z pochopitelných důvodů u soudců.

<sup>5</sup> K ideje vázaného soudcovského rozhodování viz KÜHN, Z. *Aplikace práva ve složitých případech: K úloze právních principů v judikatuře*. Praha: Nakladatelství Karolinum, 2002, s. 232 an.

<sup>6</sup> Královská, 3:28.

<sup>7</sup> Ke konceptu tzv. absolutní diskrece viz RAZ, J. *Practical Reason and Norms*. Oxford: Oxford University Press, 1975, s. 137 an.

<sup>8</sup> Oficiální vázanost zákonem a mezinárodní smlouvou míním závazek ze soudcovy funkce, ne z jeho osoby. Na tomto místě mi jde pouze o existenci oficiální vázanosti. Co definuje obsah oficiální vázanosti, bude rozebráno níže. Soudce je totiž ve skutečnosti oficiálně vázán celým právním řádem České republiky s výjimkou podzákoných právních předpisů. Viz MIKULE, V. – SUCHÁNEK, R. Čl. 95. In: SLÁDEČEK, V. – MIKULE, V. – SUCHÁNEK, R. – SYLLOVÁ, J. (eds). *Ústava České republiky*. 2. vydání. Praha: C. H. Beck, 2016, s. 1094. Soudce Ústavního soudu navíc slibuje chránit neporušitelnost přirozených práv člověka (čl. 85 Ústavy).

<sup>9</sup> Formálně racionální právo definuje sféru dovoleného a vystupuje tak jako nestranný rozhodčí hry. Soustřeďuje se okolo analytických pojmů, logiky a na pravidla orientovaný typ myšlení. Jestliže koncipuji právo jako logicky uspořádaný systém pravidel, jakékoli deviance od tohoto stavu jdou proti pojmu práva. Zbývá otázka, jestli je takové pojetí právního systému analyticky přesvědčivé. Podrobněji viz TEUBNER, G. Substantive and Reflexive Elements in Modern Law. *Law & Society Review*. 1983, roč. 17, č. 2, s. 250 an.

reflexivní či substantivní.<sup>10</sup> Nicméně beru za dané, že alespoň v českém kontextu formální racionalita obecně dominuje (ale ne bez výjimek!) a z toho plyne i naše očekávání formální jednoty systému práva.

Jestliže jsou soudci vázáni pouze právní normou, co z ní dělá normu právní, nikoli třeba morálky nebo etikety?<sup>11</sup> A co dělá právní normu součástí právního řádu České republiky, nikoli třeba Slovenské republiky? A stává se jiná norma normou právní nabytím příslušnosti k právnímu řádu?

První otázka je otázkou povahy práva, druhá otázkou příslušnosti čili členství právní normy v systému práva, ta třetí je hybridní. Dotáží-li se někoho, jestli je určitá platná právní norma  $x$  platnou podle českého práva, bude ho zajímat, z čeho usuzují, že je to norma právní a že musí být platnou. Smysluplná odpověď na otázku příslušnosti proto předpokládá předporozumění jednak povaze práva, jednak platnosti normy.

Pouštět se tady do podobných úvah by však bylo vzhledem k tématu statě nadbytečné. Na druhou stranu, ponechat své premisy otevřené nebo polootevřené také nemůžu. Proto navrhuji, že alespoň v krátkosti objasním, z čeho níže uvedené argumenty vycházejí, a pro zdůvodnění odkážu na publikace jiné.<sup>12</sup>

Níže budu v prvé řadě vycházet z předpokladu, že práva a povinnosti, o kterých soudy rozhodují, mohou vznikat nezávisle na morálce.<sup>13</sup> To znamená, že plyne-li mi ze zákona povinnost, není to nezbytně výraz mé povinnosti morální, protože právo funguje jako jedinečný soubor norem s jedinečným typem normativity.<sup>14</sup>

Nadto, právo bude chápáno jako těsně spojené s veřejnou, a zvláště se státní mocí.<sup>15</sup> To nevylučuje, že vedle veřejné moci působí jiné organizované systémy, které regulují chování svých subjektů a efektivně vynucují jejich poslušnost mimo dosah veřejné moci (např. společnost Facebook, sportovní organizace, církve, nepsané tržní normy atp.), jestli má mít ale vázanost soudce právními normami nějaký smysl, musí on být na jiných

<sup>10</sup> Substantivní racionalita (*substantive* neboli *purposive rationality*) je spojována s měnicí se funkcí práva s nástupem sociálního státu (*welfare state*). Smyslem práva není nastavit mantinely soukromým zájmům, ale cílevědomě regulovat chování adresátů za účelem dosažení určitého politického ideálu. Reflexivní racionalita (*reflexive rationality*) reaguje na neschopnost sociálního státu těchto ideálů dosáhnout s pomocí obecných standardů chování. Úlohou reflexivního práva je dotvářet poloautonomní sociální systémy (např. korporace) skrze regulaci jejich vnitřních rozhodovacích procedur a jejich interakce s ostatními systémy. Míra, s jakou se oba typy racionality spoléhají na stanovení procedur a abstraktních principů, místo operování s formalizovanými obecnými standardy chování, vede nutně k oslabení formální jednoty systému. Podrobněji viz TEUBNER, G. *Substantive and Reflexive Elements in Modern Law*, s. 250 an.

<sup>11</sup> Jakýkoli závazný normativní právní akt, nikoli jen obecně závazný, tj. včetně soudních rozsudků. Srov. výklad pojmu „právní řád“, tak jak ho užívá podle prof. Eliáše občanský zákoník. ELIÁŠ, K. K první větě občanského zákoníku: Prolegomena ke každému příštímu komentáři občanského zákoníku. *Právník*. 2014, roč. 153, č. 6, s. 433 an.

<sup>12</sup> Koho nepřesvědčí má východiska, může mít o správnosti svých závěrů důvodné pochybnosti. Alespoň ale bude zřejmé, kde jsem pochybil.

<sup>13</sup> Ani klasická debata o vztahu práva a morálky nikdy nebyla o tom, jestli je nebo není úkolem soudce aplikovat právo coby specifický normativní systém odlišný od morálky. Úkolem soudce to je; spor se vedl o to, jestli je pojmově možné, aby právo bylo hrubě nemorální. SOBEK, T. Koherence práva. *Právník*. 2012, roč. 151, č. 4, s. 353. Debata se částečně rozštěpila s Dworkinými úvahami v závěru jeho poslední knihy, kde se svěřil se svým silicím pocitem, že na tzv. „dvousystémový model“ (práva a morálky) neměl nikdy přistoupit a místo toho postavit svou přirozenoprávní teorii na jediném skutečném deontickém systému: na morálce. Na Dworkinovo „prozření“ navázal Scott Hershovitz. Dá se očekávat, že jejich argumentace bude v blízké době čelit kritice zastánců autonomie práva. Autoři okolo Davida Enocha však podobné disputace považují za ztrátu času a odvádějící naši pozornost od skutečně zajímavých právněfilozofických problémů. Já se budu níže držet tradičního přístupu, tedy že právo je autonomní normativní systém a že jedině právo musí soudce i aplikovat. Ponechám otevřené, jestli soudci musí vedle práva uvažovat o morálce a spravedlnosti jako o samostatných kategoriích (exkluzivní pozitivismus), protože i tehdy by platilo, že práva a povinnosti vznikají nezávisle na morálce.

