

Univerzita Karlova v Praze
Právnická fakulta

Jiří Šimek

Morální argumentace v rozvažování soudů při aplikaci práva

Diplomová práce

Vedoucí diplomové práce: JUDr. et PhDr. Jan Wintr, PhD.

Katedra: Katedra teorie práva a právních učení

Datum uzavření rukopisu: 13. 2. 2012

Králi šlo totiž o to, aby se uznávala jeho autorita. Nestrpěl neposlušnost. Byl to absolutistický mocnár. Ale byl také velký dobrák, a proto dával rozkazy rozumné.

Antoine de Saint-Exupéry: *Malý princ*

K tomu viděl sem, že všechno to umění jen na chuti některých založeno bylo, že se tomu neb onomu to neb ono za právo ustanoviti vidělo, tak toho jiní šetří; aneb (znamenal sem to tu) jak se kterému mozku zavrtí, tak hradby neb mezeru dělá a boří.

Jan Amos Komenský: *Labyrint světa a ráj srdce*

Prohlašuji, že jsem předkládanou diplomovou práci vypracoval samostatně, všechny použité prameny a literatura byly řádně citovány a práce nebyla využita k získání jiného nebo stejného titulu.

V Praze dne

Obsah

Obsah	4
Úvod	5
1. Morálka - pojem a její vztah k právu	6
1.1. Humanitní vědy v postmoderní době	6
1.2. Morálka	7
1.3. Etika	10
1.4. Povaha morálních norem	11
1.5. Vztah práva a morálky	14
1.6. Morální rozměr aplikace práva před soudem	22
2. Zákonem zakotvený průnik morálního a právního světa	25
2.1. Mravnost v právu	25
2.2. Zásada equity v soukromém právu	26
2.3. Dobré mravy práva občanského	27
2.4. Dobré mravy jako slušnost	32
3. Právní interpretace perspektivou fenomenologické hermeneutiky	34
3.1. Právní interpretace	34
3.2. Fenomenologická hermeneutika	35
4. Morální argumenty v metodice právní interpretace	42
4.1. Základní klasifikace argumentů	44
4.2. První omezení argumentů použitelných soudy - racionální	45
4.3. Druhotné omezení argumentů - potřeba plurality argumentů	47
4.4. Vymezení oblasti soudní argumentace	48
4.5. Interpretační pravidlo v novém občanském zákoníku	52
4.6. Možnosti použití jednotlivých argumentů	53
Závěr	56
Seznam použité literatury	57
Abstrakt: Morální argumentace v rozvažování soudů při aplikaci práva	61
Abstract: Moral reasoning in deliberating of courts during the application of law	62

Úvod

Mezi právem a morálkou existuje zvláštní vztah. Existence dvou normativních systémů obsahově si relativně podobných, přesto si často odporujících, zajímala filosofy i právní teoretiky od nepaměti. Už Sofokles ve hře *Antigoné* rozvíjel tragédii na pozadí rozporu tradičního morálního příkazu a příkazu suveréna. Rozpor byl později rozvinutý jako spor přirozenoprávní a pozitivistické školy.¹

Podle pozitivistické teze oddělitelnosti neexistuje mezi právem a morálkou nutný vztah.² Může se soudce aplikující právo skutečně zcela oprostít od používání morálních argumentů? Vedlo by takové přísné oddělení ke spravedlivějšímu rozhodování? Může soudce na druhou stranu vtáhnout morální normu do práva a za jakých podmínek? To jsou základní otázky, na které bych rád alespoň částečně odpověděl. Není v možnostech této práce uchopit letité téma oddělení práva a morálky v celistvosti. Předkládám tedy jeden z možných pohledů na vztah práva a morálky, tentokrát z perspektivy rozhodujícího soudce.

V první kapitole (definiční) bych rád vybudoval pojmosloví, na kterém bude další práce závislá. V dalších kapitolách budu zkoumat, alespoň typově, kdy a za jakých podmínek by mohla morálka pronikat do rozhodování soudu. Prokážeme-li, že soudce v některých případech může (nebo musí) morální normu vtáhnout do svého rozhodování, bude nasnadě přísnou formu oddělení práva a morálky odmítnout.



Tato práce by nevznikla bez trpělivého vedení a několika trefných poznámek JUDr. PhDr. Jana Wintra, PhD., kterému bych rád za vedení práce poděkoval.

Lví podíl na tom, že je tato práce relativně bez gramatických chyb, mají Bc. Lenka Marounková a Mgr. Martin Froněk, proto patří dík i jim.

Stejně tak bych rád poděkoval mým rodičům, zvláště za trpělivost se kterou přistupovali k délce mého psaní.

¹ *Přibáň, J.*: Lesk a bída právního pozitivismu in *Přibáň, J. (ed)*: Právo a dobro v ústavní demokracii, Sociologické nakladatelství (SLON), Praha 2011 str. 28 a násl.

² *Sobek, T.*: Zrušte Listinu základních práv a svobod! in <http://teorieprava.blogspot.com/2009/06/zruste-listinu-zakladnich-prav-svobod.html>.

1. Morálka - pojem a její vztah k právu

1.1. Humanitní vědy v postmoderní době

Zkoumání v oblasti humanitních věd není v naší epoše ničím jednoduchým. Někteří autoři mluví o postmoderní době, jiní o krizi věd. V podstatě jde ale o totéž – dekonstruktivistickou tendenci posledních 50 let. Současnou dějinnou situaci velmi trefně popsal A. MacIntyre ve své knize *Ztráta ctnosti*. Představuje svět po globální katastrofě, kde přebírá moc politické hnutí „nic nevědět“, které zavírá a popravuje všechny vědce. Po nějaké době se proti tomuto politickému hnutí zvedne odpor a někteří lidé se pokusí vědu znovu obnovit. Všechno, co jim zbylo, jsou pouhé trosky a zlomky původního vědění: „mají útržky teorií, ale bez jakékoliv vazby na pokusy, mají nástroje, které neumí používat, mají neúplné kapitoly knih, jednotlivé stránky článků.“³ Všechny tyto útržky vědění jsou opět včleněny do nových oborů poznání. Lidé se učí nazpaměť fragmenty znalostí bez tak důležitého kontextu a nikdo si není vědom toho, že to, co provozuje, není přírodní věda v pravém slova smyslu.⁴ Obdobnou situaci vidí MacIntyre v etice. Máme pojmy jako morálka, etika, spravedlnost, dobro, ale nejsme si příliš jistí, co vlastně přesně znamenají. Obdobný pohled, i když ne tak tragický, představuje Z. Bauman – moderní svět vidí jako labyrint, kde vědci hledají pověstnou Ariadninu nit. Čím víc ji hledají, tím je labyrint pevnější a zamotanější. Labyrint má jasný cíl – střed, Minotaura, pravdu. Postmoderní svět se z tohoto pohledu podobá spíše poušti – zkušený cestovatel ví, kde jsou světové strany, dokáže se orientovat, ale volba směru závisí přímo na něm. Je odsouzen ke svobodě.⁵

Co to všechno znamená pro etiku? Současná doba klade morálnímu zkoumání řadu podmínek, jež musí splnit. Existence plurality etických koncepcí, které spolu soupeří ve společenském diskursu, vede nutně k tomu, že argumentační linie jednotlivých koncepcí se už nesmí vymezovat jen proti nemorálnímu (egoistovi – nemorálnímu člověku), ale musí se postavit i všem ostatním koncepcím morálky.⁶ Stejný problém nastává i u základu každého zkoumání - u terminologie. Proto je třeba si před samotným rozbořením, kudy může morální argumentace vstupovat do rozvažování soudu, vyjasnit, alespoň v hrubých rysech, některé

³ Srov. MacIntyre, A.: *Ztráta ctnosti*, Oikúmené, Praha, 2004, str. 11.

⁴ Ibid, str. 11 - 15.

⁵ Srov. Bauman, Z.: *Humanitní vědec v postmoderním světě*, Moraviapress a.s., Praha, 2006.

⁶ Srov. Tugendhat, E.: *Přednášky o etice*, Oikúmené, Praha, 2004 str. 22.

základní pojmy - co je to morálka, jak se liší od etiky, slušnosti a jiných neprávnických normativních systému a jaký může mít vztah k právu.

1.2. Morálka

Chceme-li zjistit něco o morálce, musíme si nejprve vysvětlit základy o soudech a výrocích a rozlišit si jejich deskriptivní a preskriptivní vlastnosti. Řekneme-li: „*tato židle je červená*“, popisujeme tím konkrétní výsek reality. Vyjadřujeme, že určitý předmět (tato židle) má danou kvalitu (je červená). Deskriptivně popisujeme realitu, proto jsme vyslovili deskriptivní (empirický) soud. Řekneme-li oproti tomu: „*tato židle by měla být červená*“, nebo „*bylo by dobré, kdyby tato židle byla červená*“, nepopisujeme již empirickou skutečnost. Ocitáme se v normativním světě - naše věta se netýká světa, který kolem nás existuje, ale snaží se předeepsat, jaký by svět být měl. Vyslovili jsme normativní soud.⁷ Morální výroky nepopisují výsek skutečnosti. Vždy určují, co by mělo být, spíše než to, co doopravdy je. Proto jsou vždy součástí normativního světa.

Morální normy (normativní výroky) nestojí v normativním světě samy o sobě. Řekneme-li: „zabít jiného člověka je špatné“, vyslovujeme tím morální normu. Jednoduchou aplikací této normy bez ohledu na cokoli dalšího bychom se velmi snadno dostali do sporu s jinou morální normou: „je dobré chránit svůj život“. Bránit svůj život před bezprávním útokem jiného je přeci morálně v pořádku. I tato norma však může narazit např. na požadavek přiměřenosti obrany. Tedy soud „zabít jiného člověka je špatné“ je součástí širšího systému vzájemně provázaných norem. Obdobně můžeme argumentovat u každé morální normy. Jednotlivé normy jsou navzájem provázané jedna s druhou, vytvářejí systém.⁸

Tím jsme udělali první krok směrem k definici morálky – *morálka je normativní systém*. Morálka není jediným normativním systémem, vedle ní existuje např. právo, estetika, náboženství, místní zvyklosti apod. Pro zpřesnění definice je třeba morálku od těchto normativních systému oddělit.⁹

⁷ Srov. MacKinnon, B.: Ethics: Theory and contemporary issues, sixth edition, CENGAGE learning, Wadsworth, 2009, str. 5.

⁸ K bližšímu pochopení morálních norem jako systému doporučuji věnovat pozornost např. argumentaci k paradoxu Philippa Foota „*řidič dodávky*“ (*The trolley problem*). Např. v Thomson, J. J.: The trolley problem in Cahn, S. M.; Markie, P.: Ethics History, Theory, and Contemporary Issues, Third edition, Oxford university press, New York, 2006 str. 867 a násl.

⁹ Podle klasické aristotelské teorie definic by definice měla obsahovat dvě části – genus proximus (nejbližší nadřazený prvek – v našem případě normativní systém) a differentia specifica (odlišení od ostatních složek stejného druhu). Více např. na <http://cs.wikipedia.org/wiki/Definice>.

Svému jednání i jednání ostatních lidí můžeme připsat mravní hodnotu. Hodnotíme je jako dobré, zlé, spravedlivé, nespravedlivé. Stejně tak dokážeme hodnotit i osoby nebo sociální útvary. Osoby a sociální útvary ale hodnotíme až sekundárně – na základě lidského jednání.¹⁰ O osobě řekneme, že je nespravedlivá, teprve když bude nespravedlivě jednat. Obdobně to platí i pro instituce. A právě tento specifický způsob hodnocení (přiřazování hodnot dobrý/zlý) odlišuje oblast morálky od ostatních normativních systémů. Shrnuto do jedné definice: *Morálka je normativní systém, který určuje, co je dobré a co špatné.*

Ne každé „dobré“ užití v soudu náleží do oblasti morálního uvažování. Řekneme-li „jablko je dobré ovoce na pečení“, nevyjadřujeme tím morální soud. I když užíváme stejné hodnotící přídavné jméno (dobrý), jen zmiňujeme empirickou zkušenost s jablky. Oproti tomu, když řekneme: „Karel se zachoval jako dobrý člověk“, mravně tím hodnotíme jeho čin.¹¹ Už Aristoteles si v Etice Nikomachově všiml toho, že pojmy „dobrý“ a „špatný“ mají dva významy – dobro užité a dobro o sobě (Etika Nikomachova I, 4)¹². Dobro užité odpovídá prvému příkladu, dobro o sobě druhému. Dobro užité používáme v relativním smyslu – něco je dobré k určitému účelu nebo je dobré/špatné pro někoho. Toto pojetí „dobrého“ nepatří do normativního světa, jde o popis skutečnosti, tudíž nepatří ani do oblasti morálky. Oproti tomu dobro o sobě – tedy takové, které stojí gramaticky absolutně, jako holý přísudek bez dalšího doplnění, je nositelem morálního soudu¹³.

Stejný rozbor by si zasloužila i první část definice – „*morálka je normativní systém*“ (systém, který určuje, co má být/co být musí). I tyto „musí-věty“ jdou vyslovit ve dvou odlišných soudech. Srovnajme soud – „Ten dluh musíš vrátit.“ s větou „Už musíš vyrazit.“. Stejně jako v předchozím případě užíváme stejné slovo (musíš) v různých významech. Rozdíl se nejvíce ukazuje v případě, že se zeptáte „proč“ – tedy proč musí vrátit dluh, resp. proč už musí vyrazit? Odpovědí v prvním případě bude nějaké obecné pravidlo, norma, princip (tady pravděpodobně právní princip *pacta sunt servanda*), zatímco ve druhém případě bude odpovědí něco, co může jednajícího motivovat, např. musíš už jít, abys stihnul poslední metro.¹⁴ Morálka se vyjadřuje pouze pomocí musí-vět v prvním slova smyslu – tedy musí-věty užití v gramaticky absolutním smyslu.

¹⁰ Srov. Anzenbacher, A.: Úvod do etiky, Zvon, Praha, 1994, str. 14.

¹¹ Pro hlubší analýzu užívání hodnotícího výrazu „dobrý“ srov. např. Ricken, F.: Obecná etika, Oikúmené, Praha, 1995, str. 50 - 58.

¹² Srov. Aristoteles: Etika Nikomachova; Petr Rezek, Praha, 2009, str. 29.

¹³ Srov. Tugendhat, E.: Přednášky o etice, Oikúmené, Praha, 2004 str. 31.

¹⁴ Ibid, str. 33 a násl.

Ke každé musí-větě náleží sankce, která se aktivuje v případě jejího nesplnění. Ernst Tugendhat ve svých *Přednáškách o Etice* rozděluje musí-věty (normy), podle sankce kterou jsou schopny vyvolat, ještě detailněji - na normy rozumové, pravidla hry a normy společenské.

1. **Normy rozumové** jsou takové musí-věty, které bychom mohli začít slovy „je rozumné/je dobré“ – např. „Měl bys přestat tolik jíst (Bylo by rozumné, kdyby ses přestal přejídat).“ Tradiční pojetí morálky pracuje především s jejím racionálním zdůvodněním. Prokázala-li by se racionalita samotného základu morálních norem, byl by to silný argument pro jejich platnost a účinnost. E. Tugendhat oponuje především sankcí. Jaká by byla sankce, pokud by morálka byla založena čistě rozumově? Pravděpodobně pocit iracionality.¹⁵ Ten ale nebude pro skutečné uplatňování norem příliš silnou motivací. Sankce tudíž musí ležet někde jinde, stejně tak i morální normy budou mít jiný charakter.

