

PŘÍSPĚVKY K BUDOUCNOSTI OBORU

Co je v právu dovoleno a co je zakázáno

Jan Tryzna*

Abstrakt: Text hledá odpověď na zdánlivě samozřejmou otázku týkající se toho, jaké chování je v právu dovoleno či zakázáno. Snaží se dokázat, že odpověď je složitá nikoliv pouze z toho důvodu, že současné právo představuje mimo jiné velmi složitý soubor pravidel chování, nýbrž také proto, že je mnohdy záměrně a soustavně zpochybňován obsah těchto pravidel jejich adresáty. Příčiny tohoto jevu se snaží odhalit a ukázat na příkladech. V pozadí se odhaluje napětí mezi konceptem demokracie a konceptem lidských práv.

Klíčová slova: právní norma, mody normativnosti, příkaz, zákaz, dovolení, legální licence, lidská práva

Úvod

Odpověď na otázku, co je v právu dovoleno a co zakázáno, se na první pohled jeví jako samozřejmá. Na právní řád nahlížíme především jako na soubor příkazů, zákazů a dovolení určitého chování. Z toho plyne, že dovoleno či zakázáno je právě takové chování, které právní řád výslovně nebo mlčky dovoluje nebo výslovně zakazuje. Tomuto přístupu k právu koresponduje aletické pojetí subjektivního práva, jak jej chápal například Viktor Knapp.¹ Toto pojetí převažuje nejen v současné tuzemské teorii, ale je zřetelně vyjádřeno například v § 1 odst. 2 občanského zákoníku, který stanoví: „*Nezakazuje-li to zákon výslovně, mohou si osoby ujednat práva a povinnosti odchylně od zákona.*“

Je tomu však skutečně tak, že v právu je dovoleno či zakázáno to, co na první pohled z právního řádu plyne? Cílem je ukázat, že odpověď na tuto otázku je ve skutečnosti nejednoznačná. Právní řád je někdy považován za nejednoznačný systém pravidel chování vzhledem k jeho rozsáhlosti a komplexitě, různým normotvorným ohniskům nebo různému stupni závaznosti pravidel jej tvořících, která proto mohou být více či méně kontradiktorní. Je však možno dokázat, že příčina nejednoznačnosti právního řádu a z toho plynoucí nejednoznačnost určení dovoleného či zakázaného chování spočívá i v něčem jiném.

1. Charakteristické rysy právního řádu

Mám-li se zabývat otázkou, co je v právu dovoleno a co je zakázáno, je nutné nejprve objasnit, co si představuji pod pojmem práva, respektive právního řádu. Právní řád považuji především za soubor heteronomních pravidel chování cíleně utvářených k tomu povolánými normotvornými orgány. Své adresáty právo motivuje k vyžadovanému chování hrozbou sankcí, které spojuje s překročením mezí dovoleného chování nebo s chováním zakázaným.

Pravidla obsažená v právním řádu tedy charakterizují tři vlastnosti.

* Doc. JUDr. Jan Tryzna, Ph.D., Právnická fakulta Univerzity Karlovy. E-mail: tryzna@prf.cuni.cz. Autorský přepis habilitační přednášky přednesené před vědeckou radou Právnické fakulty Univerzity Karlovy v Praze na zasedání vědecké rady dne 4. 6. 2020.

¹ KNAPP, V. *Teorie práva*. Praha: C. H. Beck, 1995, s. 193.

Za prvé jsou stanovována heteronomně. To znamená, že o obsahu právních pravidel se bezprostředně nevyjednává s těmi, kteří těmto pravidlům budou podrobeni. Adresáti těchto pravidel tak nemají bezprostřední možnost, jak jejich obsah ovlivnit.

S tím úzce souvisí vlastnost druhá, totiž že normotvorná pravomoc příslušných orgánů je odvozena od těch, jimž jsou následně přijatá pravidla chování tvořící právní řád adresována. Tato skutečnost je zdrojem legitimacy činnosti normotvorných orgánů, avšak tato legitimita je v podstatné míře jen procedurální. Zmocňuje k tvorbě pravidel, avšak neurčuje jejich obsah.