<sup>14</sup> Kelsenovo ryzí „Sollen“.

<sup>15</sup> BĀRÁNY, E. Obsah a forma v určení platnosti práva. *Právní obzor*. 2008, roč. 91, č. 5, s. 366–367.

systémech nezávislý. Lze říci, že cizí normy, které on vezme ne v rozporu se svou ústavní povinností do úvahy, jsou do práva inkorporovány, podstatné ale je, že soudce sám zůstává vázán vlastním systémem norem. Pokud by nebyl, nelze předem vyjasnit, které normy on za právní označit může, což formální jednotu práva vylučuje.

Zatím jsem nevytyčil nic, co by neplatilo za obecné právní vědomí. Otázky, které si kladu, ale někomu mohou připadat zbytečné. Řekne: „Všichni víme, že právo je jedinečný soubor norem a jen tím je soudce vázán, ale pídění se po příslušnosti norem opomíjí základní fakt soudcovské profese, a to ten, že soudci nějakou právní normu k dispozici většinou mají, jsou však konfrontováni s jejich správným výkladem, tj. se zjištěním jejich obsahu, a s aplikací, tj. se správným použitím na daný skutkový stav.“

To je sám o sobě dobrý argument. Soudci koneckonců mnohem častěji řeší, co to znamená být „řádný“ hospodář, přijmout „dostatečná“ opatření nebo být ve stavu „nepříčetnosti“, než jestli normy tyto termíny obsahující patří mezi ty závazné. Pak mi ale připadá, že systém, který tímto způsobem cílí zjišťování obsahu normy až na aplikaci v konkrétních případech, by měl uznávat nějakou formu precedenční závaznosti soudních rozhodnutí. V opačném případě hrozí, že tři senáty budou stejnou normu (nebo skupinu norem) používat různými způsoby a spět k odlišným rozhodnutím. Nebude tak ani v zásadě existovat shoda na tom, jak se dobrat k obsahu platných právních pravidel. Pokud by systém reagoval uznáním precedentů anebo třeba jen vydáním metodiky správné interpretace a aplikace práva, implicitně se tím potvrzuje správnost trvání na příslušnosti norem, protože soudce vyhoví své povinnosti jen tím, že konzultuje ty správné zdroje.<sup>16</sup>

Přestože u nás precedenty ani autoritativní metodiky nemáme, teorie hovoří o tzv. pomocných (subsidiárních) pramenech práva.<sup>17</sup> Prameny a pomocné prameny se někdy dokonce zahrnují do jediné skupiny a člení podle právní síly, respektive podle nutnosti, s jakou je soudce musí vzít do úvahy.<sup>18</sup> Prameny práva budou analyzovány níže. Pro tuto chvíli je podstatné, že otázka příslušnosti norem v systému je důležitá, protože i proces vlastního zjišťování obsahu identifikované právní normy se řídí pravidly a principy, které samy musí pocházet z typizovaných zdrojů.<sup>19</sup>

K odpovědi na otázku příslušnosti existují jednak formální, jednak materiální přístupy. Liší se mj. tím, jaké místo v teorii přisuzují pojům *pramen práva*, *platnost* normy a *obsah* normy. Formální přístupy vyžadují od každé právní normy spojení s určitým pramenem práva pocházejícím z autoritativního zdroje. Platnost takto identifikovatelné právní normy vychází z její příslušnosti v systému, pročež se hovoří o její systémové platnosti (*systemic validity*).<sup>20</sup> Materiální přístupy naopak spojují platnost a příslušnost normy s jejím obsahem. Má-li norma určitý obsah, je platná, a tudíž příslušná k systému, v němž byla nalezena. To neznamena, že materiální přístupy prameny práva ignorují. I ony právo považují za jedinečný normativní systém. Jeho obsah však musí být korigován substantivními úvahami o morálce a spravedlnosti, jejichž platnost je na právu nezávislá.<sup>21</sup>

<sup>16</sup> Podle Jana Wintra z vázanosti soudců zákonem vyplývá i normativní charakter interpretačních metod. „Je-li soudce vázán zákonem, musí být součástí právního řádu též kritéria, která určí, co to znamená být vázán zákonem.“ WINTR, J. *Metody a zásady interpretace práva*. 2. vydání. Praha: Auditorium, 2019, s. 31.

<sup>17</sup> GERLOCH, A. *Teorie práva*. 7. vydání. Plzeň: Aleš Čeněk, 2017; Alexy a Dreier cit. v KÜHN, Z. Jsou právní principy a soudní rozhodnutí pramenem práva? *Časopis pro právní vědu a praxi*. 2001, č. 3, s. 240.

<sup>18</sup> PECZENIK, A. *On Law and Reason*. Springer, 2008, s. 261 an.

<sup>19</sup> Vysvětlení vsazené do reality českého práva. Existují silné argumenty proti, např. DWORIN, R. *Law's Empire*. Cambridge: Harvard University Press, 1986, s. 114 an.

<sup>20</sup> GARDNER, J. Legal Positivism: 5 1/2 Myths. *American Journal of Jurisprudence*. 2001, Vol. 46, s. 199–226.

Úzký vztah mezi obsahem a příslušností normy (materiální přístupy) pro daný systém znamená, že v systému nejen že nejsou pochybnosti o tom, která pravidla do něj patří a jaký je jejich obsah, ale že v něm ani není prostor pro kontradikci; stejná obsahová kritéria, která zajišťují formální jednotu, tak zajišťují i hodnotovou jednotu (monismus), tj. jednotu normativního obsahu systému. To jsou sice dvě mouchy jednou ranou, k pomyslné ráně by ale musela existovat shoda (*theoretical agreement*) na základních hodnotách systému a na řešení konfliktů mezi nimi. Níže proto budou rozebrány pouze zdrženlivější přístupy formální.