2. **Normy – pravidla hry** jsou takové musí-věty, které určují, co se v té které hře smí a nesmí dělat – např. pravidlo „míč nesmíš hrát rukou“. Toto pravidlo je typické pro fotbal, odlišuje ho např. od hokeje nebo basketbalu. Zdůvodněním tohoto pravidla není rozum, ale samotná podstata hry.¹⁶

3. **Společenské normy** jsou takové musí-věty, za jejichž porušení hrozí sociální sankce. Rozlišujeme tři druhy společenských norem rozdělených do dvou skupin:

i. **Právní (trestně-právní normy)**, kde je sankcí státem stanovený vnější trest, sankce je svojí povahou vnější - přichází od jiného subjektu;

ii. **Normy, jejichž sankce spočívá v rozptýleném společenském tlaku.** Sankce je tu na rozdíl od právního systému vnitřní – např. pocit viny nebo hanby. Tyto normy se dále rozpadají na dvě kategorie:

a. **Normy konvenční** – tato kategorie se blíží pojmu normy slušného chování;

b. **Normy morální.**¹⁷

¹⁵ Tugendhat, E.: *Přednášky o etice*, Oikúmené, Praha, 2004, str. 37.

¹⁶ Ibid.

¹⁷ Ibid.

Morální a konvenční normy (musí-věty) mají společný základ. Pro zpřesnění definice morálky je třeba je od sebe odlišit. Jejich hranice jsou neostré, přesto se dá říci, že se od sebe liší. Dokážeme si představit jednání, které bude slušné, ale nemorální (např. slušný vyděrač, který se chová podle etikety). Obdobně existuje i jednání morální a zároveň neslušné (přivést s sebou na oficiální večeři hladového bezdomovce).¹⁸

Rozdíl najdeme, pokud se budeme ptát po zdůvodnění. Jak normy slušného chování, tak i normy morální vycházejí ze společenského odmítnutí určitého druhu chování. Toto odmítnutí je pro normy společenské již samo o sobě důvodem, žádné další zdůvodnění není třeba. Vcházíme-li do místnosti, měli bychom pozdravit. Zeptáme-li se, proč bychom měli pozdravit, jedinou smysluplnou odpovědí bude - protože to je slušnost - samo odmítnutí je důvodem. Oproti tomu u norem morálních je společenské odmítnutí zdůvodněno tím, že je tento druh chování považován za špatný.¹⁹ A díky tomu je možné ho podrobit racionální argumentaci. Rozdělení norem se společenskou sankcí na normy slušného chování a normy morální nemá v praxi velký význam. Hranice mezi nimi je neostrá, bývají často zaměňovány. Dokonce i legislativa s nimi zachází, jako by v nich nebyl žádný rozdíl.²⁰ Přesto je třeba si uvědomit jejich rozdílnost, především kvůli možnostem jejich zdůvodnění. Pro soudce by bylo zbytečné, kdyby se pokoušel racionálně odůvodňovat normy slušnosti mimo odkaz na slušnost samu, protože to je, jak vyplývá z předchozího výkladu, nemožné.

Po dlouhém výkladu o pojmu morálky jsme se dostali k její konečné definici: *Morálka je normativní systém, který určuje co je dobré a co špatné, přičemž špatné je trestáno vnitřní sociální sankcí.* Definice je to velmi abstraktní, nedává nám ani zdaleka přesnou odpověď na otázku, co je to morálka. Přesto by měla být pro základní vymezení a uchopení tématu a vzhledem k rozsahu této práce dostačující.

1.3. Etika

Slova etika a morálka jsou v naší středoevropské kultuře často zaměňovaná. Obojí je, zvláště v novinářské praxi, užíváno synonymicky.²¹ Slovo etika má svůj původ v řeckém

¹⁸ Blíže viz: *Thiroux, J. P.; Krasemann K. W.: Ethics: Theory and practice – 9th edition, Pearson education, New Jersey, 2007 str. 9.*

¹⁹ Srov. *Tugendhat, E.: Přednášky o etice, Oikúmené, Praha, 2004 str. 38.*

²⁰ K zaměňování norem slušnosti s normami morálními blíže v kapitole o legislativním zakotvení dobrých mravů.

²¹ Srov. např. http://usti.idnes.cz/mistopredseda-vv-oznacil-paroubkova-kmotra-za-lhare-ten-chce-omluvu-1g7-usti-zpravy.aspx?c=A110627_163629_usti-zpravy_oks (novinářská etika) a <http://zpravy.idnes.cz/jaderne->

slově *éthos* – místo bydlení určené společenstvím, tedy také vše, co je obyčejem a mravem v rámci společného bydlení. Oproti tomu morálka vznikla z latinského *mos* tedy vůle.²²

Jak vidno, etymologie nám v rozlišení pojmů etika a morálka nebude příliš nápomocná – z její perspektivy se „morální“ i „etický“ jeví jako synonyma. Moderní filosofie, až na drobné výjimky²³, oba termíny rozlišuje – etika užívá jako označení pro filosofickou disciplínu, která zkoumá morálku. Tedy etika je věda o morálce. V tomto významu k ní budu přistupovat i v rámci této práce.

K morálce lze z pohledu etiky přistupovat třemi způsoby:

1. **Přístup deskriptivní (vědecký)** – empirické zkoumání toho, jaká společnost ve skutečnosti je. Vychází z pozorování a jejím úkolem je objektivně posuzovat realitu. Nehodnotí, nesnaží se přijít na to co je dobré, nebo špatné, spíše zjišťuje, co za dobré/špatné považuje určitá skupina lidí.
2. **Přístup preskriptivní (normativní)** - se nesnaží popsat skutečnost. Nepopisuje, co lidé dělají, spíše se zaměřuje na to, co by lidé měli dělat.
3. **Metaetika** – poslední přístup ke zkoumání morálky je především analytický. Analyzuje jazyk, běžně užívaný v morálním významu (jako např. význam slov dobrý a špatný), zkoumá racionální základ morálky – její zdůvodnění, platnost, univerzálnost.

Pro prozkoumání, zda lze užít morálních norem při aplikaci práva před soudem, nepotřebujeme znát obsah jednotlivých morálních pravidel. Spíše je třeba zdůvodnit, jestli morální pravidla opravdu existují, jakou mají formu a kterými cestami mohou vstoupit do rozvažování soudce. V možnostech rozsahu této práce není navrhnout ucelený systém toho, jak by morálka měla do práva vstupovat. Proto se bude většina této práce pohybovat v oblasti metaetiky s přesahem do deskriptivního přístupu.

1.4. Povaha morálních norem

Od začátku této kapitoly operuji s pojmem svět morálních norem, ale dosud jsem se nedostal k předložení uceleného vysvětlení jeho povahy. Existuje něco jako morální norma,

[zbrane-jsou-nemravne-bez-ohledu-na-to-kdo-jimi-disponuje-pw7-/kavarna.aspx?c=A110630_173827_kavarna_chu](#) (mravnost jaderných zbraní).

²² Srov. Anzenbacher, A.: Úvod do etiky, Zvon, Praha, 1994, str. 17.

²³ Např. ženevský prof. Eric Fuchs pojmy etika a morálka zaměňuje – srov. Fuchs, E.: Co dělá naše jednání dobrým, Mlýn, Jihlava, 2003 kap. I. Morálka, etika... o co jde?.

nebo je to pouze výsledek zobecnění našeho svědomí? Dá se morální svět racionálně zkoumat? To jsou klíčové otázky, které by si soudce měl položit ještě před tím, než začne uvažovat o použití jakéhokoliv morálního argumentu. Diskursivní povaha současného práva si žádá argumentaci, kterou bude možné racionálně přezkoumávat, proto pouhý odkaz na pocit nebude v právu nikdy použitelný.²⁴ Pro další zkoumání možnosti soudce morálně argumentovat je třeba předložit smysluplný funkční koncept povahy morálních norem. Definice, kterou jsme vyvodili v minulých kapitolách, nám kvůli její abstraktnosti příliš nepomůže.

Někteří autoři se více či méně úspěšně snaží existenci morálních norem prokázat, někteří jejich existenci berou za prokázanou samým našim prožitkem, jiní jejich existenci mimo náš prožitek zcela popírají.²⁵ Kupříkladu Francis Wolff se s problémem existence morálky vypořádal takto: „...*etika existuje, neboť nepopíratelně existuje také zlo – zlo v tom smyslu, že svět, takový, jaký je, je nespravedlivý, nebo přesněji, mám-li se omezit na bezprostřední zkušenost, v tom smyslu, že lidé činí zlo jiným lidem.*“²⁶ Lze souhlasit s názorem, že to, že morální pravidla existují, zažíváme v každodenní zkušenosti. Zkušenost jako taková ale ještě není argument použitelný v právní teorii. Morálního prožitku využijeme jako východiska pro ucelenější koncepci.

V kapitole věnované pojmu morálky jsme rozdělili normy na rozumové, pravidla hry a na normy se sociální sankcí. Posledně jmenované pak na normy s vnější sankcí a na normy se sankcí vnitřní. Morálka je jeden ze systémů s vnitřní sankcí. Jednáme-li v souladu s morálními normami (uvědoměle), většinou prožíváme pocit počestnosti, porušujeme-li je, dostaví se pocit viny nebo hanby.²⁷ To, který z těchto dvou pocitů budeme prožívat, je do značné míry dáno kulturou, ve které žijeme. Pro naši evropskou moderní kulturu je typický pocit viny. Vina je zaměřena na defekty konkrétního jednání, cítíme se provinile kvůli určitému činu, který jsme provedli. Oproti tomu hanba, typická například pro starověké Řecko, se váže přímo na vlastní osobu. Ta se stává objektem negativního hodnocení, které provází pocity vlastní malosti, odpornosti, bezcennosti či bezvýznamnosti.²⁸ Vina, jako druh

²⁴ K diskursivnímu pojetí práva např. *Habermas, J.: Between Facts and Norms*, The MIT Press, Cambridge, Massachusetts, 1996, str. 220 a násl.

²⁵ K tomu blíže viz *Sobek, T.: Nemorální právo, Ústav státu a práva*, Praha 2010, kapitola Morální realita na str. 9 a násl.

²⁶ *Wolff, F.: Jednání v první osobě, jednání ve třetí osobě*; in Švec, O: *Filosofie jednání, Oikúmené*, Praha, 2006, str. 31.

²⁷ *Shavell, S.: Law versus morality as regulators of conduct*, *American law and economics review*, Volume 4 Issue no. 2, 2002, str. 230.

²⁸ Ke kultuře viny a hanby viz *Sobek, T.: Nemorální právo, Ústav státu a práva*, Praha 2010, str. 82 - 90.

sociální sankce, k ucelenému konceptu morálky nestačí. Jak bychom se pak postavili k někomu, kdo vinu necítí? Kde by existovala sociální sankce pro psychopata?²⁹

E. Tugendhat se na tento problém dívá obecněji. Morální sentimenty neprožíváme jen v souvislosti s vlastní osobou. Vidíme-li někoho, jak krade, čteme-li o zjevné nespravedlnosti, vypráví-li nám kamarád o špatné zkušenosti s jinými lidmi, prožíváme také určitý druh morálního sentimentu. Jednání, které porušuje mravní normu, je kromě viny schopné vyvolat i pocit nevole a rozmrzelosti. Zatímco vina se váže k jednání v první osobě (já cítím vinu za svoje jednání), pocit nevole a rozmrzelosti se váže k jednání ve třetí resp. ve druhé osobě (cítím nevoli k jednání někoho jiného).³⁰ Máme tedy proti sobě postavené dva pocity - vina na straně jednatelce a nevole na straně pozorujícího. Nevole jako pocit morálního nesouhlasu se navenek projeví hanou, opačná reakce - reakce odpovídající na morální jednání druhého - se může projevit chválou. Oba tyto projevy (hana-chvála) jsou hodnotící sentimenty a v morálním světě se vážou na pojmy „dobré“ resp. „špatné“. Tyto sentimenty ještě samy o sobě neprokazují existenci světa morálních norem, který by se dal racionálně zkoumat. Stále jsou to jen sentimenty (prožitky, zkušenosti). Jejich objevení pro nás znamená prokázání existence základního morálního vztahu mezi dvěma osobami (respektive přesněji mezi jejich hodnotícími morálními pocity). Skončili-li bychom se zkoumáním v tomto bodě, nebyla by morálka nic víc, než souhrn individuálních pocitů, a jako taková by nebyla použitelná pro racionální právní diskurs. Chceme-li užít jakýkoliv morální argument v právu, musíme zjistit, jestli jsou tyto sentimenty součástí obecnějšího systému. Ten by už mohl poskytnout dostatečný podklad pro vedení právní argumentace.

V průběhu života se učíme nejrůznější schopnosti. V období puberty se člověk snaží odpoutat od naučených schémat, snaží si najít vlastní cestu životem. Řeší odpovědi na otázky kdo jsem, co umím, kam patřím? Snaží se získat pocit vlastní identity, snaží se zařadit do určité společenské skupiny. Toto zařazení vyžaduje rozdílné manuální, rozumové, citové i emoční schopnosti.³¹ Většina z nich člověku není dopředu daná, je třeba se jim učit a toto učení probíhá v podstatě od začátku života (chůze, řeč, běh, plavání) až k jeho konci (např. schopnost smířit se se stářím, se smrtí). Všechny tyto schopnosti můžeme u sebe i u ostatních hodnotit na stupnici lepší - horší (dobrý-špatný). A skrze toto hodnocení nabývá člověk pocit své hodnoty. Nedosáhne-li na stupnici horší-lepší dostatečného stupně, bude se cítit zahanben

²⁹ Ibid, str. 76.

³⁰ Tugendhat, E.: Pojem morálky a její zdůvodnění, *Reflexe*, filosofický časopis, 10/1993, str. 2 - 3.

³¹ K socializaci, k přijímání rolí ve společnosti a jejich vývoji blíže: Šimek, J: *Lidské pudy a emoce*, Nakladatelství lidové noviny, Praha: 1995, str. 56 a násl.

(obecněji řečeno prožije pocit studu). Některé z těchto schopností jsou pro pocit vlastní hodnoty důležitější než jiné. A tento pomyslný žebříček schopností se liší člověk od člověka. Pro kuchaře bude asi spíše určující, jestli umí dobře vařit, než zda umí hrát šachy. Stejně tak i pro právníka bude důležitější schopnost právní argumentace, schopnost porozumění pro klienta, schopnost vyhledat z dané množiny řešení problému to nejlepší apod. Existují-li tedy schopnosti důležité pro každou lidskou činnost, je nasnadě, že bude existovat i taková schopnost, která spočívá v tom, že se naučíme, co to znamená být členem společenství. Tedy slovy E. Tugendhata:

„Nemá-li někdo tuto centrální schopnost - být členem společenství, není pouze špatný XY, špatný šachista nebo špatný kuchař, nýbrž špatný vůbec. Ale i toto být-špatný je nutno chápat atributivně, jenže to, v čem jsem špatný, není funkce mezi funkcemi, nýbrž jsme špatní ve funkci podstatné pro všechny členy společenství, totiž ve funkci být členem společenství.“³²

Je-li někdo špatný v této centrální schopnosti socializace, budeme ho nazývat špatným člověkem. V takovém případě máme tendenci k zobecnění a mluvit o špatnosti jako takové.³³ A tady se opět dostáváme k vymezenému „dobru o sobě“.

Tento koncept morálky nám dává možnost racionálně argumentovat nad jednotlivými morálními problémy. Do diskursu nevkládáme jen jednotlivé morální sentimenty, ale s každou odpovědí hledáme rozumové uchopení toho, co pro naši společnost znamená být členem společenství. Tato koncepce není univerzální, stejné výsledky nebudou platit pro českou i vietnamskou společnost zkrátka proto, že se od sebe tyto společnosti liší. Ale je dostatečně obecná, aby nám posloužila jako odrazový můstek k další práci.

1.5. Vztah práva a morálky

Máme-li prozkoumat, jakým způsobem může morální norma proniknout do právní argumentace soudce, musíme si nejprve alespoň v hrubých rysech načrtnout vztah mezi právem a morálkou. Nemám ambice tento dlouhodobý a složitý problém právní filosofie vyřešit. Není to ani možné vzhledem k rozsahu této práce. Přesto budeme pro další argumentaci potřebovat odpovědět na několik základních otázek.

Složitost celého problému vztahu práva a morálky vyvěrá z nejasnosti obou pojmů. I když se odrazíme od pojetí morálky vysvětlené na začátku této kapitoly (a je nutné poznamenat, že toto pojetí není ani zdaleka jediné existující), zbývá nám ještě mnoho způsobů pojetí práva,

³² Tugendhat, E.: Pojem morálky a její zdůvodnění, Reflexe, filosofický časopis, 1993, No10, str. 2 - 4.