Přesto existují určitá omezení, jimž jsou normotvorné orgány podrobeny nejen procedurálně, nýbrž též materiálně. Tím se dostávám nejen ke třetí typické vlastnosti současného právního řádu, ale zároveň k zásadní otázce méj přednášky, a sice co může být právním řádem dovoleno či zakázáno. O jaká omezení se jedná?

2. Tři fáze vývoje role lidských práv v právním řádu

Domnívám se, že nejvýznamnějším elementem, který determinuje určení dovoleného a zakázaného chování, jsou v současné době lidská práva a svobody. Jsou to právě lidská práva a svobody, jejichž chápání zásadně ovlivnilo proměnu vztahu státu a člověka, vztahu lidí a právního řádu. Vývoj tohoto vztahu lze s určitým zjednodušením popsat ve třech fázích.

V první fázi je právní řád chápán jako nástroj sloužící k zajišťování chodu státu a udržení jeho existence; stát je spojován s mocenským aparátem, jehož sféry se sbíhají v rukou panovníka. Jeho posláním je ochrana a rozšiřování jemu svěřeného státu. Co mám na mysli, lze demonstrovat na příkladu deportace Karla Havlíčka Borovského do Brixenu bez řádného rozhodnutí soudu, což ukazuje, že jednotlivce je podřízen zájmům státu a je spíše objektem právní regulace.

Druhá fáze spojená s modernitou je charakterizována obrácením poměru mezi státem a jednotlivcem: člověku je přiznán právní status a tento právní status je uznán i politickou mocí. Je uznána důstojnost, svoboda a rovnost člověka. Právní řád je budován na principu univerzalizmu, což znamená, že právo zahrnuje všechny lidské bytosti, egalitarismu, což znamená, že právo reguluje chování jednotlivců za rovných podmínek, a liberalismu, což znamená, že právo reguluje jen nezbytné společenské vztahy. Důraz na svobodu jednotlivce se projevuje v konceptu negativní svobody, tedy svobody nebýt k něčemu nucen, a v konceptu svobody pozitivní, tedy svobody počínat si určitým způsobem. Autonomie lidské vůle odpovídající konceptu svobody se projevuje jednak jako možnost počínat si právem nezakázaným způsobem, jednak jako možnost určovat svůj vlastní osud svými rozhodnutími. Odpověď na otázku, co je v právu dovoleno a co je zakázáno, je zde zřejmá. Zakázané je to, co právo zakazuje, a vše ostatní je dovoleno. Právo přitom může člověku zakázat jen to, co je škodlivé společnosti. To, co je škodlivé společnosti, je formulováno jako výsledek politického konsensu. Jednotlivec obsah právního řádu nemůže převážně přímo ovlivnit. Extenzi legislativy se může člověk bránit poukazem na excesivní zásah do své principiálně uznané svobody.

Připomeňme, co je podstatou autoritativní, a tedy cílené a heteronomní tvorby práva.

Taková tvorba právního řádu předpokládá přijetí rozhodnutí o dvou kategoriích skutečností. Jde jednak o výběr právně relevantních okolností, které podmiňují určité chování, jednak o určení dovoleného nebo zakázaného chování, které je s těmito okolnostmi spojováno. Obojí je projevem politického rozhodování.