## 2. Formální přístupy

Formální přístupy se soustřeďují na prameny práva jakožto formy, které dodávají v nich obsaženým pravidlům právní charakter.<sup>22</sup> Jinými slovy, soustřeďují se na vnější formy, které musí pravidlo chování získat, aby se stalo právní normou, a na proceduru, kterou se tato forma získává.<sup>23</sup> Určitá norma se tak stává právní nikoli kvůli svému obsahu, ale kvůli právem stanovené anebo společností uznávané autoritě toho, kdo byl pověřený danou normu vytvořit.<sup>24</sup> Jakýkoli výsledek výkonu autority, který je všeobecně závazný, má formu pramene práva, pakliže je z aktu zřejmé, že o výkon autority jde.<sup>25</sup> Přirozeně se nabízí otázka, kdo u nás takovou autoritu má.<sup>26</sup>

A. Gerloch a J. Tryzna tvrdí, že o pramenech práva *by měl* rozhodovat zákonodárce.<sup>27</sup> Stanoví-li zákonodárce, že právem je třeba to, co v souladu se zákonem vyhlásí ministr vlády, co vyhlásí jménem republiky samosoudce nebo nařídí rada obce, pak je to právně závazné. Tak fungují normy zmocňovací. Skrze různé odkazovací normy může zákonodárce atrahovat do právního řádu i normy jiných normativních systémů, jak k tomu dochází v předpisech mezinárodního práva soukromého. To samé platí pro normy morální a etické. Uzavřeme-li spolu smlouvu a já řeknu, že v našem smluvním vztahu spoléhám na vaši poctivost, odkazuju toliko na morální normu, podle níž je správné být poctivý a špatné být nepoctivý. Řeknu-li, že podle § 7 občanského zákoníku je každý povinen chovat se ve smluvním vztahu poctivě, odkazuju na tuto normu právní. Jestliže zákon k morální normě nic nepřidává ani nic neubírá, mají obě normy stejný obsah. Ta druhá má však oproti té první zvláštní formu, totiž formu pramene práva.<sup>28</sup> Jenže na rozdíl od morální normy není univerzálně aplikovatelná.<sup>29</sup>

<sup>21</sup> Například podle Finnisovy teorie praktické rozumnosti (*practical reasonability*) jsou soudci povinni využít praktického rozumu k nalezení spravedlnosti s pomocí abstraktních principů morálky a konkrétních pravidel pozitivního práva. Shrnutí např. v POSTEMA, G. J. *Legal Philosophy in the Twentieth Century: the Common Law World*. Springer, 2011, s. 469–470.

<sup>22</sup> GERLOCH, A. *Teorie práva*. 6. vydání. Plzeň: Aleš Čeněk, 2013, s. 71 infra.

<sup>23</sup> BĀRĀNY, E. *Obsah a forma v určení platnosti práva*, s. 366.

<sup>24</sup> PROCHÁZKA, R. – KÁČER, M. *Teória práva*. Bratislava: C. H. Beck, 2013, s. 121.

<sup>25</sup> *Ibidem*, s. 122.

<sup>26</sup> O výsledku výkonu autority tady hovořím ve stejném významu jako Hart, Raz nebo Peczenik, tj. jedná se o výrok autoritativní nezávisle na jeho obsahu (*content-independence of commands*). HART, H. L. A. *Essays on Bentham*. Oxford: Oxford University Press, 1982, s. 254. Výrok působí jako *content-independent*-, respektive jako *authority reason*, viz RAZ, J. *The Morality of Freedom*. Oxford: Clarendon Press, 1986, s. 35–37; PECZENIK, A. *On Law and Reason*, s. 259.

<sup>27</sup> Přesněji „o tom, která pravidla [soudci] při svém rozhodování použijí.“ GERLOCH, A. – TRYZNA, J. Nad vázaností soudce zákonem z pohledu některých soudních rozhodnutí. *Právní rozhledy*. 2007, č. 1, s. 33.

<sup>28</sup> Alternativním vysvětlením by bylo, že v obou případech jde formálně i obsahově o tu samou normu, ve druhém případě však odkazují na takovou právní normu, jejímž obsahem je příkaz soudu onu morální normu právně vynutit. RAZ, J. *Practical Reason and Norms*, s. 153. Z tohoto vysvětlení se ale podle mě vytrácí tzv. vůdčí role práva (*the guiding function of law*) – § 7 občanského zákoníku je přece adresován v první řadě subjektům práva, kteří jsou jím vedeni, ne soudcům.

Nalézt oporu pro svrchovanost zákonodárce při určování pramenů práva v české a zahraniční literatuře však není jednoduché. Už dánský filozof Alf Ross upozornil na poněkud schizofrenní stav, do kterého by to uvrhlo soudce s právní povinností rozhodovat podle zákona.<sup>30</sup> Takový stav by byl založen na předpokladu, že soudci jsou při nalézání práva vázáni zákonem, jehož význam sami (alespoň v rámci umožňovaném významem slov zákona) autoritativně nalézají, což nás vede do začarovaného kruhu, kdy povinnost soudce stanovuje zákon, který soudce sám vykládá podle své zákonné povinnosti.<sup>31</sup> Taková svrchovanost zákona bezpodmínečně plyne snad jen z Blackstonova popisu britského parlamentního systému v 18. století.<sup>32</sup>

Alespoň empiricky, zákonodárce u nás není jediný, kdo o pramenech práva rozhoduje.<sup>33</sup> Samotní Gerloch a Tryzna poukazují třeba na vzrůstající vliv obecných právních principů v judikatuře soudů. Uvádějí příklad nálezu 30/1998 Sb., kde Ústavní soud dovodil princip počítání času v ústavním právu.<sup>34</sup> Návrh zákona, který prezident republiky vrátil Poslanecké sněmovně v sobotu, 15 dnů od jeho obdržení, byl sněmovně doručen následující pondělí. Prezident spoléhal na to, že „při uskutečňování ústavních pravomocí omezených lhůtami se bude postupovat tak, jak je běžné ve všech standardních právních systémech“. Ústavní soud mu i s poukazem na to, že se problematika ve vyspělých demokraciích řeší přes existující ústavní praxi, vyhověl.

A. Gerloch a J. Tryzna tak míní princip autority zákonodárce spíše jako apel, a dodávají, že „stanovení úplného souboru pravidel“ je „v podstatě nemožné“ a že dosáhnout stejného výkladu při realizaci abstraktních norem v konkrétních případech soudci „není pravděpodobně dost dobře možné“. Z jejich závěru je podle mě zřejmé, že autoři tam směšují dva problémy. Jedním je problém příslušnosti norem v právním systému, tj. otázka, kdo má autoritu rozhodovat o pramenech práva. Tím druhým je problém neurčitosti práva, a sice že žádný právní systém dopředu nedisponuje právním řešením pro všechny případy. Sami výše v článku analogicky rozlišují mezi problémem stanovení pramene práva a problémem zjistitelnosti obsahu právního pravidla. Mou pointou je to, že jsem schopný s jistotou vyloučit existenci obsahově úplného souboru právních pravidel, aniž bych jedním dechem zpochybňoval autoritu zákonodárce suverénně rozhodovat o pramenech práva. Třeba tzv. exkluzivní právní pozitivisté trvají na tom, že soudci mohou při svém rozhodování použít i neprávní normy, aniž by tím jejich formy povýšily na prameny práva.<sup>35</sup>

Ve skutečnosti je možné pokusit se poukázat na celou řadu způsobů, jak vysvětlit trvající autoritu zákonodárce bez nutnosti legitimizovat onu volnost, s jakou soudci po

<sup>29</sup> RAZ, J. *Incorporation by Law. Legal Theory*. 2004, Vol. 10, s. 2. Či přesněji, aplikovatelnost právní normy je určena jurisdikcí, aplikovatelnost morální normy je určena jejím obsahem (ibidem, s. 3).