³³ Ibid, str. 2 - 5

kteřá se dají kombinovat s naším pojetím morálky. Její vztah k právu bude dozajista ovlivňovat to, jak určíme hranice práva - patří do oblasti práva morální normy už z jeho definice, není právo definované tak, že žádný průnik morálky nedovoluje, nejsou součástí práva i důsledky jeho aplikace? Budeme-li zkoumat vztah práva jako iusnaturalistického od Boha daného a katolické pojetí morálky, musí nám nutně vyjít jiný vztah, než když mezi sebou budeme porovnávat pozitivistické pojetí práva a Kantovo racionalistické pojetí kategorického imperativu. To je jen ukázka otázek na hranice pojmu „právo“ a zároveň důvod, proč je tato otázka v právní teorii tak složitá a matoucí.³⁴

Abychom se měli od něčeho odrazit, bude třeba abstrahovat od jednotlivých dílčích problémů a definovat obecně přijatelným způsobem pojem práva. Že se právní svět liší od světa morálního, jsem naznačil již v předchozích kapitolách (právo jako normativní systém, s vnější sankcí, oproti morálce jako systému se sankcí vnitřní). Pro účely tohoto textu bude toto odlišení potřeba upřesnit. Z pohledu právní teorie je právo normativní systém, který se od jiných normativních systémů liší především tím, že:

1. má státem stanovenou nebo uznanou formu (pramen práva)
2. opírá se o státní donucení (zákonné prostředky státních orgánů, které používají v případě porušování práva)
3. státní moc zabezpečuje jednotu práva na daném státním území³⁵

Máme-li obecnou představu o tom, co tvoří jádro pojmu práva, a že s morálkou tvoří dva rozdílné normativní systémy, můžeme začít zkoumat jejich vztah. I tady sáhneme k abstrakci - začneme u otázky, která je všem pojetím práva a morálky společná - existuje obsahový překryv jednotlivých morálních a právních norem? Tedy řečeno jinými slovy - existuje oblast, kterou by upravovaly zároveň právo i morálka?

Užijeme-li terminologii logiky tříd, máme pro dvě třídy a jejich vztah čtyři možnosti - *totožnost* (logika a právo se překrývají v celém obsahu), *inkluzi* (právo je celé součástí morálky, ale morálka se obsahem práva nevyčerpá a vice versa), *exkluzi* (neexistuje obsahový průnik práva a morálky, oba normativní systémy se mívají) a *průnik* (existují tři oblasti - oblast pouze morální, oblast pouze právní a oblast, kde se tyto obsahově překrývají).³⁶

³⁴ Srov. Woodard, C.: Thoughts on the Interplay Between Morality and Law in Modern Legal Thought, Notre Dame Law Review, Vol. 64, 1989, str. 785.

³⁵ Harvánek J. a kol.: Teorie práva, 2. vydání, Masarykova univerzita, Brno, 2004, str. 24.

³⁶ Srov. Holländer, P.: Filosofie práva, Aleš Čeněk, Plzeň, 2006, str. 32.

Totožnost a inkluzi vyloučíme, pokud nalezneme alespoň dvě normy, které se budou lišit a zároveň budou náležet jedna výlučně do světa morálního a druhá výlučně do světa právního. V případě práva existují „technické“ normy, které nemají žádný morální rozměr - např. pravidla silničního provozu, pravidla pro počítání lhůt, lhůty.³⁷ To, zda v silničním provozu jezdíme vpravo nebo vlevo, nemá žádný morální rozměr, stejně tak i to, jakou barvu budou mít semaforová světla, či jaký tvar budou mít dopravní značky. Tedy vylučujeme totožnost obsahů těchto dvou normativních systémů. I morální svět má normy, které nejsou upraveny právem - pokud někdo předbíhá ve frontě, nepřijde na předem domluvenou schůzku bez omluvy, pak není právně postižitelný³⁸, avšak může tímto jednáním aktivovat morální vnitřní sankci (vina nebo nevoli) - tedy taková jednání jsou upravena morální normou. Tím jsme vyloučili inkluzi. Z možností výše nastíněných zbývá exkluze a průnik. Najít oblast, kterou by upravovaly jak normy morální, tak normy právní je snadné. Stačí se podívat do trestního zákoníku a porovnat § 140 (vražda) se starozákonním příkazem: Nezbíjej!³⁹ Obsahově tedy ve vztahu práva a morálky existují tři oblasti - výlučně morální, výlučně právní a společná oběma normativním systémům. To odpovídá v terminologii logiky tříd právě jen průniku.

Tuto úvahu o obsahovém překrytí morálních a právních norem je svou podstatou zkladní a rámcová a nedostatečná. Kromě existence tří oblastí je pro právníka podstatné, do které oblasti by měly být zařazeny konkrétní normy. Tato vědomost bude důležitá nejenom pro normotvůrce, ale může se hodit i pro soudce aplikujícího právo, zvláště pokud bude uvažovat o vtažení normy morální do světa právního (tím pádem by přesunul normu z oblasti čistě morální do oblasti smíšené).

Oba normativní systémy mají své výhody, které nám v obecné rovině budou určovat, který systém (nebo jejich kombinace) bude pro upravení daného chování lepší. Právo vyniká především v jednoduchosti, se kterou právní pravidla vznikají; tato pravidla se snadněji mění; právo nabízí sankce s větším dopadem (a tím i s větší účinností); výhodou práva je i to, že lépe postihuje amorální jedince (osobu bez morálního cítění, tím pádem osobu, na kterou nepůjde uplatnit vnitřní sankce) a právnické osoby (u nich obvykle morální sankce nedopadá s příliš velkým efektem). Morálka má výhody především v tom, že morální sankce má větší pravděpodobnost aplikace než norma právní (alespoň morální sankce vnitřní - vina - bude

³⁷ Pelikánová, I.: Morální aspekty práva a právní interpretace, Bulletin advokacie 10/2010, Impax s.r.o., Praha, str. 36.

³⁸ Shavell S.: Law versus morality as regulators of conduct, American law and economics review, volume 4 issue 2, 2002, str. 245.

³⁹ Srov. Ex 20:13 in Bible překlad 21. století, , Biblion o.s., Praha, 2009 str. 86.

aplikována vždy, když jedinec poruší morální příkaz a nebude amorální); má obecně nižší požadavky na informace (právo musí pro svou efektivnost skutečnosti prokazovat, morálka žádné prokazování nepotřebuje)⁴⁰ a konečně její prosazování má výrazně nižší náklady (v ekonomickém slova smyslu - náklady práva mohou být např. čas spojený s dokazováním a obhajováním, finanční prostředky na chod soudního systému, čas normotvůrce strávený tvorbou norem...⁴¹).

To, že existují tři možné oblasti vztahu práva a morálky, dobře dokazují argumenty právní školy Law and Economics. Najdeme-li takové důvody, které budou schopny roztřídit normy do jednotlivých třech oblastí na základě racionálních argumentů, bude to prokazovat existenci těchto oblastí. Steven Shavell ve své monografii *Foundation's of Economic Analysis of Law*⁴² vcelku přehledně takovéto argumenty předkládá.

Oblast výhradně morální bude nejlépe kontrolovat chování, pokud budou splněny následující podmínky:

1. Morálka může v dané societě dobře fungovat sama o sobě (nebylo by možné nechávat upravení některého chování morálním normám, pokud by tyto nebyly vytvořeny, nebo nebyly vůbec dodržovány).
2. Podpora morálky právním systémem se nevyplatí. Ta se nevyplatí, pokud porovnáme sociální zisk ze zavedení práva do této oblasti s jeho náklady a výsledek bude záporný. Tato podmínka bude splněna zejména pokud:
 - i. předpokládaný zisk porušitele normy z nežádoucího chování nebude příliš vysoký a
 - ii. očekávaná újma z takového chování také nebude příliš vysoká.

V takovýchto případech bude sankce viny a nevole dostatečně silná, aby takovému jednání zabránila, nebo ho alespoň dostatečně regulovala. V případě že regulace selže, nastane sice ztráta, ale ta by neměla překročit náklady, které bychom museli vynaložit

⁴⁰ Srov. *Shavell, S.*: Law versus morality as regulators of conduct, *American law and economics review*, Volume 4 Issue no. 2, 2002, Hein online, str. 243.

⁴¹ K nákladům interních a externích norem blíže viz *Cooter R.*: *Expressive Law and Economics*, The Selected Works of Robert Cooter, University of California, Berkeley, 1988 dostupné na adrese: http://works.bepress.com/robert_cooter/67.

⁴² *Shavell, S.*: *Foundation's of economic analysis of law*, The Belknap press of Harvard university press, Cambridge, London, 2004.

na podepření morální normy právním řádem. Pokud by ztráta takové náklady překročila, pak by bylo efektivnější normu přenést do oblasti společné.⁴³

Podle této logiky tedy bude pro společnou oblast práva a morálky platit, že do ní mají patřit ty normy, jejichž zavedení ospravedlní vyšší společenské náklady spojené s fungováním právního řádu. To se splní, pokud:

1. očekávaný zisk ze zakazovaného chování bude vysoký, nebo
2. očekávaná újma z takového chování bude také vysoká,
3. vina ani nevole nebudou schopny samy regulovat dané chování a
4. budou v dané společnosti existovat právnické osoby nebo amorální jedinci.⁴⁴

Pokud bude očekávaný zisk velký, nebudou k regulaci daného chování stačit morální normy; ty sice nabízejí nižší společenské náklady na aplikaci, ale od určité míry zisku mají pro pachatele příliš slabou sankci. Toto bude platit zvláště pro právnické osoby, jejichž míra resistance vůči morálním sankcím je vyšší než u osob fyzických, a pro amorální jedince. Ty je zcela nemožné vnitřní sankcí zasáhnout. Dalším důvodem, proč přidat morálním pravidlům sílu právního řádu, jsou situace, kdy je aplikace morální nevole nemožná nebo nepravděpodobná. Mnoho nevhodných chování nemusí být vůbec zaznamenáno. Projede-li někdo přes přechod pro chodce nebezpečnou rychlostí, nebo nedá-li přednost chodci a ujede, pak nebude mít nikdo z přihlížejících šanci na toto chování jakkoliv zareagovat. Obdobně to bude např. v případech vraždy, loupeže, vykradení banky - v těchto případech může být projevení nevole dokonce nebezpečné (nebo může být obecně považováno za nebezpečné). Kdo z nás by se odvážil vrahovi, který právě zabil člověka, jakkoliv projevit svou nevoli?⁴⁵

Právo bude efektivní samotně tam, kde budou naplněny tyto podmínky:

1. očekávaný zisk z regulovaného chování bude obvykle vysoký,
2. očekávaná újma z takového chování bude také vysoká a zároveň

⁴³ Ibid, str. 626.

⁴⁴ Ibid, str. 628.

⁴⁵ Srov. *Shavell, S.*: Law versus morality as regulators of conduct, *American law and economics review*, Volume 4 Issue no. 2, 2002, str. 247.

3. právo se nevyplatí podpořit morálními normami vzhledem k nákladům, které by s tím byly spojeny⁴⁶

První dvě podmínky jsou vysvětleny výše u odstavce věnovaného společné oblasti, zbývá vysvětlit podmínku třetí. Nejprve je třeba se vymanit z obecného tvrzení, že porušování práva je nemorální vždy a samo o sobě, tedy že všechno ilegální chování je zároveň nemorální.⁴⁷ Platilo-li by toto tvrzení, pak by neměl žádný smysl morální imperativ nenásledovat nespravedlivé právo, vyjádřené např. v právu na občanský odpor⁴⁸, u nás zakotveného v čl. 23 Listiny základních práv a svobod.

Vezměme si typickou normu pro tuto oblast - uzákonění jednotného účetního systému pro akciové společnosti s kótovanými cennými papíry. Tato norma sama o sobě nemá morální rozměr. Ačkoliv má pro své zavedení racionální důvod (snížení nákladů při zjišťování budoucí hodnoty investice), není úplně jednoduché ho z normy samotné poznat. Morální normy, jak jsme si popsali výše, vznikají v průběhu socializace jednice. Měl-li by tuto normu obsáhnout morální systém, museli bychom vynaložit ohromné množství prostředků na vzdělání, aby lidé důvod ukrytý za naší normou v průběhu socializace pochopili a tím se jí naučili i správně aplikovat.⁴⁹

Největší slabinou výše zmíněných argumentů je jejich redukce složité skutečnosti na ekonomické pojmy (vycházející z redukce člověka v jeho celistvosti na ekonomický pojem *homo economicus*) a z toho vyplývající zjednodušení.⁵⁰ Stejně tak i jejich abstraktnost neusnadňuje aplikaci. Ale i s touto redukcí a s touto mírou abstrakce mají argumenty svoji přesvědčivost. Zvláště v případě, ve kterém by soudce uvažoval o vtažení morální normy do práva. Tím by jí fakticky přesunul z oblasti výhradně morální do oblasti společné se všemi případnými náklady z toho vycházejícími. Tato teorie dává soudci možnost posoudit, jestli se taková změna společensky vyplatí.

⁴⁶ Srov. *Shavell, S.*: Foundation's of economic analysis of law, The Belknap press of Harvard university press, Cambridge, London, 2004 str. 632.

⁴⁷ K tématu závaznosti práva a povinnosti jeho dodržování srov. např. *Wilkins, D. B.*: In defence of law and morality: Why lawyers should have a prima facie duty to obey the law, *William and Mary law review*, volume 38, 1996 str. 269 a násl.

⁴⁸ Blíže k občanskému právu na odpor viz zajímavé srovnání přístupu M. Gandhího s myšlenkami moderních právních myslitelů in: *Haksar, V.*: The right to civil disobedience, *Osgode hall law journal*, vol. 41, 2003, str. 408 a násl.

⁴⁹ *Ibid*, str. 634.

⁵⁰ Tato kritika se týká celého přístupu Law and Economics k bližšímu nastínění viz: *Harrison, J. L.*: Egoism, altruism, and market illusion: The limits of law and economics, *UCLA L. Rev.*, 33/1986.

Samotné prokázání průniku obsahů morálních a právních norem pro další práci nestačí. Máme-li prozkoumat, zda může soudce sáhnout při aplikaci práva do světa morálních norem a jednu z nich užít v argumentaci, potřebujeme se podívat na vztah práva a morálky hlouběji. Pokud by měl soudce tuto možnost, musela by mezi právem a morálkou existovat propustná hranice, tedy terminologií výše zmíněného Law and Economics rozboru, muselo by být možné a žádoucí přemístování norem mezi jednotlivými oblastmi. A tady to začíná být komplikované. Existuje mnoho právních škol, každá s jiným přístupem ke vztahu práva a morálky. Každá z nich má svojí míru přesvědčivosti. Ale uchopit tyto jednotlivé argumenty uceleně, je pro rozsah této práce prakticky nemožné. Předkládám tedy alespoň základní přehled, vhodný spíše jako platforma k další práci, než jako ucelený souhrn moderních právních přístupů k problematice vztahu práva a morálky. Celkem přehledně shrnul možné vztahy Calvin Woodard ve svém článku *Thoughts on the interplay between morality and law in modern legal thoughts*.⁵¹ Současný stav právní vědy rozdělil do šesti paradigmat:

1. Právo odráží morálku - *Podle tohoto paradigmatu je právo a morálka neoddělitelné. Bez morálky by právo nebylo právem, ale holou mocenskou silou.* Pod toto paradigma bychom mohli zařadit všechny původní přirozenoprávní školy, které považovaly právo za odvozené od vyšších principů (od Boha, od přirozených zákonů přírody apod.).⁵² Toto paradigma odporuje našemu pojetí práva a morálky, jak jsme si je definovali na začátku této práce a které podporují Law and Economics argumenty. Podle tohoto pojetí nemůže existovat oblast čistě právní, všechny normy mají tedy morální rovinu. Pokud ale je všechno právo morální, jak by pak mohlo existovat právo na občanskou neposlušnost⁵³?