Případný nesoulad mezi takto utvořenými pravidly chování a garancemi postavení jednotlivce v podobě lidských práv se zpravidla řeší až ve fázi aplikace práva. Ochrana je jednotlivci, respektive menšinám, poskytována primárně proti individualizovaným rozhodnutím, případně jiným individualizovaným postupům orgánů státu. Ochrana v této podobě jednotlivci nepřísluší vůči samotnému normativnímu aktu, nýbrž až proti způsobu jeho realizace. Odstranění normativního aktu na popud jednotlivce je spíše výjimkou, případně vedlejším důsledkem úspěšného dovolání se ochrany konkrétního práva či svobody. To vše je typické pro již zmiňovanou druhou fázi vývoje vztahu jednotlivce a státu, vztahu jednotlivce a právního řádu. Demonstrací takové situace může být náleze Ústavního soudu sp. zn. Pl. ÚS 2/10. Tento náleze zrušil omezení přístupu k nepravomocným rozsudkům na základě zákona o svobodném přístupu k informacím. Dalším příkladem může být náleze sp. zn. Pl. ÚS 1/03 týkající se zákonem výslovně zakotvené možnosti neodůvodnit usnesení Nejvyššího soudu, kterým bylo odmítnuto dovolání jako nepřipustné².

3. Aktuální podoba vztahu jednotlivce a právního řádu

Dostávám se ke třetí fázi vztahu vývoje člověka a právního řádu. Fázi, která po mém soudu nastupuje právě v současnosti, fázi, kdy se stává nejednoznačným, co je v právu dovoleno a co zakázáno. Za její charakteristický rys lze považovat rozšíření hranic autonomie vůle člověka. Ta se již neomezuje jen na výběr z možných alternativ jeho chování, ale začíná se prosazovat určováním samotných předpokladů takového chování. Co je v právu dovoleno a co je zakázáno, se tím problematizuje, neboť právní řád do určité míry ztrácí podobu heteronomně utvářených pravidel chování, jež jsou výsledkem autoritativní a cílené normotvorby.

Tato třetí fáze vývoje vztahu jednotlivce a právního řádu je charakteristická kvalitativním posunem. Jeho podstatou je jednak snaha o změnu právních pravidel (tj. nikoliv pouze jejich eventuální odstranění), ale zejména o redefinici výchozích právních skutečností. Jde o vyjádření nesouhlasu nikoliv s tvorbou pravidel chování určitého obsahu, nýbrž s provedenou volbou těch právních skutečností, na nichž právě dovolené nebo zakázané chování závisí. Jednotlivec tím kreativně vstupuje do sféry dosud vyhrazené normotvorným orgánům, totiž do pravomoci definovat skutkové podstaty, s nimiž je dovolené nebo zakázané jednání spojováno. Děje se tak mimo tradiční politický proces s využitím jiných nástrojů, než jsou nástroje politické soutěže, ať již ve formě reprezentativní, či přímé demokracie.

Konkrétním příkladem tohoto druhu byl návrh na vyslovení protiústavnosti ustanovení § 72 odst. 1 zákona o rodině předložený Ústavnímu soudu. Toto ustanovení ve svém důsledku³ znemožňovalo osvojení dítěte nesezdaným partnerem jeho rodiče. Podstata návrhu spočívala v argumentu, že podmínka pro osvojení dítěte spočívající v uzavřeném manželství rodiče a osvojitele porušuje právo na ochranu soukromého a rodinného života, jakož i právo dítěte na respektování jeho zájmu.

² Tato možnost vyplývala z ustanovení § 243c odst. 2 zákona č. 99/1963 Sb., občanského soudního řádu, ve znění do 30. 4. 2004.

³ Toto ustanovení znělo: „Osvojením zanikají vzájemná práva a povinnosti mezi osvojencem a původní rodinou.“ Logickým důsledkem osvojení mezi nesezdanými partnery by tak byl zánik práv a povinností mezi biologickým rodičem a dítětem. Pro manžela osvojitele však obsahoval odstavec druhý téhož ustanovení výjimku.

Ústavní soud posuzoval, zda je na místě rozlišovat mezi manželským a nemanželským soužitím. Připustil, že povaha vztahů mezi rodičem a dítětem není primárně právní, nýbrž sociální kategorií. Za zásadní argument však považoval zvýšenou míru ochrany, jež se dostává dítěti v případě rozpadu vztahu jeho rodičů žijících v manželství na rozdíl od osob nesezdaných. Názor Ústavního soudu však nebyl jednomyslný. Disentující stanovisko stálo na nutnosti prosazení nejlepšího zájmu dítěte, tedy normativně nezohledněné kategorie objektivní reality, jež měla dostat přednost před jinou kategorií objektivní reality, tj. existencí manželských svazků. V jádru tak kritika mířila na chybný předpoklad zákonodárce ohledně volby výchozích skutečností, totiž předpokládanou stabilitu manželských svazků oproti nestabilitě soužití v nesezdaných párech.