<sup>30</sup> Alespoň soudce ve společenstvích respektujících dělbu moci, v nichž je zakázán autoritativní výklad zákona, jaký pro upevnění své moci volili někteří osvícenší panovníci v 18. a 19. století.

<sup>31</sup> ROSS, A. *On Law and Justice*. Berkeley: University of California Press, 1959, s. 104–105. Sám proto ve své knize, vydané ještě před Hartovým *Pojmem práva* (1961), hájil tzv. deskriptivní teorii pramenů práva, podle níž můžeme leda tak popsat, jak soudci při nalézání práva postupují, ne však dovodit jejich normativně udělené zmocnění.

<sup>32</sup> BLACKSTONE, W. *Commentaries on the Laws of England*. Boston: Beacon Press, 1962, § 49.

<sup>33</sup> Srov. argumentaci v RAZ, J. *Practical Reason and Norms*, s. 130–131.

<sup>34</sup> Nález Ústavního soudu č. 30/1998 Sb. ze dne 17. prosince 1997. Ponechávám otevřené, jestli šlo formálně o „princip“ nebo spíše o „pravidlo“ počítání času. Ať tak či onak, princip nebo pravidlo nemělo v Ústavě žádnou slovní oporu a Ústavní soud to ani netvrdil.

<sup>35</sup> GARDNER, J. *Legal Positivism: 5 1/2 Myths. American Journal of Jurisprudence*. 2001, Vol. 46, s. 199–226; SHAPIRO, S. *Legality*. Cambridge: Harvard University Press, 2011.



zákonem nepředvídaných pramenech práva sahají. Můžeme tvrdit, že soustředěním se na rozhodnutí a argumentaci soudů opomíjíme fakt, že zákonodárce tyto prameny práva autorizuje mlčky. Třeba Austin usuzoval, že „*když se zvyklosti stanou právními pravidly skrze rozhodnutí [zákonodárci] podřízených soudů, jsou takto vytvořená právní pravidla tacitními příkazy suverénního zákonodárce*“.<sup>36</sup> Přestože zákonodárce měl tu moc rozhodnutí Ústavního soudu v nálezu 30/1998 Sb. zvrátit, neučinil tak, tím pádem tuto praxi mlčky potvrdil. Nicméně, kdo jako já souhlasí s Hartem, tato hypotéza ho nepřesvědčí z toho důvodu, že zákonodárce mohl mít pro svou pasivitu jiné, třeba politické, důvody nesouvisející s jeho vztahem k akceptovatelnosti uvedeného principu jako principu právního.<sup>37</sup>

Jiné řešení se nabízí v konstrukci, podle níž soudní pravomoc vychází ze zákona, tudíž cokoliv soud při výkonu své pravomoci uzná za pramen práva, to jím ze zákona také je. Řešení ale stojí a padá na stejné premise jako to předchozí, navíc opomíjí fakt, že moc soudní vychází v první řadě z Ústavy. Někdo zase může trvat na tom, že výjimečné (marginální) případy uznání pramene práva mimo moc zákonodárnou nic nemění na tom, že těžším pojmu pramene práva je u nás tradičně zákon a zákonem delegovaná normotvorba (k tomu viz níže).

Čím déle pátráme po vrcholné autoritě zákonodárce při určování pramenů práva, tím více je zřejmé, že musíme opustit premisu, s níž jsme hledání začali. Zákonodárce nemá – a ve skutečnosti ani není důvod, proč by mít měl – vrcholnou autoritu rozhodovat o pramenech práva.

Potřebujeme sofistikovanější odpověď na otázku, čím je soudce při svém rozhodování vázán. Předpokladem je základní porozumění povaze práva a příslušnosti normy v právním systému. Teorie, které hledaly odpověď v hierarchickém uspořádání právního systému a které tak přisuzovaly formu pramene práva čemukoliv, co pocházelo od autority odvozené od autority nejvyšší (*the principle of origin*), tady rozebírat nebudu. U nás vlivný Hans Kelsen tvrdil, že „*členství normy v systému může být určeno z toho, že [norma] odvozuje svou platnost ze základní normy ustavující řád*“.<sup>38</sup> Ani zákonodárce podle Kelsena nemůže do právního řádu atrahovat něco, co by narušilo jednotu založenou základní normou.<sup>39</sup> Přesvědčivé argumenty pro odmítnutí Kelsenovy teorie příslušnosti a identity norem nabídli jiní.<sup>40</sup> Důvodem, proč o Kelsenově teorii dále neuvažovat, jsou i pochyby, které můžeme mít o užitečnosti pojmu platnosti práva pro řešení problémů právní filozofie.<sup>41</sup>

<sup>36</sup> AUSTIN, J. – RUMBLE, W. (ed.). *The Province of Jurisprudence Determined*. Cambridge: Cambridge University Press, 1995, s. 32.

<sup>37</sup> HART, H. L. A. *The Concept of Law*. 3rd edition. Oxford: Oxford University Press, 2012, s. 47.

<sup>38</sup> KELSEN, H. *Pure Theory of Law*. The Lawbook Exchange, 2005, s. 195.

<sup>39</sup> „[T]he source of unity is no longer one legislative body, it is one power-conferring norm.“ RAZ, J. *The Concept of a Legal System*. 2nd edition. Oxford: Oxford University Press, 1980, s. 95.

<sup>40</sup> Platnost každé normy právního systému se musí podle Kelsena odvozovat od historicky první ústavy. Parlament má pravomoc vydávat zákony, protože to stojí v Ústavě, a Ústava mohla Parlament zplnomocnit, protože ji přijalo ústavodárné shromáždění v souladu s ústavou předchozí. Kelsen ale podle Josepha Raze nedokáže vysvětlit, jak je možné, že třeba pravidlo z právního občeje se může vyvinout, aniž by to první ústava předvíдалa. Pravidlo považujeme za platné, mezi ním a první ústavou (potažmo Grundnormou), ale neexistuje řetězec platnosti. RAZ, J. *The Concept of a Legal System*. 2nd edition. Oxford: Oxford University Press, 1980, s. 107–108. Podrobnou kritiku nabízí John Finnis v FINNIS, J. *Revolutions and Continuity of Law*. In: FINNIS, J. *Philosophy of Law*. Oxford: Oxford University, 2011, s. 425 an.

<sup>41</sup> WESTERMAN, P. et al. *Legal Validity and Soft Law*. Springer, 2018; KÖPCKE, M. *Legal Validity*. Hart Publishing, 2019.