2. Právo a morálka jsou odlišné a měly by od sebe být odděleny - *Právo a morálka jsou odlišné sankční normativní systémy, proto máme-li poznat povahu práva, musíme tyto dva systémy od sebe oddělit.*⁵⁴ Toto uvažování je typické pro pozitivistickou právní školu. Tento postoj velice dobře ukazuje Hart ve svém díle *Pojem práva*. Rozlišuje z pohledu vztahu práva a morálky dvě pojetí práva: právo v širším smyslu (všechno

⁵¹ Woodard, C.: *Thoughts on the interplay between morality and law in modern legal thoughts*, Notre Dame L. Rev., vol. 64, str. 784 a násl.

⁵² Ibid, str. 789.

⁵³ Občané mají právo postavit se na odpor proti každému, kdo by odstraňoval demokratický řád lidských práv a základních svobod, založený listinou, jestliže činnost ústavních orgánů a účinné použití zákonných prostředků jsou znemožněny. Čl. 23 Listiny základních práv a svobod.

⁵⁴ Ibid, str. 791.

platné právo) a právo v užším smyslu (platné právo bez pravidel porušujících morálku, pravidlo vyjádřené např. v tzv. Radbruchově formuli⁵⁵)⁵⁶. Toto rozlišení má své důsledky. Vyskytne-li se případ nemorálního zákona, nemělo by uvažování jít směrem: „Tohle není v žádném případě zákon“, ale spíš směrem: „Tohle je zákon, ale je příliš zvrácený na to, aby byl dodržován nebo aplikován.“⁵⁷

3. Právo je morálně neutrální - *Morálka práva se skrývá v záměrné nestrannosti právního procesu, spíše než v obecné představě o morálce, nebo ve výsledku jednotlivých případů.*⁵⁸ Zatímco pravidla hmotného práva jsou relativně nestabilní, procesní pravidla podléhají relativně méně politickým tlakům a málokdy se mění. Tato pravidla zajišťují každému možnost vznést svůj nárok na fóru (soudu) k tomu určenému. A toto zajištění je podle tohoto paradigmatu asi ten nejcennější vztah mezi právem a morálkou.⁵⁹ Právo tím vlastně vytváří svojí vlastní neocenitelnou formu morality.⁶⁰

4. Morálka práva závisí na výsledcích, kterých s jeho pomocí dosáhneme – *Právo je nástroj, který má sloužit lidstvu. Stejně jako jiné nástroje nemůže být samo o sobě morální nebo nemorální. Na právu se dají morálně hodnotit jediné následky, které právo vyvolává ve skutečném světě.*⁶¹ Představitelem tohoto paradigmatu je např. škola utilitarianismu, která právo hodnotí z pohledu štěstí a spokojenosti lidstva. Právo by mělo přinést „co největší štěstí co největšímu počtu lidí“.⁶² Stejně tak i škola Law and Economics a hlavně tzv. chicagská škola hodnotí právo především z pohledu výsledků, kterých dosahuje, a tím i určuje jeho morální hodnotu. Rozhodnutí přijímaná v právu mohou být založena buď na některé z forem intuice (morální, šestý smysl, náhoda), nebo na základě racionálních rozhodnutí. Užití ekonomických argumentů, hlavně implementaci teorie nákladů a výnosů, může pomoci s racionalizací přijímaných

⁵⁵ Blíže k osobě G. Radbrucha a jeho formuli viz *Hanuš, L.*: Gustav Radbruch – o napětí mezi spravedlností a právní jistotou, *Právní rozhledy* 16/2009, C. H. Beck, 2009, str. 579 a násl.

⁵⁶ Srov. *Hart, H.*: Pojem práva, *PROSTOR*, Praha, 2010, str. 207.

⁵⁷ *Ibid.*

⁵⁸ *Woodard*, *Ibid.*: str. 793

⁵⁹ *Ibid.*, str. 794

⁶⁰ *Ibid.*, str. 795

⁶¹ *Ibid.*

⁶² Srov. *Davidson, W. L.*: *Political thought in England, the Utilitarian's, from Bentham to J. S Mill*, Henry Holt and Company, 1916 str. 18.

rozhodnutí, proto je podle této školy třeba takovéto argumenty před samotným rozhodnutím předložit.⁶³

5. Právo je na morálce založené, ale liší se od ní – *Právo a morálka jsou svými nedílnými součástmi, ale každé patří do jiné etapy vývoje civilizace. Jsou spolu propojeny a jejich aktuální vztah se projeví při projednávání konkrétních případů – čím větší je konsensus ohledně výsledku, tím více se právo a morálka k sobě blíží.*⁶⁴ Právo podle Savignyho teorie vyvěrá z *Volksgeist* (ducha národa). Zjednodušeně řečeno právo vyrůstá z morálky, která se zase zakládá na zvycích.⁶⁵ Právo proto může být efektivní pouze tam, kde jsou lidé ochotni přijmout právní sankci jako přiměřenou odpověď na nevhodné chování.

6. Právo je opak morálky – Typický postoj pro marxistickou školu, která právo vnímá jako nástroj útlaku vytvořený vládnoucí vrstvou k ochraně jejich zájmů. Tyto zájmy jsou ale v rozporu se zájmy lidu, tím pádem musí být i opakem morálky.⁶⁶

První a šesté paradigma (jako inkluze a exkluze) odporuje výše předloženému. Ostatní čtyři jsou legitimními a ucelenými představami o fungování práva a morálky. Do právního diskursu předkládají argumenty s větší či menší mírou přesvědčivosti pro každého jednotlivého účastníka. Proto bude asi na volbě každého právního odborníka, ke kterému paradigmatu se přikloní. Ale i perspektiva každého jednotlivého z nich bude ovlivňovat odpověď na otázku, zda v našem právním řádu smí soudce při svém rozhodování užívat morální argumenty. Proto se pokusím v další práci od těchto tříd abstrahovat a předkládat spíše argumenty obecně přijatelné nevycházející z jednotlivých škatulek právních škol.

1.6. Morální rozměr aplikace práva před soudem

Aplikace práva je kvalifikovaná forma realizace práva uskutečňovaná orgány veřejné moci.⁶⁷ Jediným orgánem veřejné moci, který je relevantní pro tuto práci je soud. V procesu aplikace práva rozlišujeme tři fáze:

⁶³ Srov. *Golecki, M.*: The Coase theorem and philosophical foundations of Law and Economics, Masaryk university Journal of law and technology, 2/2008, Masarykova universita, str. 211.

⁶⁴ *Woodard*, Ibid, str. 796.

⁶⁵ *Robert E. Jr.*: On the historic school of jurisprudence, *Rodes*, Am. J. Juris 165 vol. 24, 2004, str. 169.

⁶⁶ *Woodard* Ibid, str. 797.

⁶⁷ *Gerloch, A.*: Teorie práva, 3. rozšířené vydání, Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, s.r.o. , Plzeň 2004, str. 155.

1. Zjišťování skutkového stavu (*quaestio facti*).
2. Zjištění relevantní právní úpravy a její interpretací (*quaestio iuris*).
3. Vydání rozhodnutí.⁶⁸

Zjišťování skutkového stavu ani samotné vydání rozhodnutí nebude mít samo o sobě morální rozměr, navíc zkoumání této oblasti aplikace práva nebude směřovat k odpovědi na naši úvodní otázku, zda smí soudce užít morální argumenty v právní argumentaci při aplikaci práva. Proto se blíže budu věnovat jen druhé části aplikace práva - otázkám právním.

I otázku právní teorie rozděluje na několik fází. Cílem této fáze je nalezení takové abstraktní právní podstaty (normy) vyjádřené v právním předpise, poznané skrze proces interpretace, pod kterou by se dal zjištěný skutkový stav subsumovat.⁶⁹ Přičemž tyto fáze (včetně fáze zjišťování skutkového stavu) probíhají při rozhodování soudce současně. Soudce se od jedné může (a mnohdy i musí) vracet k druhé. Vzhledem k tomu, že soudní proces je dynamický, prokázaný skutkový stav se může s dokazováním průběžně měnit, stejně tak i ustálenou interpretaci jednotlivých norem je někdy třeba změnit, např. v případě že soudce narazí na případ neodpovídající dosavadnímu vnímání dané normy.

Abych se v daném tématu pro jeho šíři neztratil, vybral jsem tři typové (a podle mého názoru i nejdůležitější) možnosti průniku morálních norem do práva.

1. Existují zvláštní druhy neohrazených norem, které dávají soudci příkaz, aby do svého rozhodování vtáhl normy z neprávních normativních systémů.
2. Ještě před tím, než soudce přistoupí k interpretaci, může být svým způsobem determinován k přiklonění se k jednomu řešení. Každý člověk si s sebou nese svá předporozumění, předvědění a předsudky, které mohou jeho rozhodování ovlivňovat. Možnostmi práce s těmito filosofickými kategoriemi se zabývá obor fenomenologické hermeneutiky.
3. Soudce se při své praxi může setkat i s tzv. složitými případy (*hard cases*). Složité případy jsou takové, které umožňují složitou plejádu možných výkladů, které nejsou pouze logickým (nebo kvazilogickým) výkladem právního textu.⁷⁰ Nedává-li nám přímo text zákona dostatek informací pro interpretaci (např. narazí-li soudce v průběhu

⁶⁸ Boguszak, J. Čapek, J.; Gerloch. A.: Teorie práva, ASPI publishing s.r.o., Praha, 2003 str. 130.

⁶⁹ Ibid, pzn. 64.

⁷⁰ Kühn, Z.: Aplikace práva ve složitých případech, k úloze právních principů v judikatuře, Karolinum, Praha, 2002, str. 45.

interpretace na mezeru v zákoně, dostane-li se pomocí tradičního způsobu interpretace k dvěma stejně relevantním řešením situace), může být pro soudce morální argument (spravedlností, větší mírou vzneseného prospěchu, větším celkovým „dobrem“ jednoho z rozhodnutí) rozhodující pro přiklonění se k jednomu řešení.

O každé z těchto možností pojednává jedna z následujících kapitol.

2. Zákonem zakotvený průnik morálního a právního světa

Pozitivní právo poměrně často odkazuje na mimoprávní normativní systémy. Užívá je jako dynamický korektiv legislativy. Zákonodárce se svou činností snaží překonat paradoxní situaci - pomocí omezeného počtu obecných pravidel by měl regulovat neomezené množství skutečných událostí.⁷¹ A to je úkol nadmíru obtížný, ne-li nemožný. Právě tento paradox pomáhají řešit mimoprávní normativní systémy. Myšlenka je to stará jako samo právní uvažování. Už Aristoteles ve své Etice Nikomachově problém odkrývá a navrhuje jako korektiv slušnost: „*Nesnáz působí to, že slušnost jest sice právem, ale ne zákonem, nýbrž jest opravou zákonného práva*“ (1137b)⁷². Historicky ho řešilo i římské právo a to vytvořením právního institutu dobrých mravů - *boni mores*. Římané tento pojem blíže nedefinovali, vycházel z propojení norem morálního, náboženského a právního.⁷³ A tento pojem se v evropských právních systémech dochoval až dodnes - v českém právu v podobě dobrých mravů, veřejného pořádku, veřejné morálky, dobré víry, zásad poctivého obchodního styku apod. Zahrňme si všechny tyto termíny pod termín obecný - zásada equity.⁷⁴ Tyto kategorie se navzájem prolínají, nemají mezi sebou ostré hranice, ale do oblasti čistého morálního uvažování patří jen některé z nich.

Existují i jiné dynamizující korektivy než ty vycházející ze slušnosti v Aristotelově smyslu. Mohly by to být například normy odkazující na technické nebo estetické mimoprávní systémy. Tyto odkazy sice také pomáhají řešit výše popsany paradox, ale už nezasahují do tématu této práce, proto se jim nebudu blíže věnovat.

2.1. Mravnost v právu

Odkazy na mimoprávní normativní systémy jsou v našem právním řádu běžné. Ne všechny ale odkazují na morálku, proto při jejich použití nebude soudce předkládat morální argument. Z kategorie blízcí se mravnosti zná český právní řád pojmy veřejná morálka (užitá např. v § 3 písm. a) zákona č. 478/1992 Sb., o užitných vzorech), veřejná mravnost (užitá např. v § 5

⁷¹ Srov. Hurdík, J., Fiala, J., Hrušáková, M.: Úvod do soukromého práva, Masarykova universita, Brno, 2006, str. 88.

⁷² Aristoteles: Etika Nikomachova, Petr Rezek, Praha, 2009, str. 132.

⁷³ Srov. Mates, J.; Matesová Kopecká, Š.: Pár poznámek k úpravě institutu dobrých mravů v NOZ, Bulletin advokacie 7-8/2011, str. 26.

⁷⁴ Srov. Hurdík, J., Fiala, J., Hrušáková, M.: Úvod do soukromého práva, Masarykova universita, Brno, 2006, kap. 5.5 - zásada equity, str. 88 a násl.

písm. a) zákona č. 3/2002 Sb., o církvích a náboženských společnostech), veřejný pořádek (např. v § 8 zákona č. 207/2000 Sb., o ochraně průmyslových vzorů) a dobré mravy. Ačkoliv jsou si tyto pojmy velmi blízké, navzájem se prolínají a nemají mezi sebou ostré hranice, jádro jejich obsahu vychází z jiných normativních systémů. Veřejná morálka a veřejná mravnost jsou si v užití asi nejbližší. Zákonodárce se jimi snaží regulovat chování, které by se mohlo přičítat obsahu veřejného mínění rozhodné části slušné společnosti o tom, co je nebo není veřejně pohoršlivé.⁷⁵ Tím se jádro těchto pojmů blíží nejvíce normám konvenčním (normám slušnosti), jak jsme si je definovali v první kapitole. Veřejný pořádek se morálky dotýká také jen okrajově – dal by se definovat jako stav věcí vylučující či omezující nebezpečí veřejné poruchy, tzn. poruchy způsobitelné ohrožit kohokoli.⁷⁶ Zbývají nám tedy dobré mravy.

Dobré mravy jsou pojmem známým soukromému i veřejnému právu. V oblasti správního práva ho najdeme např. § 36 odst. 2 zákona č. 274/2001 Sb., o vodovodech a kanalizacích (*Vlastník vodovodu... nesmí při uzavírání smlouvy podle § 8 odst. 5 jednat v rozporu s dobrými mravy...*), v oblasti trestního práva v § 31 trestního zákoníku⁷⁷ (*Nejde o přípustné riziko, jestliže... provádění této činnosti zřejmě odporuje požadavkům jiného právního předpisu, veřejnému zájmu, zásadám lidskosti nebo se přičí dobrým mravům.*)⁷⁸ Nejlépe teoreticky prozkoumaný je pojem dobrých mravů soukromého práva. Dobré mravy jsou v civilním i ve veřejném právu identické, proto nebude vadit, pokud prozkoumáme především soukromoprávní pojetí. Důsledky obecného zkoumání soukromoprávního pojmu dobrých mravů budou platit i pro oblast veřejnoprávní.

2.2. Zásada equity v soukromém právu

Soukromé právo je postavené především na zásadě smluvní volnosti. Zjednodušeně řečeno tato zásada vyjadřuje právo smluvních stran na svobodné určení obsahu smlouvy podle své vůle. Tato svobodná vůle ale nemůže v právním státě existovat bez omezení, uplatňuje se pouze v mezích daných právním řádem. Vedle obecných omezení (forma smlouvy, náležitosti projevu vůle, předpoklady kladené na osoby smlouvu uzavírající apod.) jde především o to,

⁷⁵ *Telec I.*: Poctivost a důvěra, dobrá víra, dobré mravy, veřejná morálka a veřejný pořádek, *Právní rozhledy* 1/2011, str. 4.

⁷⁶ *Ibid*, str. 5.

⁷⁷ Zákon č. 40/2009 Sb.