Typově podobným případem se stala dosud definitivně nevyřešená otázka ústavnosti § 29 odst. 1 občanského zákoníku. Ten požaduje jako podmínku pro změnu pohlaví podstoupení chirurgického zákroku vedoucího ke sterilizaci. Zákonem vyžadovaný zákrok lze považovat za zásah do tělesné integrity, a je proto otázkou, zda zákon může podmínku zakotvit s ohledem na ústavní ochranu tělesné integrity jednotlivce a ochranu soukromí a rodinného života. Podle Nejvyššího správního soudu, který rozhodoval o této otázce, o nepřípustný zásah do tělesné integrity člověka nešlo. Nejvyšší správní soud tak zaujal opačné stanovisko než ESLP v rozhodnutí *A. P. Garçon a Nicot proti Francii* (rozhodnutí ze dne 6. 4. 2017). Zde dospěl ESLP k závěru, že je nepřípustné podmiňovat úřední změnu pohlaví požadavkem takových tělesných změn, jež vedou ke sterilizaci. Ve vztahu k volbě výchozí právní skutečnosti, totiž požadavku chirurgického zákroku, Nejvyšší správní soud uvedl, že podle něj není *pro futuro* vyloučeno, aby se právní úprava pohlaví odvíjela od jeho subjektivního pojetí závislého nikoliv na objektivním fyziologickém stavu, nýbrž na rozhodnutí každého jednotlivce. K tomu je však potřeba širokého společenského konsensu, který musí nalézt odezvu v pozitivním rozhodnutí zákonodárce. Je otevřenou otázkou, jak tento problém vyřeší Ústavní soud, k němuž byl podán návrh na zrušení příslušného ustanovení občanského zákoníku.

Závěr

Co z uvedeného vyplývá? Podle mého názoru to, že meze dovoleného a zakázaného chování jsou v současné době rozostřovány zpochybňováním předpokladů, s nimiž je dovolené nebo zakázané chování spojováno v právním řádu utvářeném jako výsledek většinového politického rozhodování. Případy založené na zpochybnění nikoliv samotných existujících pravidel chování, nýbrž na zpochybnění okolností, s nimiž je takové chování spojováno, se stávají častějšími. Děje se tak mimo demokratický diskurs vytvářející vůli většiny při současné ochraně práv jednotlivců i menšin. A právě tento jev je důvodem, proč bude určení toho, co je v právu dovoleno a co je naopak zakázáno, stále komplikovanější.

Avšak pro efektivní fungování společnosti je přece důležitá nejen ochrana postavení jednotlivce, ale též hodnota právní jistoty, a tedy stability práva, která je též esenciálním předpokladem soudržnosti společnosti.

Pokud stále platí Ciceronův výrok „*ubi societas, ibi ius*“, tj. tam, kde je společnost, je i právo, bylo by ztrátou, aby ze společnosti zmizelo i právo v podobě heteronomně stanovených, obecných a prospektivně působících pravidel určujících to, co je po právu dovoleno a co zakázáno.

What is Permitted and Prohibited in Law

Jan Tryzna

Abstract: The paper strives to answer a seemingly apparent question about permitted and forbidden behavior in law. The aim is to show that the answer is complicated not only due to the fact, that law is a very complex system of legal rules. The true nature rests in fact, that rules comprised in law are quite often deliberately challenged by their recipients. The paper strives to show the cause and present examples. Inter alia, there is tension between the concept of democracy and concept of human rights present in the background.

Key words: legal rule, modus of normativity, order, prohibition, permission, allowed behavior, human rights