### 3. Pravidlo uznání

Sofistikovanější odpověď na otázku příslušnosti nabídl právní filozofii H. L. A. Hart. Elegance jeho řešení spočívá v tom, že o přípustnosti pramene práva rozhodují nikoli legislativní předpisy nebo hypotetická a neurčitá základní norma, nýbrž společenský fakt. Jako jeden z nedostatků „předprávní“ (*pre-legal*) společnosti identifikoval Hart nejistotu způsobenou pochybnostmi o tom, která pravidla jsou právně závazná a jaký je jejich přesný obsah. To napravují tzv. sekundární pravidla, tj. pravidla o pravidlech, a ta dovozují svou platnost z pravidla uznání. To může mít různé formy. Jakmile ve společnosti existují pochybnosti o tom, která pravidla jsou právně závazná, pravidlo uznání nás může odkázat třeba na pravidla chování evidovaná místním písařem, na moudra vyřčená vesnickým stařešinou nebo na praxi v ostatních vesnicích. Přestože se v moderních státech počítá s tím, že státní orgány odvozují svou autoritu z vůle zákonodárce a ta zase z vůle ústavního zákonodárce, řetězec platnosti (*chain of validity*) končí pravidlem uznání, které jediné v celém systému není normou, ale společenským faktem. Existence a obsah pravidla uznání je tak určen faktem, že určití lidé (*legal officials*) s tzv. interním hlediskem obecně přijímají určitá kritéria platnosti právní normy.

Z Hartových myšlenek lze dovodit, že pravidlo uznání se vztahuje k pramenům práva a teorie pramenů práva je zase zvláštním případem pravidla uznání.<sup>42</sup> Hart píše: „*Kdekoliv je takové pravidlo uznání přijato, disponují veřejní činitelé i ostatní osoby autoritativními kritérii pro zjištění primárních pravidel ukládajících povinnosti.*“<sup>43</sup> Ergo, kde je pravidlo uznání přijato, tam lze s jeho pomocí zjistit, co platí za prameny práva.

Co přesně znamená „obecné přijetí“ (*common acceptance*) a jestli je vůbec možné, si už v literatuře vysloužilo mnoho pozornosti<sup>44</sup> a smyslem tohoto textu není zrekapitulovat celou debatu o Hartově konvencionalismu. Dworkin každopádně trval na tom, že k obecnému přijetí nestačí jen shoda na určitém tvrzení standardů platnosti práva, např. že očividně disproporcionální zákonná úprava je neplatná, tj. shoda na nominálním užívání stejné fráze. Nutností je skutečná shoda na standardech platnosti práva samotných.<sup>45</sup> Někteří autoři zase doplňují, že současné praktiky a postoje právníků se nevytváří na zelené louce; mají své ukotvení v historii, tedy v tom, čemu se věřilo doposud.<sup>46</sup> Dějiny práva jsou koneckonců dějinami živelného formování pramenů práva, k jejichž uznání nebo určení došlo až na poměrně vysokém stupni vývoje (např. v římském právu).<sup>47</sup>

Sám Hart se v tomto ohledu vyjadřoval nepřesně, když jednou psal o obecném přijetí v praxi „*soudů, parlamentů, funkcionářů nebo řadových občanů*“, jindy čistě v praxi funkcionářů (tj. orgánů aplikujících právo), jindy pouze soudů.<sup>48</sup> Osobně si myslím, že otevřenost Hartova výčtu a důraz na slovo „praxe“ svědčí o tom, že performativní složka pravidla uznání byla pro Harta důležitější než ta subjektivní. Jinými slovy, kritéria platnosti

<sup>42</sup> BÁRÁNY, E. *Obsah a forma v určení platnosti práva*, s. 364–365.

<sup>43</sup> HART, H. L. A. *The Concept of Law*, s. 100.

<sup>44</sup> DWORKIN, R. *Law's Empire*. Cambridge: Harvard University Press, 1986, s. 35; MURPHY, L. *What Makes Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2014; SHAPIRO, S. What Is the Rule of Recognition (And Does It Exist). *Public Law & Legal Theory Research Paper*. 2008, No. 181.

<sup>45</sup> DWORKIN, R. *The Model of Rules*. *University of Chicago Law Review*. Vol. 35, Iss. 1, s. 14–45.

<sup>46</sup> MURPHY, L. *What Makes Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2014, s. 39; BÁRÁNY, E. *Obsah a forma v určení platnosti práva*, s. 366.

<sup>47</sup> BÁRÁNY, E. *Obsah a forma v určení platnosti práva*, s. 365.

<sup>48</sup> RAZ, J. *The Authority of Law*. Oxford: Clarendon Press, 1979, s. 92.



práva určují ti, kteří se debaty o nich skutečně účastní a používají přítom interní hledisko. Přirozeně, čím angažovanější v právu určitá osoba je, tím větší budou mít její postoje na pravidlo uznání dopad (proto Hartův důraz na orgány aplikující právo).<sup>49</sup> Navíc, ačkoliv byla Hartova teorie zamýšlena jako všeobecná, je zřejmé, že podmínky pravidla uznání ve Spojeném království v 60. letech minulého století se mohou lišit od podmínek v České republice v roce 2019.

S tím lze vyložit i čl. 95 odst. 1 Ústavy stanovující vázanost soudce zákonem. Pravidlo uznání u nás působí tím způsobem, že ačkoliv lze čl. 95 odst. 1 vykládat jako zavazující soudce aplikovat toliko zákon, platnou mezinárodní smlouvu a další prameny práva zákonem určené, nebylo by to souladu s „obecně přijatým“ (společenským) pravidlem.<sup>50</sup> V tomto světle je čl. 95 odst. 1 za středníkem, že soudce je oprávněn posoudit soulad jiného právního předpisu se zákonem nebo s takovou mezinárodní smlouvou, důležitější než část před ním, protože soudce zmocňuje (*power-conferring*) k přezkumu podzákoných předpisů. Část před středníkem naopak nezmiňuje to, co vrcholné soudy a ústavní právníci za prameny práva považují, ačkoliv tyto nespádají ani do jedné z kategorií v čl. 95 odst. 1, např. zmiňované právní principy. Naopak pokud by vrcholné soudy a ústavní právníci některý pramen práva neuznávali, těžko si představit, že by je v tom zbytek společnosti nenásledoval.<sup>51</sup>

Formální jednotu právního systému tedy může zajistit pravidlo uznání. Otázkou zůstává, co dělat, když na pravidlu uznání nepanuje shoda. Předně, Hart nikdy netvrdil, že pravidlo uznání vyžaduje jednohlasnost; stejně jako zvyk poslušnosti ale i ono počítá s chováním, které je obecné, byť ne nezbytně neměnné.<sup>52</sup> Hartův model je abstraktní a přesný počet členů skupiny, kteří musí kritéria platnosti práva uznávat, a přesně vymezené období, jak dlouho je musí uznávat, „*nás nemusí trápit o nic víc než otázka, kolik vlasů může mít člověk na hlavě, abychom ho ještě považovali za plešatého*“.<sup>53</sup> Jak primární, tak i sekundární pravidla se od zvyku poslušnosti liší právě tím, že ostatní členové skupiny reagují kriticky, jsou-li podle nich porušena. Hart by řekl, že pravidlo uznání se realizuje, nikoli popírá, kritizuje-li česká právní doktrína nález Ústavního soudu aplikující jiné než uznávané prameny práva. Pravidlo uznání tady má donucovací modus, tj. povinnost soudce aplikovat pouze normy s určitými vlastnostmi.<sup>54</sup>