⁷⁸ Blíže k veřejnoprávnímu pojetí dobrých mravů *Bubelová, K.*: Dobré mravy v judikatuře Ústavního soudu ČR, dostupné na <http://ktp2.upol.cz/uploads/Files/Dobre%20mravy%20v%20judikature%20US%20CR.pdf> .

aby strany svým jednáním nezasahovaly do právem chráněných obecných zájmů nebo právem chráněných individuálních zájmů (oprávněné zájmy třetích osob).⁷⁹

Právem chráněné obecné zájmy mohou být zakotvené v konkrétních zákonných ustanoveních, v nepsaných právních normách, resp. v nepsaných normách mimoprávního charakteru blízcímu se pojmu morálka. První typ je celkem samovysvětlující, druhý typ odpovídá pojmu *veřejný pořádek* a konečně třetí typ se označuje tradičně jako *dobré mravy*.⁸⁰

Veřejný pořádek je typický institut omezení smluvní svobody francouzské právní kultury, dobré mravy germánské⁸¹ a je hojně využíván naším právním řádem. Zajímavé je, že přes celkovou odlišnost základních premis docházejí obě právní kultury v podobných případech k podobným právním řešením.⁸²

2.3. Dobré mravy práva občanského

Dobré mravy jsou nezpochybnitelně právní termín.⁸³ Je kodifikován v prameni práva (v zákonu), stát mu poskytuje sankci v podobě vynutitelnosti a od morálky se liší i svým obsahem. Zákonodárce jím vyjadřuje příkaz soudci, aby sáhl do neprávního souboru norem, některé z nich vtáhl do svého právního rozhodování a tím rozšířil obsah právních norem civilního práva.⁸⁴ Nejedná se ale o termín jednotný – právní praxe ho využívá s významovými odchylkami. O jeho klasifikaci se pokusil Petr Tégl v článku O dobrých mravech. Z pohledu legislativní techniky vyjádření rozlišuje explicitní a implicitní vyjádření. Explicitní je přímé zákonné vyjádření (např. § 3 odst. 1 ObčZ), implicitní je takové, které sice přímo pojem dobré mravy neobsahuje, přesto vtahuje některé morální normy do právního systému (např. zákaz lichevních smluv, § 469a ObčZ – vydědění - obsahuje odkaz na mimoprávní normu, která určuje co je opravdový zájem potomka vůči zůstaviteli⁸⁵). Z pohledu významu rozlišuje zákonodárce dobré mravy v širším (ničím neomezeném) a užším (kvalifikované porušení např. hrubé porušení dobrých mravů) smyslu.⁸⁶ Nás nejvíce bude zajímat co nejpřesnější obsahové vymezení tohoto pojmu a jeho vztah k morálce.

⁷⁹ Srov. *Salač, J.*: Rozpor s dobrými mravy a jeho následky v civilním právu, 2. vydání, C. H. Beck., Praha, 2004, str. 17.

⁸⁰ *Ibid.*: str. 18.

⁸¹ Blíže ke komparaci užití korektivů smluvní svobody u jednotlivých právních kultur viz: *Mates J., Matesová Kopecká Š.*: Pár poznámek k úpravě institutu dobrých mravů v NOZ, *Bulletin advokacie* 7-8/2011, str. 27.

⁸² *Salač, J.*: Rozpor s dobrými mravy a se zákonným zákazem, *Právní rozhledy* 6/2000, str. 252.

⁸³ *Ibid.*, str. 253.

⁸⁴ *Spáčil, J.*: Dobré mravy v českém občanském zákoníku a v judikatuře, *Právní rozhledy* 18/2004, str. 665.

⁸⁵ *Pulkrábek, Z.*: K výkladu ustanovení § 3 odst. 1 občanského zákoníku, *Právní rozhledy* 11/2000, str. 511.

⁸⁶ *Tégl, O.*: O dobrých mravech, *Bulletin advokacie* 7-8/2011, str. 34.

Tvořit definici dobrých mravů je nadmíru obtížné, jedná se o jeden z pojmů, který chápeme spíš intuitivně. Velkou otázkou je, zda vůbec má smysl definici vytvářet. Pojem dobrých mravů patří k neohrazeným právním pojmům⁸⁷, jeho smysl je hlavně v této neohrazenosti. Umožňuje vtažením mimoprávních norem zjemnit a omezit některé negativní dopady právní regulace, především paradox psaného práva zmíněný na začátku této kapitoly. Přesná, vyčerpávající a tím pádem i omezující definice by proto nebyla příliš prospěšná.⁸⁸ Přesto je pro uchopení daného termínu nezbytné, alespoň rámcovou definici vytvořit. Podobnou úvahou procházely i oba naše nejvyšší soudy.

Dobré mravy ve svém rozhodnutí ze dne 26. 6. 1997, sp. zn. 3 Cdon 69/96 definoval Nejvyšší soud takto:

„Dobrymi mravy se rozumí souhrn společenských, kulturních a mravních norem, jež v historickém vývoji osvědčují jistou neměnnost, vystihují podstatné historické tendence, jsou sdíleny rozhodující částí společnosti a mají povahu norem základních.“⁸⁹

Kromě vágnosti pojmu „normy základní“ definuje Nejvyšší soud dobré mravy částečně kruhem (dobrymi mravy se rozumí...soubor mravních norem). Zároveň společenské, kulturní a mravní normy staví na jednu úroveň, ačkoliv to jsou pojmy sobě nadřazené (společenské normy jako pojem nejobecnější, kulturní jako pojem konkrétnější a morální jako pojem konkrétní).⁹⁰ Navíc tento pojem navazuje na podstatné historické tendence a to může být bez dalšího zpřesnění nebezpečné. Nebyla snad nacistická ideologie právě takovouto podstatnou historickou tendencí?

Jinou, ačkoliv velmi podobnou definici, poskytuje Ústavní soud. Podle ustálené judikatury se dobrymi mravy rozumí:

„souhrn etických, obecně zachovávaných a uznávaných zásad, jejichž dodržování je mnohdy zajišťováno i právními normami tak, aby každé jednání bylo v souladu s obecnými mravními i morálními zásadami demokratické společnosti. Tento obecný horizont, který vývojem společnosti rozvíjí i svůj morální obsah v prostoru a čase, musí být posuzován z hlediska konkrétního případu také právě v daném čase, na daném místě a ve vzájemném jednání účastníků právního vztahu“ [usnesení sp. zn. II. ÚS 249/97 (U 14/10 SbNU 383)].

⁸⁷ Harvánek J. a kol.: Teorie práva, 2. vydání, Masarykova univerzita, Brno, 2004, str. 220.

⁸⁸ Srov. Hurdík, J., Fiala, J., Hrušáková, M.: Úvod do soukromého práva, Masarykova universita, Brno, 2006, str. 91.

⁸⁹ Tuto definici Nejvyšší soud zopakoval i v dalších rozhodnutích např. sp. zn. 33 Cdo 2781/2009 nebo 33 Cdo 1975/2008.

⁹⁰ Srov. Hurdík, J.: Zásady soukromého práva, Masarykova univerzita, Brno, 1998, str. 74 a násl.

V této definici Ústavní soud výslovně uznává existenci společné oblasti práva a morálky, přičemž této oblasti přiznává původ v morálním světě. Zároveň objektivní pojetí dobrých mravů v první větě, individualizuje tím, že ho v druhé větě navázal na konkrétní čas, místo a vzájemná jednání účastníků právního vztahu.

Tím se hodně přiblížil německému pojetí dobrých mravů, která za dobré mravy považuje: „*pocit sounáležitosti všech spravedlivě uvažujících lidí.*“⁹¹ Tato lakonická, až vágní, definice stejně jako definice obou našich výše zmíněných soudů především zabraňuje soudci, aby dobré mravy vnímal jako odkaz na jeho osobní mravní cítění. S příchodem multikulturalismu německý Ústavní soud definici rozšířil o dvě konkretizační podmínky – dobré mravy je třeba chápat v tuzemském (národním) kontextu (tedy morální normy platné v jiném společenství jsou irelevantní) a je třeba jim přiznat časovou proměnlivost, ke které dochází nezávisle na změnách pozitivního práva.⁹²

Z doktrinálních definic lze uvést např. názor Ivo Telce, který dobré mravy popisuje jako: „*způsoby chování bez újmy jinému člověku, zvířeti nebo přírodě, obecně uznávané rozhodnou částí společnosti, s nimiž právní řád spojuje právní následky.*“⁹³ Navázání obsahu pojmu dobrých mravů na újmu je oproti judikатурním definicím novum. Újma jako definiční znak omezuje pojem dobrých mravů pouze na oblast morálních norem. Neexistuje takové chování, které by bylo v rozporu s normami slušnosti, nebylo v rozporu s normami mravními a zároveň způsobovalo újmu. Předejití újmě samé by v takovém případě bylo racionálním zdůvodněním normy, která takové chování zakazuje. Podle rozdělení norem uvedených na začátku této práce by pak taková norma musela spadat pod normy mravní. Soudce, který by se řídil touto definicí, by nemohl užít pravidel konvenčních (pravidel slušnosti). To by mohlo vést k interpretačnímu problému. Obsahem dobrých mravů totiž je i odkaz na pravidla konvenční.⁹⁴

Kromě této definiční linie existuje v literatuře konkurenční proud, který definování jako takové odmítá. Soudce by měl rozhodovat v konkrétních situacích podle konkrétního skutkového stavu.⁹⁵ Ale i bez definice se musíme vypořádat s problémem, jak zakázat soudci, aby rozhodoval jen na základě svého morálního cítění (takovým výkladem dobrých mravů,

⁹¹ *Salač, J.*: Rozpor s dobrými mravy a jeho následky v civilním právu, 2. vydání, C. H. Beck., Praha, 2004, str. 224.

⁹² *Ibid.*, str. 225.

⁹³ *Telec, I.*: Poctivost a důvěra, dobrá víra, dobré mravy, veřejná morálka a veřejný pořádek, *Právní rozhledy* 1/2011, str. 4.

⁹⁴ K tomu blíže v další části této kapitoly.

⁹⁵ Např. *Grus, Z.*: Dobré mravy ve světle publikované judikatury. *Právní rozhledy*, 3/2004, str. 112 nebo *Hurdík, J.*: Zásady soukromého práva, Masarykova univerzita, Brno, 1998, str. 74 a násl.

který by zakazoval užívat v argumentaci morální normy⁹⁶, nebo na základě zákazu svévole⁹⁷ apod.).

Ani jedna z těchto definic neupřesňuje, co je obsahem právního pojmu dobrých mravů. Vytvářejí kontury pojmu, ale k jádru už nepronikají. To je sice nutné vzhledem k zajištění výše zmíněné funkce dobrých mravů jako zákonného korektivu, ale zároveň neposkytuje soudci příliš podnětů k argumentaci v rozhodnutí. K jádru pojmu se proto vyjadřuje odborná literatura.

Soudce nejvyššího soudu *Jiří Spáčil* vnímá kautelu dobrých mravů jako příkaz soudci, aby domyslel, jak by v konkrétním případě postupoval zákonodárce. Přičemž tím nemyslí, aby soudce vycházel z konkrétního rozložení politických sil v parlamentu, ale aby vycházel z „*právem respektovaných základních práv a svobod (ty zákonodárce nemůže obejít) a z hodnot, na kterých je založeno soukromé právo i jeho instituty (předpokládá se, že by zákonodárce respektoval i tyto hodnoty)*“.⁹⁸ Obsah dobrých mravů by v tomto pojetí byl čistě právní, velmi se blížící pojmu *analogie iuris*.⁹⁹ Tím by ale podle mého názoru ztratil pojem dobrých mravů svoji hlavní funkci – korekci práva jako systému neschopného dostatečně pružně reagovat na konkrétní situace, před které může být soudce ve své praxi postaven.

Z této perspektivy předkládá lepší výklad obsahu dobrých mravů *Jaroslav Salač*. Ten navrhuje, aby byly dobré mravy vnímané jako příkaz soudci použít morální normu jako kritérium posuzování právní skutečnosti. Tyto morální normy však omezuje pouze na oblast obecně uznávaného minima („společného jmenovatele“) společenských hodnot.¹⁰⁰ Tento přístup je natolik vágní, že ke zpřesnění výše uvedených definic příliš nepomůže. Snad jenom omezením celého spektra neprávních norem myslitelných pod pojmem dobré mravy. Ale toto bohužel není v článku nikterak zdůvodněno.

Asi nejširší výklad obsahu pojmu dobrých mravů vyjádřil Ústavní soud ve svém rozsudku ze dne 6. 9. 2005 sp. zn. I.ÚS 643/04:¹⁰¹

„*Zásada souladu práv, resp. jejich výkonu s dobrými mravy představuje významný princip, který v odůvodněných případech dovoluje zmírňovat tvrdost zákona a dává soudci prostor pro*

⁹⁶ Názor zastávaný např. v článku *Spáčil, J.*: Dobré mravy v českém občanském zákoníku a v judikatuře, *Právní rozhledy* 18/2004, str. 668.

⁹⁷ K soudcovské svévoli blíže např. *Kühn, Z.*: Formalismus v právu II: (1) Mandatorní formalita, *Jiné právo*, <http://jinepravo.blogspot.com/2007/06/formalismus-v-prvu-ii-1-mandatorn.html> .

⁹⁸ *Spáčil, J.*: Dobré mravy v českém občanském zákoníku a v judikatuře, *Právní rozhledy* 18/2004, str. 667.

⁹⁹ K pojmu analogie iuris viz: *Boguszak, J. Čapek, J.; Gerloch, A.*: Teorie práva, ASPI publishing s.r.o., Praha, 2003 str. 154.

¹⁰⁰ *Salač, J.*: Rozpor s dobrými mravy a se zákonným zákazem, *Právní rozhledy* 6/2000, str. 252.

¹⁰¹ Par. cit: N 171/38 SbNU 367.

uplatnění pravidel slušnosti (ekvity). Pojem „dobré mravy“ nelze vykládat pouze jako soubor mravních pravidel užívaných jako korektiv či doplňující obsahový faktor výkonu subjektivních práv a povinností, ale jako příkaz soudci rozhodovat v souladu s ekvitou (haec aequitas suggerit)...“, což ve svých důsledcích znamená nastoupení cesty nalézání spravedlnosti.“

Ústavní soud vidí obsah dobrých mravů jako odkaz rovnou na tři neprávnické pojmy: mravnost, slušnost a spravedlnost.

S potřebou užívat kritérium spravedlnosti v soudním rozhodování a jeho podřazení pod pojem dobré mravy vyslovil souhlas i Nejvyšší soud. Ve svém rozhodnutí ze dne 17. 5. 2001 sp. zn. 20 Cdo 263/2001 uvádí:

„Soudní praxe používá ustanovení § 3 odst. 1 obč. zák. ve významu normativním (nikoli jen jako ustanovení interpretační), jako korektivum ekvity pro tu oblast, kterou potřebuje, aby mohla dostát ideji spravedlnosti v rozhodování, nalézáje maximy sociální etiky, jimž přisuzuje regulativní princip. Následkem výkonu práv a povinností v rozporu s dobrými mravy, který má sankční povahu, je proto neposkytnutí ochrany práva, resp. (v případě výkonu práv předvídaných restitučním zákonem) odepření autoritativního rozhodnutí soudu nutného ke vzniku právního vztahu mezi oprávněnou a povinnou osobou, popřípadě k deklaraci existence či neexistence takového právního vztahu.“

Spravedlnost je hodnotícím pojmem morálního světa. Hodnocení „spravedlivý“ a „nespravedlivý“ užíváme primárně pro hodnocení rozdělování - tomu odpovídá pojetí spravedlnosti jako rovnosti. Spravedlnost jako rovnost je postup, ve kterém se snažíme najít střed mezi extrémami - v tomto případě je spravedlnost středem mezi extrémem přemíry a nedostatkem.¹⁰² Tohoto středu dosáhneme tím, že budeme buď spravedlivě rozdělovat statky (distributivní pojetí spravedlnosti) nebo budeme hradit ztrátu (komutativní pojetí spravedlnosti).¹⁰³ Pojem spravedlnosti ale morální oblast nevyčerpává. Můžeme srozumitelně prohlásit, že zákon je spravedlivý, a proto je morálně dobrý, nikoliv však, že zákon je morálně dobrý, a proto je spravedlivý.¹⁰⁴ Je to tedy užší hodnotící kritérium, než hodnotící slova „dobrý“ a „špatný“. Spravedlnostní kritérium je tedy k morálce ve vztahu inkluze. Existuje-li tudíž příkaz soudci, aby v určitých zákonem předvídaných případech sáhl do světa morálního

¹⁰² Bubner, R.: „Spravedlnost vládne tam, kde každý činí to, co mu náleží“ in Velek, J.: Spor o spravedlnost, FILOSOFIA, Praha, 1997, str. 130.