Jak známo, Hart postuloval, že (primární) právní pravidla mohou být neurčitá (*indeterminate*), např. zakážou-li přítomnost vozidel v parku, aniž by z pravidla bylo zřejmé, týká-li se to i kočárků. To samé platí pro sekundární pravidla. Říká-li pravidlo uznání, že právem je to, co přijme královna v Parlamentu, ve velké většině případů to bude podle Harta určitým, jasným a konečným kritériem platnosti práva, jakkoliv nedokonalá mohou královnou takto přijatá pravidla být. Otazník může panovat maximálně nad tím, jak

<sup>49</sup> MURPHY, L. *What Makes Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2014, s. 35.

<sup>50</sup> MIKULE, V. – SUCHÁNEK, R. Čl. 95. In: SLÁDEČEK, V. – MIKULE, V. – SUCHÁNEK, R. – SYLLOVÁ, J. (eds). *Ústava České republiky*. 2. vydání. Praha: C. H. Beck, 2016, s. 1094.

<sup>51</sup> Jejich výhodou je organizovanost a hlavně jakýsi punc odbornosti. Třeba názory ombudsmana nebo NKÚ jistě mají svou váhu, ale myslím, že třeba rozhodnutí Rozšířeného senátu Nejvyššího soudu nebo sloupek ústavního právníka v celostátních novinách se těší největšímu vlivu.

<sup>52</sup> HART, H. L. A. *The Concept of Law*, s. 55.

<sup>53</sup> *Ibidem*, s. 56.

<sup>54</sup> RAZ, J. *The Authority of Law*, s. 93; SHAPIRO, S. *What Is the Rule of Recognition (And Does It Exist)*, s. 6. Z toho plyne, že ústavní právník na rozdíl od soudce (tím stále myslím kterýkoli orgán aplikující právo) nemůže pravidlo uznání porušit, protože mu není adresováno.

rozeznáme soudce vybočujícího z pravidla uznání (např. ostentativně rozhodujícího podle cizího práva) od soudce, který svou praxí pravidlo uznání dotváří. Pak záleží na tom, jestli pravidlo uznání vnímáme jako pravidlo latentní nebo operativní.<sup>55</sup> Zatímco latentní norma má potenciál působit na právní postavení svých adresátů, nebyla však dosud žádným orgánem aplikace práva použita k autoritativnímu rozhodnutí o právu, operativní norma takto použita už někdy byla, a tudíž práva a povinnosti fakticky ovlivňuje. Právní realista by mohl tvrdit, že pramenem práva je cokoli, co za něj ve svém rozhodnutí (operativně) označí soud. Tím by ale bylo předem vyloučeno, že soudce při aplikaci práva pochybil, respektive porušil svou ústavní povinnost.<sup>56</sup>

Pravidlo uznání se u nás ve skutečnosti plně realizuje už latentně. Z toho plyne, že soudce buď identifikuje pramen práva v souladu s pravidlem uznání, anebo v rozporu s ním, pak je ale výsledné rozhodnutí nikoli nezákonné nebo protiústavní, nýbrž mimoprávní, nicotné, bez právních účinků, soukromé rozhodnutí soudce mimo jeho pravomoc. Přeloženo do českého kontextu: rozhodne-li soudce o vaší věci tímto způsobem, poruší tím svou ústavní povinnost a zasáhne do vašeho práva na spravedlivý proces, ale nešlo by o nesprávné právní posouzení věci. Tím se vylučuje, že by soud dodal něčemu právní závaznost v rozporu s pravidlem uznání. Z toho plyne, že následující právní úkon, kterým se takto přijaté rozhodnutí označí za nicotné, může být pouze deklaratorní a slouží právní jistotě, aby nebylo pochyb o tom, že rozhodnutí nikdy nemělo právní účinky.<sup>57</sup>

Nicméně jakmile je pravidlo uznání neurčité, situace je komplikovanější. Třeba ústavní tradice Spojeného království vylučuje, aby suverénní Parlament sám sebe zavázal nějakou povinností, z níž by se stejným způsobem nemohl vyvázat. Co když se ale Parlament nezaváže k povinnosti, ale jen k procedurám a způsobům, jakým může o některých věcech rozhodovat (např. ústavní většinou), včetně rozhodnutí o změně této parlamentní procedury?<sup>58</sup> Britské pravidlo uznání podle Harta nedává jasnou odpověď. Hartovo řešení vede přes jedno ze sekundárních pravidel, pravidlo soudního rozhodování (*rule of adjudication*), které určuje, kdo má autoritu v takových pochybnostech rozhodnout.<sup>59</sup>

Vrátím-li se k nálezu 30/1998 Sb. (k počítání lhůt v ústavním právu), Ústavní soud v něm řekl: „[p]ramenem práva obecně [...] jsou základní právní principy a zvyklosti“, „[a]kceptace i dalších pramenů práva, kromě práva psaného (zejména obecných právních principů), evokuje otázku jejich poznatelnosti“, „[i] v českém právu takto platí a je běžně aplikována řada obecných právních principů, které nejsou výslovně obsaženy v právních předpisech. Příkladem je právní princip, dle něhož neznalost práva neomlouvá [...]“, „v oblasti práva ústavního pravidla počítání času“.

Šlo ze strany Ústavního soudu a) o aplikaci relativně určitého pravidla uznání, b) o rozhodnutí předvídané pravidlem soudnictví v situaci neurčitého pravidla uznání, anebo c) o rozhodnutí z určitého pravidla uznání vybočující? Podle Z. Kühna u nás může obecný právní princip působit jako „*autonomní pramen práva*“, tj. standard, který může být základem soudcovského rozhodnutí, a tudíž nezávisle na jakémkoliv prameni stanovovat práva a povinnosti.<sup>60</sup> Dodává, že „*právní princip lze racionálně rekonstruovat analýzou*

<sup>55</sup> PROCHÁZKA, R. – KÁČER, M. *Teória práva*. Bratislava: C. H. Beck, 2013, s. 249–250.

<sup>56</sup> RAZ, J. *Practical Reason and Norms*. Oxford: Oxford University Press, 1975, s. 142.

<sup>57</sup> Shodně RAZ, J. *The Authority of Law*. Oxford: Clarendon Press, 1979, s. 93.

<sup>58</sup> HART, H. L. A. *The Concept of Law*, s. 150.

<sup>59</sup> *Ibidem*.

<sup>60</sup> KÜHN, Z. Jsou právní principy a soudní rozhodnutí pramenem práva? *Časopis pro právní vědu a praxi*. 2001, č. 3, s. 240–241.

právního řádu“ a že je jeho „normativním předpokladem“. <sup>61</sup> Bez některých principů přestává být právní řád funkčním a racionálním systémem. <sup>62</sup> Je zřejmé, že podobně koncipoval právní principy v nálezu 30/1998 Sb. i Ústavní soud. <sup>63</sup> Naopak E. Bárány upozorňuje, že „[o]rgány aplikace práva i při používání právních principů jako pramenů práva užívají obvyklý slovník konstatování jejich existence, ale ve skutečnosti samy mění právní principy na platné právo. Stávají se tak faktickými tvůrci objektivního práva“. <sup>64</sup> Podle A. Gerlocha a J. Tryzny tím Ústavní soud principům „přiznal (nikoliv zcela nesporně)“ relevanci samostatného pramene práva.

Dworkin tvrdil, že spory mezi soudci a ústavními právníky představují pro Hartovo pravidlo uznání zásadní problém. Pokud se totiž dva dohadují o tom, na čem má být shoda, evidentně na tom shoda není; nemohou-li se shodnout na správném výkladu ústavní normy (respektive na správné interpretační metodě), tato norma z jejich pohledu správný výklad nemá. Podle Dworkina jsou proto kritéria platnosti právní normy morální fakta, nikoli společenská fakta, a naše odlišné názory na kritériích platnosti právních norem odráží odlišnosti našich názorů ve věcech mravních. <sup>65</sup>

Myslím, že Dworkinova kritika na český kontext sedí. Kámen úrazu tkví v tom, že když přijde na otázku kritérií příslušnosti normy do právního systému, příslušnost není spojena s žádným hmotným substrátem, o kterém bychom mohli odborně přemýšlet a diskutovat. <sup>66</sup> Zatímco teorii interpretace nebo principu proporcionality se nám v germánsko-slovanském kontextu podařilo „ztechničtět“ natolik, že příčiny rozporů standardně spatřujeme v mezi jednotlivci se lišící znalosti a pochopení práva, v kontextu pramenů práva samostatná referenční kritéria chybí. Čeští a slovenští teoretici tak své námitky formulují primárně jako ohrazení se vůči deviaci od *statu quo* (Bárány, Gerloch, Tryzna). <sup>67</sup> Pokud mají zastánci Dworkinova přístupu pravdu, i za těmito námitkami stojí postoje založené v konečném důsledku na názorech o politice a morálce. Ani názory hájící *status quo*, ani postoje hájící deviaci od *statu quo* nejsou v naší terminologii názory odborně právními. <sup>68</sup>

Navzdory výše uvedeným důvodům, proč pravidlo uznání není způsobilé zajistit formální jednotu práva, mohl by někdo namítnout, že na pravidlo uznání byly úmyslně kladeny vysoké nároky ve vztahu ke kontroverzním pramenům práva, jako jsou právní principy. Pokud bychom sestoupili z výšin právní filozofie do právní praxe, zjistili bychom, že náš právní systém formálně jednotný je, protože soudy v drtivé většině případů operují s konvenčními právními prameny a ve zbytku odůvodní použití alternativních pramenů takovým způsobem, že se setkají jen s ojedinelou, slabou a časově opožděnou reakcí kritičtější části *jiných právníků*. Cílem poslední části tohoto článku bude ukázat, že pravidlo uznání dnes může dosáhnout formální jednoty jen za cenu (dost znepokojivé) obsahové redukce práva.

<sup>61</sup> Ibidem.

<sup>62</sup> Ibidem.

<sup>63</sup> Nález Pl. ÚS 19/93 ze dne 21. 12. 1993.

<sup>64</sup> BÁRÁNY, E. *Obsah a forma v určení platnosti práva*, s. 374.

<sup>65</sup> SHAPIRO, S. *What Is the Rule of Recognition (And Does It Exist)*, s. 14–15.

<sup>66</sup> MURPHY, L. *What Makes Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2014, s. 38.

<sup>67</sup> To je, jak už bylo řečeno, problematické vzhledem k tomu, že prameny práva se neustále vyvíjejí.

<sup>68</sup> Odborník (právník) podle mě nevystupuje jako odborník (právník), pokud jeho obor (právo) nenabízí žádná referenční kritéria pravdivosti jeho odborných (právních) názorů. Jeho názory mohou při nejlepším konstituovat analýzu filozofickou (např. konceptuální analýzu pojmu právo), ne však právní.

#### 4. Pravidlo uznání v éře decentralizované regulace

Svůj argument založím na jednoduchém poznatku, že systém pramenů práva odráží mocenskou situaci ve společnosti.<sup>69</sup> S proměnami veřejné moci se tak vyvíjely i prameny práva. Moderní společnosti se organizovaly v národních státech s hierarchickou strukturou výkonné moci podřízené suverénnímu anebo suveréna zastupujícího parlamentu, které fungují optimálně v právním prostředí charakterizovatelném jako právo normativních právních aktů, jejichž hierarchie kopíruje strukturu veřejné moci.<sup>70</sup> Takto tvořené státní právo však čím dál intenzivněji soupeří o teritorium s právem mezinárodním a evropským, případně s alternativními způsoby regulace chování ve společnosti (tzv. decentralizovaná regulace).<sup>71</sup>

Jak jsem avizoval v úvodu, nemám v úmyslu oprostít se tady od klasického spojení mezi právem a veřejnou mocí. Vázanost soudce právem by neměla žádný smysl, kdyby se právo ztotožňovalo s regulací trhy, náboženskými organizacemi nebo sociálními sítěmi.<sup>72</sup> Ti, kteří u nás participují na pravidlu uznání, to vědí, a proto favorizují formální prameny práva, přinášející přehlednost a právní jistotu. Tím se nevyklučuje, že cizí prvky jsou právem inkorporovány, podstatné ale je, že soudce sám zůstává vázán vlastním systémem norem. Pokud by nebyl, nelze předem vyjasnit, které normy on za právní označit může, což formální jednotu práva, jak jsem uvedl, vylučuje.