¹⁰³ Günther, K.: Co znamená: „každému to, co mu náleží“? K novému odhalení distributivní spravedlnosti in Velek, J.: Spor o spravedlnost, FILOSOFIA, Praha, 1997, str.19 a násl.

¹⁰⁴ Hart, H.: Pojem práva, PROSTOR, Praha, 2010, str. 160.

a užil morální normu v argumentaci, bude se tento příkaz vztahovat i na spravedlnostní hodnocení.

Máme-li vysvětlit a zařazený pojem spravedlnosti zbývá rozlišit, kdy bude soudce sahat do normativního systému morálního a kdy do systému slušnosti.

2.4. Dobré mravy jako slušnost

Při hledání významu pojmu dobrých mravů naráží teorie i praxe na jeden terminologický problém. Pochválíme-li někoho, že má dobré mravy (tedy užijeme-li významu obecného nikoliv právního), budeme tím hodnotit jak jeho morální integritu, tak i slušné vychování. V učebnicích etikety se učíme dobrým mravům¹⁰⁵, ve škole dostáváme známku z mravů (anachronismus pro známku z chování), přičemž tuto dostáváme jako ohodnocení za morální vyspělost i za slušné vychování. Tedy dobrými mravy v obecné češtině užíváme jako odkazu na normy morální i normy konvenční.¹⁰⁶ Otázkou je, zda tomu tak je i v právu.

Dobré mravy nemají zákonnou definici. Kromě kvalifikačních předpokladů („hrubé“ porušení dobrých mravů v § 711 odst. 2 písm. a) ObčZ) neexistuje v občanském zákoníku žádná bližší diferenciaci, přesto pokud se podíváme na význam jednotlivých ustanovení, nalezneme v jejich užití podstatné rozdíly.

Srovnáme si § 3 odst. 1 ObčZ.: „*Výkon práv a povinností vyplývajících z občanskoprávních vztahů nesmí bez právního důvodu zasahovat do práv a oprávněných zájmů jiných a nesmí být v rozporu s dobrými mravy,*“ se zněním § 630 ObčZ.: „*Dárce se může domáhat vrácení daru, jestliže se obdarovaný chová k němu nebo členům jeho rodiny tak, že tím hrubě porušuje dobré mravy.*“ Z pohledu jazykového výkladu se (kromě kvalifikačního přídavného jména „hrubě“) užití pojmu dobré mravy neliší. Intuitivně však cítíme rozdíl v jejich významu.

Nejvyšší soud se v rozsudku sp. zn. 33 Cdo 2781/2009 ze dne 25. 11. 2011 k hrubému porušení dobrých mravů podle § 630 ObčZ vyjádřil takto: „*Obvykle jde o porušení značné intenzity nebo o porušování soustavné, a to ať už fyzickým násilím, hrubými urážkami, neposkytnutím potřebné pomoci apod.*“¹⁰⁷

¹⁰⁵ Srov. Špaček, L.: Velká kniha etikety, Mladá fronta, Praha, 2005, str. 6.

¹⁰⁶ Z internetových databází k dobrým mravům blíže např. http://cs.wikipedia.org/wiki/Dobr%C3%A9_mravy, <http://business.center.cz/business/pojmy/p1116-dobre-mravy.aspx>, http://iuridictum.pecina.cz/w/Dobr%C3%A9_mravy.

¹⁰⁷ Srov. i další rozhodnutí Nejvyššího soudu: sp. zn. 33 Cdo 2435/2010 nebo sp. zn. 33 Cdo 1975/2008.

Abychom měli určitější představu, předkládám jedno hrubé porušení dobrých mravů ve skutkovém popise: „*Otci žalobkyně zaslal dopis, v němž jej urážel slovy „chytrolíne“, označil jej za člověka vypočítavého, zákeřného, nadutého, vlezlého a neskutečně arogantně panovačného. Písemně žalobkyni nazval „zvráceným člověkem“, prachsprostou zlodějkou, osobou dopouštějící se prasáren, debilní osobou, osobou, která má podnikatelské IQ = tykve. ...V době, kdy měl u sebe v péči syna M., jemuž bylo 11 – 12 let, vystavoval jej zpustnutí, jelikož ho vodil do vináren, nutil jej připalovat svým přítelkyním cigarety a spát na stejné posteli, na niž spal žalovaný s přítelkyní. V době, kdy se střídavě starali o syna, T. mu nedával najíst.“¹⁰⁸*

Zatímco fyzické násilí, neposkytnutí potřebné pomoci nebo držet svěřenou osobu hladu bychom podřadili pod normy morální (u každé z nich bychom dokázali racionálně zdůvodnit, proč je právě toto chování zakazováno), nadávání a urážení bude náležet pod normy konvenční (zdůvodněním platnosti normy zakazující hrubé urážení bude konvence - v tomto případě slušnost, za předpokladu že tímto jednáním nebude způsobena újma - pak by ta byla zdůvodněním zákazu a užili bychom místo normy konvenční normu morální se stejným obsahem). Ustanovení § 630 ObčZ vyjadřuje příkaz soudci, aby věc posuzoval z pohledu morálních i konvenčních norem.

Oproti tomu při aplikaci § 3 odst. 1 ObčZ si těžko dokážeme představit, že bychom aplikovali normy slušnosti. Bude-li někdo u výkonu práva brblat sprosté nadávky, nebude to mít na platnost výkonu samotného a na jeho vynutitelnost vůbec žádný vliv. Stejně tak pokud se výkon práva bude týkat legálního rozšiřování pornografie nebo tiskovin s výrazně vulgárním textem.¹⁰⁹ V případě obecných ustanovení o dobrých mravech (§ 3 odst. 1 a § 39 ObčZ) soudce bude užívat pouze normy morální.

Ať už s přidáním norem slušnosti, nebo bez nich, dobré mravy jako právní termín představují příkaz soudci, aby vtáhl morální normu do právního světa a užil ji ve své argumentaci přímo, za podmínek předvídaných v hypotéze normy obsahující odkaz na dobré mravy. Tomuto příkazu se soudce nemůže vyhnout, ani mu odporovat - pak by jednal v rozporu se zákonem¹¹⁰. V tomto případě soudce vtáhnout morální normy do práva dokonce musí.

¹⁰⁸ Z rozhodnutí Nejvyššího soudu sp. zn. 33 Cdo 4080/2007 ze dne 3. 12. 2010.

¹⁰⁹ Spáčil, J.: Dobré mravy v českém občanském zákoníku a v judikatuře, Právní rozhledy 18/2004, str. 666.

¹¹⁰ Srov. čl. 95 odst. (1) Ústavy ČR: *Soudce je při rozhodování vázán zákonem a mezinárodní smlouvou, která je součástí právního řádu;...*

3. Právní interpretace perspektivou fenomenologické hermeneutiky

3.1. Právní interpretace

Objektivní právo je souborem platných právních norem. Soudce v průběhu aplikace práva subsumuje skutkový stav pod právní normu a na základě této subsumpce vydává rozhodnutí. Zdrojem právních norem mu jsou prameny práva, v našem právním řádu představované zákony a mezinárodními smlouvami, které jsou součástí právního řádu.¹¹¹ Prameny práva ale nelze ztotožňovat s právními normami. Právní norma, jako příkaz, zákaz nebo dovolení určitého chování, musí být z pramene práva určitým intelektuálním postupem nejprve vyvozena.¹¹² Právní norma musí být interpretována.

Právní norma, jako obecná abstraktní entita, nemůže být poznána ani pouhým jazykovým výkladem. Ten by sám o sobě mohl fungovat, pokud by pramen práva v sobě mohl inkorporovat všechny myslitelné aplikační možnosti. Ale to by bylo, jako bychom chtěli vyrobit velmi přesný globus Země v měřítku 1:1. Ale k čemu by nám takový byl?¹¹³ Proto právní věda vymýšlí teorie, jak z pramene práva porozumět významu právní normy - vytváří interpretační teorie.

Základy současné právní interpretace v kontinentální Evropě položil vlivný německý právník F. C. von Savigny již v 19. stol.¹¹⁴ Hledal způsob, jak co nejlépe rekonstruovat původní příkaz zákonodárce obsažený v zákoně. Přitom pečlivě rozlišoval mezi interpretací práva (*Rechtsauslegung*) a mezi jeho tvorbou (*Rechtsfortbildung*).¹¹⁵ Při interpretaci práva bychom měli odhalit myšlenku zákonodárce skrytou v textu, při tvorbě (dotváření) práva se vykládající subjekt odchyluje od původní myšlenky zákonodárce. Při interpretaci by pak právníci měli využívat čtyři prvky výkladu - gramatický, logický, historický a systematický. Předmětem gramatického výkladu je slovo jako prostředek přechodu z myšlení zákonodárce do myšlení našeho. Logická metoda je založená na logickém vztahu, ve kterém k sobě jednotlivé části navzájem stojí. Historická metoda v sobě zahrnuje argumenty trojího typu:

¹¹¹ čl. 95 odst. 1 Ústavy ČR.

¹¹² Boguszak, J. Čapek, J.; Gerloch, A.: Teorie práva, ASPI publishing s.r.o., Praha, 2003 str. 144.

¹¹³ Streck, L. L.: Deconstructing the Model of Judges: Legal Hermeneutics and Beyond the Subject-Object Paradigm, Nevada Law Journal, vol. 10, 2009 - 2010, str. 698.

¹¹⁴ Hlouch, L.; Hroch, J.; Konečná, M.: Proměny hermeneutického myšlení, CDK, Brno, 2010, str. 137 a násl.

¹¹⁵ Srov. Sobek, T.: Nemorální právo, Praha: Ústav státu a práva, 2009, str. 324.

zjištění situace která existovala v době přijetí zákona; zjištění stavu na který zákonodárce reagoval a konečně zjištění způsobu, kterým reagoval. Systematická metoda užívá kontextu celého právního řádu, do kterého vstupuje nová norma.¹¹⁶ V moderních učebnicích teorie práva se ještě doplňuje metoda teleologická, která zhruba odpovídá argumentaci účelem zákona (telos = účel). I tu však již Savigny znal, jak poznamenává P. Holländer.¹¹⁷

Celá tato pětice výkladových metod se dodnes hojně využívá a stojí v základu právní interpretace.¹¹⁸ Celý Savignyho interpretační systém tvoří metodu - hledá způsob, podle kterého by mohli při rekonstrukci právní normy všichni odborníci dospět ke stejnému výsledku. Ze snahy o nalezení takovéto spolehlivé metody výkladu vznikl v právní teorii celý myšlenkový proud - metodologická interpretace. Hlavním cílem právní metodologie je tedy zajištění předvídatelnosti soudního rozhodování a tím i zabránění soudcovské svévole.¹¹⁹

Obdobný metodologický proud lze nalézt u všech humanitních věd. Rozvíjel se především v 19. století. Tehdy se věřilo, že se dá v humanitních vědách dosáhnout objektivitu jen cestou vyřazení situačně rozumějící subjektivity (např. vyřazením všech předsudků).¹²⁰

3.2. Fenomenologická hermeneutika

Pro tradiční metodologickou právní interpretaci je důležitý okamžik, kdy začneme interpretovaný text číst. Od toho okamžiku užíváme metodu a směřujeme k tomu, abychom podle ní dopěli ke správné jednotné interpretaci. Ve skutečnosti má ale interpretace přesahy ještě před tento okamžik.

Martin Heidegger ve svém díle *Bytí a čas* při zkoumání bytí naráží na zajímavý paradox. Vždy se nacházíme v určitém porozumění bytí. Všichni rozumíme tomu, když se řekne „Obloha je modrá.“ Žijeme tedy v jistém porozumění bytí ale „*smysl bytí zůstává přitom zahalen v temnotě*“.¹²¹ Chceme-li zkoumat smysl bytí (interpretovat ho), budeme na něj vždy hledět z perspektivy jeho vlastního předběžného porozumění. Tedy ptáme-li se na to, co je

¹¹⁶ Srov. Holländer, P.: Filosofie práva, Aleš Čeněk, Plzeň, 2006, str. 221.

¹¹⁷ Ibid.

¹¹⁸ Savignyho výkladovou metodu popisuje většina učebnic teorie práva např. Boguszak, J. Čapek, J.; Gerloch. A.: Teorie práva, ASPI publishing s.r.o., Praha, 2003 str. 150 a násl. nebo Harvánek J. a kol.: Teorie práva, 2. vydání, Masarykova univerzita, Brno, 2004, str. 178 a násl.

¹¹⁹ Melzer, F.: Metodologie nalézání práva. Úvod do právní argumentace, 1. vydání, C. H. Beck, Praha, 2009, str. 9.

¹²⁰ Grondin, J: Úvod do hermeneutiky, OIKÚMENÉ, Praha, 1997 str. 142.

¹²¹ Heidegger, M.: Bytí a čas, OIKÚMENÉ, Praha, 1996, str. 20.

bytí, pohybujeme se v určitém rozumění, co toto „je“ znamená, aniž bychom mohli pojmově fixovat co toto „je“ znamená.¹²²

Tento poměrně krátký úryvek inspiroval jeho žáka *Hanse-Georga Gadamera* k vypracování teorie filosofické hermeneutiky. Tradiční před-gadamerovská výkladová metoda dělila interpretaci do třech po sobě jdoucích fází: porozumění (*subtiliti intelligendi*); interpretace (*subtiliti explicandi*) a konečně aplikace (*subtiliti aplicandi*).¹²³ Hans Gadamer si uvědomil, že všechny tyto tři fáze od sebe nelze oddělit. Chceme-li čemukoliv rozumět, musíme interpretovat. Jsme k interpretaci přímo odsouzeni.¹²⁴ Výklad je součástí našeho každodenního života - chceme-li rozumět zprávě v novinách, chceme-li rozumět divadelnímu představení, chceme-li pochopit gesta policisty řídícího dopravu, musíme nejprve interpretovat. Složitější už je spojení rozumění/výkladu s aplikací. Tradiční hermeneutika brala aplikaci jako fázi následnou, která už po výkladu nemusela nutně přijít.¹²⁵ Každé rozumění je motivováno otázkami, se kterými k textu přicházíme. Tyto otázky budoucí rozumění dokonce předurčují. „*Text začne promlouvat jen díky otázkám, které na něj dnes zaměřujeme.*“¹²⁶ Budeme-li vykládat právní text pro soudní aplikaci, bude nám vycházet jiný interpretační výsledek, než když ho budeme vykládat jako součást divadelního představení. V prvním případě bychom se měli dostat k právní normě, ve druhém spíš k myšlence díla, k dojmu, jež na nás zapůsobí. Tedy předpokládaná následná aplikace interpretačního výsledku ovlivní interpretaci samotnou ještě před jejím začátkem.

Popsané platí pro právní argumentaci zvláště. Pramen práva je interpretován z perspektivy určitého případu, ať už opravdového nebo fiktivního.¹²⁷ Interpretace, aplikaci a rozumění od sebe nejde oddělit, jsou součástí interpretace jako takové.

Stejně jako následná aplikace, bude interpretaci ovlivňovat i historické zasazení interpretující osoby. Tak jako při zkoumání bytí už z určitého před-rozumění bytí musíme vycházet, tak i když se pokoušíme interpretovat jakýkoliv text, jakoukoliv skutečnost, budeme vycházet z vlastních vnitřních před-rozumění dané skutečnosti. Toto před-rozumění je nevyhnutelnou součástí člověka jako bytosti historicky zasazené. Před-rozumění není něco, co

¹²² Hroch, J.: Filosofická hermeneutika v dějinách a v současnosti, nakladatelství GEORGETOWN, Brno, 1997, str. 39.