U inkorporace se na chvíli zastavme. Situace, kdy právo vtáhne čili přijme za své (inkorporuje) cizí prvky, lze příhodně označit jako právní „*outsourcing*“. Mezinárodní právo soukromé standardně „*outsourcuje*“ řešení právních problémů do cizích právních řádů. Občanské právo hmotné standardně *outsourcuje* morálce. Celý český právní řád *outsourcuje* Evropské unii (čl. 10a Ústavy). Nemusí to být ale jen cizí normativní systémy. Třeba pravidla dokazování nebo systém dozorů a kontrol *outsourcují* vědě. Cizí prvky však *musí* být právem inkorporovány, jinak se *outsourcovat* nemůže, což je rovněž základní poznatek systémové teorie: společenské subsystémy jsou normativně uzavřené, ale kognitivně otevřené, a mají-li si zachovat svou autonomii, musí komunikovat vlastním kódem (legální-nelegální) a do něj cizí prvky i *přeložit*.<sup>73</sup>

Podle Shapira představuje inkorporace pro Hartovo pravidlo uznání problém. Pravidlo uznání totiž říká, že právem je vše, co mají soudci povinnost aplikovat. Jestliže ale mají soudci povinnost aplikovat normy jiných normativních systémů, prizmatem pravidla uznání se tím stávají součástí právního řádu. Pravidlo uznání tím z práva činí „*vodní vír, který svým chřtánem pozře pravidla ostatních normativních systémů*“.<sup>74</sup> Z toho plyne, že odkazuje-li česká právní norma na normu morálky nebo normu polského právního řádu, nestanou se tím ony českým právem, protože českým právem je pouze česká právní norma, jejíž *obsah* je nyní stejný jako obsah předmětné morální nebo polské normy.<sup>75</sup>

<sup>69</sup> BÁRÁNY, E. *Obsah a forma v určení platnosti práva*, s. 366–367.

<sup>70</sup> *Ibidem*.

<sup>71</sup> BLACK, J. *Critical Reflections on Regulation*. London: Centre for Analysis of Risk and Regulation, 2002.

<sup>72</sup> Formálnost pramenů práva tak představuje důležitý nástroj udržení centralizované moci (viz např. odepírání precedenční závaznosti soudních rozhodnutí v kontinentálních systémech).

<sup>73</sup> LUHMANN, N. *Law as a Social System*. Oxford: Oxford University Press, 2008.

<sup>74</sup> SHAPIRO, S. *What Is the Rule of Recognition (And Does It Exist)*, s. 12.

<sup>75</sup> Obdobně Raz, který tvrdí, že jedna norma takto může „dát účinek“ (*give effect*) druhé normě, aniž by z ní udělala součást jejího systému. RAZ, J. *Incorporation by Law*. *Legal Theory*. 2004, Vol. 10, s. 10 a 15.

„Inkorporacionismus“ spočívající ve vtažení cizího prvku  $x$  do korpusu právního systému  $y$  (adopcce  $x$ ) zde však obhajován není. Spíše než o adopci  $x$  mi jde o jeho translaci do právního kódu. Když říkám, že cizí prvky *musí* být právem inkorporovány, míním tím pouze to, že právní norma nemůže znít třeba „*smlouva je krásná, pokud ji za krásnou považují všichni členové senátu*“, protože standard krásy<sup>76</sup> není právnímu kódu (legální-nelegální) vlastní.<sup>77</sup> Nic ale nebrání tomu, aby norma zněla „*smlouva je platná, pokud ji za krásnou považují všichni členové senátu*“. To bych považoval za outsourcing právní regulace do oblasti estetiky s využitím inkorporace (translace) estetiky do práva.

Spoléhá-li se významná část právních předpisů na outsourcing standardů chování do jiných společenských subsystémů, pravidlo uznání může znít, že – použijeme-li českou terminologii – formálním pramenem práva zůstávají právní předpisy, při jejich studiu si však musíme pomoci dalšími zdroji poznání práva. Problémem je, že nic nebrání tomu, aby byly tyto „zdroje poznání práva“ samy obětmi pochybností o standardech, které k nim přísluší. Nemusí být a zpravidla ani nejsou pevně ohraničené. Soudce třeba může být postaven před otázku, jestli jsou statistiky provedené mezivládní neziskovou organizací označitelné jako věda nebo ne. Pokud existuje referenční hledisko, ke kterému se může v pochybnostech obrátit, je zřejmé, že to *nebude* to samé, ke kterému by se obrátil v situaci pochybností o konvenčních pramenech práva, např. o právním obyčeji. Pak ale musí existovat ne jedno, ale více pravidel uznání, tedy i více právních systémů.<sup>78</sup>

Co je zásadnější, i kdyby byly morálka, věda nebo cizí právní systémy pevně ohraničené, pravidlo uznání přestává být v „outsourcingově založeném“ právním řádu zajímavé. Není totiž zřejmé, co zbývá z autority práva, jestliže se právo systematicky opírá o jiné normativní zdroje; právem není *tento* standard, ale kterýkoli standard, který určí *tamtén* subsystém. K regulaci chování (*rule-setting*) vlastně dochází jinde (ne na půdě ministerstva nebo Parlamentu, na úřadě nebo v soudní síni) a právo se spokojuje pouze s „nálepkováním“ pravidel, která se mu vyvíjejí, rozvíjejí a svíjejí pod rukama, jako *právních*, tak jako je pro Saint-Exupéryho krále důležité, aby alespoň *vypadal*, že diriguje Malého prince, když mu nařizuje a zakazuje, pro co se už Malý princ rozhodl. Systém, který se pravidlo uznání snaží formálně sjednotit, v současnosti podstupuje redukci do souboru odkazů. Souborem odkazů je ale třeba i katastrální mapa nebo počítačový kód. Právo (jako systém obsahově nabitých norem) pravidlo uznání formálně sjednotit nedokáže.

<sup>76</sup> Byl jsem upozorněn na skutečnost, že standard krásy je někdy právně relevantní kategorií, což plyne např. z § 1 zákona ČNR č. 114/1992 Sb., o ochraně přírody a krajiny, který sleduje ochranu přírodních krás. Je nerozhodné, připomínka pokračuje, že aplikační orgán používá krásu jako pouhou proměnnou predikátu („*smlouva je platná, pokud ji za krásnou považují všichni členové senátu*“), když o hodnotě proměnné (krásný nebo ne) rozhodne opět orgán aplikace práva. Myslím, že na té připomínce něco je. Vzhledem k tomu, že sebeotevřenější právo musí alespoň usilovat o dojem vlastního kódu, aby si zachovalo svou autonomii, doufám, že výrok nad poznámkou pod čarou je akceptovatelný alespoň jako výraz praktické nutnosti, když už ne analytické přesnosti.

<sup>77</sup> Ze stejného důvodu právo nepřipouští, aby soudní znalci rozhodovali o *questionaes iuris* (např. jestli byl kdo nepřičetný), ale jen o *questionaes facti* (jestli kdo měl duševní poruchu a jestli kdo nemohl rozpoznat protiprávnost nebo ovládat své jednání).

<sup>78</sup> K alternativnímu názoru, že jeden právní systém může obsahovat víc než jedno pravidlo uznání, viz RAZ, J. *The Authority of Law*, s. 147.

## **Formal Unity of Law**

Martin Madej

Abstract: This article considers the formal unity of the system of law. In a formally unified legal system, there is in principle no doubt about which rules fall within the system and how to determine their content. The author tries to show how the formal unity relates to judge's duty to law (Art. 95 of the Czech Constitution) and to the concept of the source of law. Special attention is paid to the rule of recognition and its ability to ensure formal unity of law in the situation of regulatory "outsourcing" to other social sub-systems.

Key words: Hart, rule of recognition, unity of law, legal system, systemicity of law, source of law, adjudication