¹²³ Ludwig, L. C.: Hermeneutics - the Path of the Hermeneutic-Ontological Shift and the Decolonial Shift, Nevada Law Journal, vol. 10, 2010, str. 639.

¹²⁴ Streck, L. L.: Deconstructing the Model of Judges: Legal Hermeneutics and Beyond the Subject-Object Paradigm, Nevada Law Journal, vol. 10, 2010, str. 683.

¹²⁵ Ibid, Ludwig, L. C.

¹²⁶ Grondin, J.: Úvod do hermeneutiky, OIKÚMENÉ, Praha, 1997 str. 148.

¹²⁷ Ibid, Ludwig, L. C.: str. 642.

by se dalo přijmout nebo odmítnout. Je základem, od kterého se odvíjí všechno rozumění, je dokonce podmínkou jakéhokoliv pochopení.¹²⁸ Před-rozumění má následující strukturu:

1. **Předvědění** - v okamžiku, kdy se subjekt interpretace podívá do pramene práva, už k němu přistupuje s určitou mírou znalostí.¹²⁹ Člověk s vysokoškolským právním vzděláním zná jednotlivé právní instituty, orientuje se v judikatuře, zná podobné případy apod. Ale i člověk bez právního vzdělání má jakousi formu předvědění - četl o právních případech v novinách, probíral s kolegou právníkem v práci podobný případ. Podstatnou složkou předvědění je i právní jazyk. Je jedním z odborných jazyků. Od jazyka obecného se liší nejen skladbou, slovníkem, ale i specifickou stylistikou. Právní slovník například postrádá jakékoliv citoslovce¹³⁰, používá prvorepublikové obraty v obecném jazyce už nepoužívané¹³¹ a od obecného jazyka se liší i svou snahou o maximální stručnost a výstižnost. Tedy předvědění tvoří soubor vědomostí, které se vážou k interpretovanému objektu a které subjekt interpretace má v okamžiku kdy začíná akt interpretace.

2. **Předporozumění** - ještě předtím, než subjekt interpretace začne interpretovat samotnou právní normu, má už určitou míru předporozumění. Soudce, který vychází ze zjištěného skutkového stavu už tuší, pod kterou normu by měl skutkový stav subsumovat. A to ještě dříve, než se podívá do samotného pramene práva. Gadamer to vysvětluje: „jakmile se někomu v textu nabídne nějaký první smysl, utvoří si představu o smyslu celku. A onen smysl se ukáže jen proto, že s očekáváním určitého smyslu už číst začal.“¹³²

3. **Předsudek** - neboli předmínění, je vlastně iracionální částí před-rozumění. Představuje soubor hodnotových soudů, předsudků, intuitivních soudů, které má každá vykládající osoba směrem k interpretovanému textu.¹³³

¹²⁸ Srov. Ibid, *Ludwig, L. C.*: str. 630.

¹²⁹ Srov. *Hlouch, L.; Hroch, J.; Konečná, M.*: Proměny hermeneutického myšlení, CDK, Brno, 2010, str. 50 a násl.

¹³⁰ Představa, že by právní norma mohla obsahovat citoslovce je sama o sobě absurdní (např. kdo se na jiném neprávem obohatí, musí takovéto obohacení vydat bum, šaka-laka.) k výkladu o právním jazyku srov. blíže *Holländer, P.*: Filosofie práva, Aleš Čeněk, Plzeň, 2006, str. 214.

¹³¹ Např. pojmenování jednotlivých smluvních kontrahentů se v obecném jazyce příliš nepoužívá (zmocněnec a zmocnitel), jako i obecná obliba přechodníků v právních textech.

¹³² *Gadamer, H.-G.*: Gesammelte Werke 1, str. 271 podle *Hlouch, L.; Hroch, J.; Konečná, M.*: Proměny hermeneutického myšlení, CDK, Brno, 2010, str. 51.

¹³³ *Hlouch, L.; Hroch, J.; Konečná, M.*: Proměny hermeneutického myšlení, CDK, Brno, 2010, str. 53.

Před další prací s pojmy před-rozumění a předsudku je třeba je zbavit jejich pejorativního nádechu. Ten ve společenských vědách zůstal od dob osvícenství. Právě tato epocha zdůrazňovala nutnost úplného negování všech předsudků. Základním předsudkem osvícenství je předsudek proti předsudkům vůbec.¹³⁴ Tedy ani osvícenství se předsudkům nevyhnulo.

Gadamer odmítá pozitivistický příkaz oprostít se úplně od předsudků z důvodu očištění výsledků interpretace od subjektivity. Člověk si má „být vědom vlastní předpojatosti, aby text sám vystoupil ve své jinakosti a dostal tím možnost uplatnit svou věcnou pravdu proti našemu předchůdnému mínění.“¹³⁵ Protože čím a jak bychom mohli interpretovat, pokud bychom se zbavili všech našich před-struktur (např. znalost jazyka, právního vědomí i právních vědomostí)?

Před-vědění se nemůžeme vyhnout, protože jsme osoby historicky zasazené. Žijeme v určité tradici, v určitém čase a místě. To je nám natolik vlastní, že si to mnohdy neuvědomíme, dokud není naše samozřejmost něčím narušená (např. setkáním s jinou kulturou). Tato danost ve světě je součástí našeho bytí.¹³⁶ „Rozumění je vždy pokračováním již předem započatého rozhovoru.“¹³⁷ Tato historická vrženost vytváří interpretující osobě horizont, který určuje, co může v daném textu vidět.¹³⁸

Přijetím interpretace odrážející se od historického ukotvení osoby, od jejích před-struktur, ve svém důsledku přijímáme tezi, že neexistuje objektivní interpretace. Interpretace v tomto pojetí nebude nikdy pouze reproduktivní, ale vždy, vzhledem k implikaci aplikace v tázání samém, alespoň částečně tvůrčí.¹³⁹

Mohlo by se zdát, že taková míra subjektivizace nutně povede k arbitrárnímu rozhodování. Máme tady horizont čtenáře, který už dopředu bude spoluurčovat, jak daný text bude interpretovat. Ale i text má svůj horizont. Chceme-li tedy porozumět, musíme umožnit, aby došlo ke svébytnému splynutí a prostoupení horizontu čtenáře a horizontu textu (horizontu současnosti a minulosti).¹⁴⁰ Každý z těchto horizontů může vycházet z trochu jiné tradice, každý může vidět svět jinými očima. Budeme-li se snažit skrze naše reflektované před-struktury pochopit smysl textu (který budeme vždy nejdřív považovat za koherentní,

¹³⁴ Hroch, J.: Filosofická hermeneutika v dějinách a v současnosti, nakladatelství GEORGETOWN, Brno, 1997, str. 53.

¹³⁵ Grondin, J.: Úvod do hermeneutiky, OIKÚMENÉ, Praha, 1997 str. 143.

¹³⁶ Ravitch, F. S.: Interpreting Scripture/Interpreting Law, Michigan State Law Review, summer 2009, str. 382.

¹³⁷ Ibid, Grondin, J.: str. 148.

¹³⁸ Ibid, Ravitch, F. S. str. 381.

¹³⁹ Ibid, Grondin, J.: str. 147.

¹⁴⁰ Hroch, J.: Filosofická hermeneutika v dějinách a v současnosti, nakladatelství GEORGETOWN, Brno, 1997, str. 58.

protože proč bychom se jinak u něho zabývali smyslem?)¹⁴¹, nejprve si skrze první srozumitelné prvky načrtneme, jaký by mohl mít text smysl jako celek.¹⁴² Skrze tento první náčrt rozumění budeme podrobovat kritice jak prvně srozumitelné prvky, tak naše před-struktury.¹⁴³ A pak s pozměněnými před-strukturami a srozumitelnými prvky textu zpět ke smyslu textu obecně. Roztáčí se kruh mezi obecným a konkrétním, mezi subjektem a objektem, roztáčí se hermeneutický kruh. „*Hermeneutický kruh se tedy odehrává v mysli interpreta, a předporozumění je vstupem i výstupem procesu.*“¹⁴⁴ Abychom v kruhu postupovali směrem k lepšímu rozumění, musíme zjistit, které z před-struktur k lepšímu rozumění povedou (ty si ponechat) a které budou od lepšího rozumění spíš odvádět (a ty pokud možno opustit). A tady je největší slabina fenomenologické hermeneutiky v případě použití při aplikaci práva. Nejčastěji jsme schopni rozeznat před-struktury vedoucí k lepšímu rozumění od těch vedoucích opačným směrem v dějinném ohlédnutí. Na to je potřeba časový odstup - díky němu soud může být poněkud jistější.¹⁴⁵ Ale ten si soudce v případě rozhodování aktuální kauzy nemůže dovolit. A právě tady se může uplatnit teorie právního diskursu. V něm se setkává více horizontů, více hermeneutických vysvětlení, konkurují si a to může pomoci vyřešit otázku před-struktur o něco dříve.

Celou fenomenologickou hermeneutiku nesmíme vnímat jako metodu výkladu. Ani jako popření funkce interpretační metodologie.¹⁴⁶ Spíš než jako metodu výkladu, *Gadamer* popisuje hermeneutiku jako průběh výkladu a jeho možnou cestu k rozumění. „*Nad dějinami působení nemáme moc ani jimi nemůžeme disponovat.*“¹⁴⁷ Fenomenologická hermeneutika je poznání o rozumění, nic víc, nic míň.

Vraťme se ale k původnímu tématu této práce. Morálka jako normativní systém je součástí naší tradice. Vyrůstá z ní, je společensky zprostředkovaná (např. v průběhu socializace).¹⁴⁸ Je-li součástí naší tradice, bude zcela jistě i součástí před-struktury. Proto nutně musí vstupovat do interpretace obecně a do právního výkladu (pro obsahovou příbuznost v případě oblasti obsahově společné pro právo i morálku) zvláště. Otázkou nevyřešenou ovšem zůstává, jak s touto znalostí naložit. Tady se nabízí hned několik možností.

¹⁴¹ *Gadamer, H.-G.*: Problém dějinného vědomí, FILOSOFIA, Praha, 1994, str. 47.

¹⁴² *Ibid.*, str. 43.

¹⁴³ *Ibid.*, str. 45.

¹⁴⁴ *Hlouch, L.; Hroch, J.; Konečná, M.*: Proměny hermeneutického myšlení, CDK, Brno, 2010, str. 53.

¹⁴⁵ *Ibid., Grondin, J.*: str. 144.

¹⁴⁶ *Streck, L. L.*: Deconstructing the Model of Judges: Legal Hermeneutics and Beyond the Subject-Object Paradigm, Nevada Law Journal, vol. 10, 2010, str. 697.

¹⁴⁷ *Ibid., Grondin, J.*: str. 145.

¹⁴⁸ *Srov. Anzenbacher, A.*: Úvod do etiky, Zvon, Praha, 1994, str. 109.

Možnost první: *před-struktury ignorovat.* Tato možnost asi nebude úplně ideální. Pokud jsme (s určitou mírou přesvědčivosti) zjistili, že morálka vstupuje do právní interpretace v podobě před-struktur, byla by škoda této znalosti nevyužít. Pro hermeneutický kruh je podstatné, abychom si byli vědomi svých vlastních před-struktur. Ty jsou v průběhu interpretace konfrontovány s jinou perspektivou (horizontem textu) a tím zpochybňovány, což je podle teorie fenomenologické hermeneutiky jeden ze základních principů porozumění.¹⁴⁹

Možnost druhá: *reflektovat před-struktury a interpretaci od nich co možná nejvíce očistit.* Tento přístup je pozůstatkem osvícenství a jeho výše zmíněného předsudku proti předsudkům. Nemůžeme se zbavit všech před-struktur.¹⁵⁰ Pak bychom neměli čím interpretovat, horizont čtenáře by se smršknul na nulu. Vzhledem k tomu že do před-struktur patří i znalost jazyka, nebo znalost významu jednotlivých slov, není možné se jich zbavit úplně. Z logiky věci by muselo jít o selektivní výběr. Ale jak poznáme, že některý předsudek povede k většímu rozumění a některý k menšímu, dokud nezačneme interpretovat? Nemůžeme se zbavit svých před-struktur, dokud nezjistíme, že v interpretaci nevedou k lepšímu rozumění. V případě právní interpretace se můžeme pokusit o zobecnění a některé před-struktury dopředu z právní argumentace vyřadit. Ale to se nesmí stát bez důkladného zdůvodnění, proč danou před-strukturu z rámce právní interpretace vylučujeme.

Možnost třetí: *reflektovat před-struktury a aktivně s nimi pracovat.* To nemusí nutně znamenat, že by soudce musel užívat morální argumenty. Ale musí si být vědom svých předsudků, které vnáší do interpretace a podrobit je kritickému přezkoumání. Jednou z metod, jak tento proces podrobit kontrole, by mohla být povinnost uvést důležité neprávní základy rozhodnutí v rozsudku. V praxi by takový příkaz neměl valného smyslu. Interpretace je vnitřní proces každého soudce, do kterého se z vnějšku dá jen velmi těžce proniknout. Proto bychom mohli před-strukturám uvedeným v rozsudku jen věřit nebo nevěřit. Ničím by to nepřispělo k právnímu diskursu a tím by taková povinnost byla nadbytečná.

Jediná metoda, která mne pro zlepšení práce s morálkou jako s před-strukturou napadá, je dát soudcům možnost vzdělávat se v etice (vzhledem k nezávislosti soudní moci by bylo nanejvýš problematické soudce k něčemu takovému nutit). To by soudcům nabídlo myšlenkový aparát - filosofický slovník, morální teorie, způsoby (metody) jejich aplikace. Zracionalizované morální předrozumění by pak, za předpokladu že by bylo konfrontováno s kritickým horizontem textu, mohlo nabídnout potřebný aparát pro vypracování dostatečně

¹⁴⁹ Ibid, *Gadamer, H.-G:* str. 51.

¹⁵⁰ K procesu očišťování před-struktur např. Ibid, *Gadamer, H.-G:* str. 45.

pevné argumentace. Protože ta jediná bude při zpětném hodnocení v právním diskursu přezkoumatelná a tím pádem schopná posunout horizont právní vědy o něco dál.

4. Morální argumenty v metodice právní interpretace

Právo je souborem platných právních norem.¹⁵¹ Soudce aplikující právo bude při své rozhodovací praxi aplikovat některou z právních norem na daný skutkový stav. Aby mohl tuto myšlenkovou operaci uskutečnit, musí nejprve právní normu nalézt. Proto je jednou z klíčových otázek právní teorie, a především částí zabývající se právní interpretací, problém definování právní normy.

Už sama odpověď na otázku, co je právní norma, bude určovat, jakou měrou se mohou mimoprávní normativní systémy podílet na právní interpretaci. Budeme-li za právní normu považovat jen text právního pramene (vyslovíme-li tedy předpoklad, že soudce je vázán textem zákona), nebude morálním argumentům vstup do práva vůbec povolen (kromě případů, kdy na ně pozitivní právo samo odkáže). A naopak, definujeme-li právní normu jako jakousi ideální předmětnost v platonském slova smyslu,¹⁵² může být průnik neprávních normativních systémů do práva velmi široký.

Soudce je podle čl. 95 Ústavy „vázán zákonem a mezinárodní smlouvou, která je součástí právního řádu.“ Tento článek určuje, kde by soudce měl při svém rozhodování právní normy hledat. Opusťme oblast mezinárodních smluv a podívejme se blíže na zákon, jako na obecně závazný normativní právní akt a jako na hlavní zdroj právní normativity kontinentálních právních systémů.¹⁵³

Vázanost soudce zákonem je ústavní princip. Jak ho ale vyložit? První podstatným momentem je omezení zdrojů takovéto normy na zákon a mezinárodní smlouvu. Ale kde přesně v zákoně právní normu hledat?

V přístupu k právní normě lze rozeznat několik základních typových řešení. Buď je právní norma rovna textu zákona, pak by soudce byl vázán právě jen textem zákona. Právní normy by odpovídaly jednotlivým paragrafům, popřípadě odstavcům nebo větám. Samotný text zákona může být jazykově matoucí, nejasný. Jedno ustanovení zákona může být v rozporu s jiným ustanovením apod. Pro takové případy byla vytvořena různá interpretační pravidla

¹⁵¹ Boguszak, J. Čapek, J.; Gerloch, A.: *Teorie práva*, ASPI publishing s.r.o., Praha, 2003 str. 25.

¹⁵² K idejím blíže viz: Horský, M.: *Znovu k ideji Dobra mezi Platónem a Aristotelem*, PAIDEIA VI/2009, dostupná na int. adrese: http://userweb.pedf.cuni.cz/paideia/download/horsky_palous.pdf.

¹⁵³ Srov. Gerloch, A.: *Teorie práva*, 3. rozšířené vydání, Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, s.r.o., Plzeň 2004, str. 75.

(*lex superior derogat inferiori, lex specialis derogat generali*).¹⁵⁴ K použití takovýchto argumentů jsou ale potřeba některé mimoprávní standardy. K rozlišení pramene práva s vyšší a nižší právní silou, nebo k rozlišení obecné a zvláštní právní úpravy, potřebujeme určitá kritéria. Tato však nebudou přímo v textu ustanovení. Proto je vázanost textem zákona rozmělněna v závislosti na tom, jaká další pravidla lze zapojit.¹⁵⁵ Rovnost textu zákona a právní normy míří proti zjištění fenomenologické hermeneutiky, jak jsem ji popsal výše. Spojuje předmět interpretace, tedy to co interpretujeme, s interpretačním cílem, tedy s právní normou.¹⁵⁶ Sama právní norma se nikdy nemůže rovnat textu zákona samotnému, interpretace se bude aplikovat vždy a vždy ji bude ovlivňovat historická vrženost (zasazenost) interpretující osoby. Člověk může rozumět řečenému (vyslovenému), ale to ještě neznamená, že chápe to, o čem je řeč.¹⁵⁷

Kvůli všem předchozím nedostatkům je třeba předchozí přístup rozvolnit. Z vázanosti textem zákona se stává vázanost zákonem a s tím přichází i druhý interpretační přístup. Právní norma je obsažena v zákoně, ale není přímo totožná s jejím jazykovým vyjádřením. Přesto je s ním natolik spjatá, že soudce nemůže hledat právní normu *contra* ani *praeter verba legis*. Soudce nesmí právo jakkoliv dotvářet. Celá tato koncepce vychází z tzv. negativní věty. „Všeobecná negativní věta spočívá v tom, že kromě pravidel, která nejsou významem nějakého konkrétního ustanovení právního předpisu, neexistuje žádné právo.“¹⁵⁸ Každý spor lze rozhodnout na základě platného práva a žádné extralegální standardy rozhodování, nemající kořeny v právu nebo právní vědě a na které by neodkazoval zákon sám, nejsou potřeba. Vycházíme tedy z textu zákona, extralegální standardy omezíme na minimum i za cenu zvýšené tvrdosti zákona v určitých případech.

Oproti tomuto přístupu stojí volné vykládání práva nebo také racionální legální aplikace práva.¹⁵⁹ Soudce se podle tohoto paradigmatu může pohybovat *praeter* a v určitých odůvodněných případech dokonce i *contra legem*. Soudce může právo dotvářet.

A na opačné straně stupnice je zcela volné vykládání práva. Tedy možnost soudce pohybovat se v argumentaci relativně nezávisle na textu zákona, vykládat zákon *contra* i *praeter legem* bez zvláštního zdůvodnění.

¹⁵⁴ Gerloch, A. a kol.: Nové jevy v právu na počátku 21. století. II, Teoretické a ústavní impulzy rozvoje práva, Karolinum, Praha, 2010, str. 48.

¹⁵⁵ Ibid.

¹⁵⁶ Pelikánová, I.: Rozum, právo a interpretace, Bulletin advokacie 12/2010, Impax s.r.o., Praha, str. 23.

¹⁵⁷ K řeči a její interpretaci blíže Heidegger, M.: Bytí a čas, OIKÚMENÉ, Praha, 1996, str. 195 a násl.

¹⁵⁸ Melzer, F.: Metodologie nalézání práva. Úvod do právní argumentace, C. H. Beck, Praha, 2009, str. 213.

¹⁵⁹ Blíže viz Kühn, Z.: Aplikace práva ve složitých případech, k úloze právních principů v judikatuře, Karolinum, Praha, 2002, str. 244.

4.1. Základní klasifikace argumentů

Argumentem pro rozhodnutí soudce by mohlo být (bez racionálního zhodnocení) v zásadě cokoliv - od tradičních právních argumentů po náboženský příkaz či sen, který se soudci v noci zdál. Ale jenom některé z těchto argumentů povedou k lepší interpretaci.

Tradiční klasifikace na argumenty jazykové, logické, systematické, historické a teleologické¹⁶⁰ je příliš obecná a nezahrnuje všechny myslitelné a praxí používané interpretační argumenty. A. Gerloch ve své Teorii práva tyto metody dělí na standardní (první tři jmenované), které představují nezbytnou součást interpretace, a nadstandardní (všechny zbývající), které mají mít při interpretaci doplňkovou funkci.¹⁶¹ Toto dělení je blíž jádru problému, který zde odkrýváme. Představme si možné argumenty rozdělené na ose podle míry formalizace důvodů jejich platnosti. Na jedné straně budou stát argumenty vycházející nejvíce ze samotného textu zákona (např. jazykový výklad), o kousek dál budou argumenty vycházející z účelu zákona (formalizace důvodu jejich platnosti je nižší než u argumentů čistě jazykových), dále ty, které budou mít důvod své platnosti v pouhém uznání, a nakonec ty, které nebudou mít ani to.¹⁶²

S postupem po ose se budou měnit hodnoty, které jednotlivé argumenty posilují. Zatímco argumenty formalizačně nejbližší prameni práva budou prospívat především principu právní jistoty,¹⁶³ dělby moci¹⁶⁴ a jednotnosti rozhodování,¹⁶⁵ s větší vzdáleností argumentů od formalizace se otevírá možnost pro širší racionální zhodnocení jednotlivých případů a tím i dosažení spravedlnosti ve smyslu větší konformity s názorem na řešení určitých situací převládajícím ve společnosti,¹⁶⁶ ale pokud bychom zašli příliš daleko, otevírá se prostor pro arbitrární rozhodování a osobní libovůli soudce.¹⁶⁷ Jak jsem se výše pokusil dokázat, k tomu, abychom vyřadili jakoukoliv před-strukturu z intencí interpretace, musíme nejprve prokázat, že její aplikace nepovede k lepšímu pochopení interpretovaného textu. Osu možných

¹⁶⁰ Boguszak, J. Čapek, J.; Gerloch, A.: Teorie práva, ASPI publishing s.r.o., Praha, 2003 str. 150 a násl.

¹⁶¹ Gerloch, A.: Teorie práva, 3. rozšířené vydání, Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, s.r.o., Plzeň 2004, str. 146.

¹⁶² Blíže k argumentaci formální platností viz Gerloch, A.; Tryzna, J.: Závaznost právních textů při interpretaci a aplikaci práva soudy a argumentace lege artis in Gerloch, A. (ed): .: Nové jevy v právu na počátku 21. století. II, Teoretické a ústavní impulzy rozvoje práva, Praha, 2010, str. 54.

¹⁶³ Ibid, str. 55.

¹⁶⁴ Ibid, str. 56.

¹⁶⁵ Ibid, str. 50.

¹⁶⁶ Gerloch, A.; Tryzna, J.: Nad vázaností soudce zákonem z pohledu některých soudních rozhodnutí, Právní rozhledy, 1/2007, str. 29.

¹⁶⁷ K právu jako libovůli blíže např. Pelikánová, I.: Rozum, právo a interpretace, Bulletin advokacie 12/2010, Impax s.r.o., Praha, str. 27.

argumentů nejprve zkusíme omezit (aby se z přímky stala úsečkou) a poté na ní najít oblast, ve které by se měl soudce v průběhu své argumentace pohybovat. Lépe řečeno najít oblast, ze které by soudce neměl vystoupit.

4.2. První omezení argumentů použitelných soudy - racionální

Interpres v doslovném smyslu znamená ten, který „skáče do řeči“, tlumočník – někdo, kdo mluví mezi dvěma.¹⁶⁸ Interpretace je výsledkem působení tří činitelů: tvůrce textu, interpreta a publika.¹⁶⁹ Z jedné strany tedy je ten, co mluví - v případě právní interpretace to bude zákonodárce, uprostřed interpretující osoba - v našem případě soudce, a nakonec osoba, pro kterou je interpretováno.

V případě soudního rozhodnutí musí být neodmyslitelně publikem strany sporu - těm především je rozsudek jako výsledek interpretace a aplikace určen. Ale existují i další kategorie publika. Některé z nich souvisí s nenormativními funkcemi práva,¹⁷⁰ jiné se zájmem odborné veřejnosti, další s činností vyšších soudů a faktickou závazností jejich judikatury.¹⁷¹ V právní interpretaci existuje dokonce určitá kvalifikovaná skupina diváků - autorit, „do jejichž vkusu musí normotvůrce, stejně jako interpret (aplikující subjekt, nižší soud, atp.), zasáhnout. Bez této konvence bude interpretace označena jako nevhodná a nepřijatelná.“¹⁷² Publikum může interpretaci ovlivnit víc, než se na první pohled zdá.¹⁷³

Tento zvláštní rys interpretace velice dobře zachytil R. Alexy ve své diskursivní teorii. Nejlepším možným způsobem, jak se přiblížit pravdě, není vytvoření individuálního soudce Herkula - jeho způsob myšlení je monologický.¹⁷⁴ Představme si modelovou situaci - černočervená krabička je položena mezi dvě pozorující osoby, přičemž každá z nich může vidět právě jen jednu stranu - první osoba černou, druhá červenou. Pokud by se v této situaci ocitl člověk bez možnosti dialogu, pravděpodobně by nabyl přesvědčení, že krabička je jednobarevná. K pravdě o krabičce (tedy k samotné její podstatě bytí) se ani jeden z nich

¹⁶⁸ Gadamer, H.-J.: Text a interpretace, *Reflexe*, filosofický časopis, 21/2000, str. 24.

¹⁶⁹ Škop, M.: Právo jako hudba. *Časopis pro právní vědu a praxi*, 1/ 2011, str. 36.

¹⁷⁰ K nenormativním funkcím práva blíže Buzek, L.: Nenormativní rozměr působení práva ve společnosti, *Jurisprudence, ASPI, a.s.*, 8/ 2008; nebo Buzek, L.: Nenormativní funkce a role práva, *Jurisprudence, ASPI, a.s.*, 7/ 2008.

¹⁷¹ Blíže k závaznosti judikatury vyšších soudů in Kühn, Z.; Bobek, M.; Polčák, R.: *Judikatura a právní argumentace*, Auditorium, Praha, 2006, str. 40 a násl.

¹⁷² Škop, M.: Právo jako hudba. *Časopis pro právní vědu a praxi*, 1/2011, roč. 19, str. 36.

¹⁷³ *Ibid.*

¹⁷⁴ Habermas, J.: *Between Facts and Norms*, The MIT Press, Cambridge, Massachusetts, 1996, str. 224.

dostat nemůže, ale pomocí dialogu se k ní mohou přiblížit (minimálně k vědomosti o její dvoubarevnosti).

Komunikace může pomoci i ve složitějších případech, než je dvoubarevná krabička, ale aby byla účinná, musí se co nejvíce přiblížit ideální komunikační situaci. To je taková situace, kdy budeme mít neomezený čas, neomezené množství účastníků komunikace a žádnou hrozbu nátlaku.¹⁷⁵ Abychom zajistili racionalitu takové komunikace, musíme splnit ještě další tři pravidla:

1. Zajistit, aby argumentace nebyla ukončena bez racionálního podnětu.
2. Zajistit jak svobodnou volbu témat argumentace, tak zahrnutí nejlepších informací a zdůvodnění skrz universální a rovný přístup k argumentaci.
3. Vyloučit jakýkoliv nátlak jiný než tlak lepšího argumentu.

A to všechno tak, aby byly všem zúčastněným osobám znemožněny jiné motivy, než společné přibližování se k pravdě.¹⁷⁶

Zbavme se pro další použití výtky, že ideální komunikační stav je nereálný a ve skutečnosti nikdy nemůže existovat.¹⁷⁷ Berme ho jako myšlenkový experiment, ne nepodobný např. idealizaci v oblasti teorií společenské smlouvy.¹⁷⁸ Spokojme se s tím, že se tomuto ideálnímu stavu můžeme přiblížit. Tím sice nedosáhneme jediné správné odpovědi, ale takovýto praktický (reálný) diskurs nám poskytne pluralitu možných odpovědí na danou otázku.¹⁷⁹ Nyní tento obecný praktický diskurs zasadíme do rámce právního uvažování. Alexy ve vztahu k právu rozlišuje čtyři postupné fáze:

1. **Obecný diskurs** - ten by se nejvíce ze všeho měl blížit ideální komunikační situaci popsané výše. Protože ideální situace nelze dosáhnout, předloží možná řešení (jako praktický diskurs bude vždy předkládat pluralitu možných řešení) zákonodárci.
2. **Legislativní proces** - zákonodárce v mezích své legitimacy zvolí mezi možnými řešeními dané situace tu, kterou právně zakotví. Avšak zákonodárce nemůže nikdy

¹⁷⁵ Ibid, str. 230.

¹⁷⁶ Ibid.

¹⁷⁷ Vyslovenou např. in *Rentto, J.-P.*: Aquinas and Alexy: A Perennial View to Discursive Ethics; *American Journal of Jurisprudence*, vol. 36, 1991, str. 161.

¹⁷⁸ K novým přístupům v teoriích spol. smluv srov. např. *Froněk, M.*: Soudobé teorie společenské smlouvy, diplomová práce, Právnická fakulta University Karlovy.

¹⁷⁹ *Backer, C.*: The Discourse-Theoretic Necessity of Flexibility in the Law, *Northern Ireland Legal Quarterly*, vol. 59, 2008 str. 135.

svým legislativním aktem odpovědět na všechny možné budoucí otázky, proto nastává fáze třetí.

3. **Právní diskurs** - daný pramen práva je pak podroben právnímu diskursu. Ten se od obecného liší zejména tím, že respektuje omezení daná charakterem daného právního systému. V právním diskursu tedy nehledáme to nejracionálnější možné řešení ze všech, ale to nejracionálnější možné řešení v rámci právního systému.

4. **Soudní rozhodnutí** - právní diskurs je opět příkladem praktického diskursu, proto bude poskytovat pluralitu možných řešení. Proto na závěr nastupuje soudní rozhodnutí jako způsob, jak o dané věci autoritativně rozhodnout.¹⁸⁰

Tyto fáze na sebe nebudou navazovat nutně jen v tomto pořadí. Spíše než pohybem po přímce se budeme pohybovat v kruhu. Skrze hodnocení soudního rozhodování se budeme vracet do právního diskursu.¹⁸¹ Vyšší soudy budou skrze opravné prostředky vnášet nové argumenty. Právní diskurs se bude vracet k obecnému (např. skrze argumenty směřující k požadavku na změnu legislativy). Z toho vyplývá, že aby mohlo být soudní rozhodnutí vzato jakkoliv v potaz (tedy aby nebylo okamžitě odmítnuto), bude muset splňovat nejméně podmínku přezkoumatelnosti. Argumenty, na kterých stojí, musí mít racionální povahu - soudce nesmí ve svém rozhodování používat argumenty iracionální povahy - pocity, sny, domněnky nepodložené argumentací apod.¹⁸² Tady bude první faktická bariéra, která bude omezovat možnosti soudce užívat argumenty, tím se výše vytyčená osa myslitelných argumentů použitelných při soudní aplikaci práva mění z přímky na úsečku. Osa možných argumentů končí u hranice racionality, zdůvodnitelnosti a přesvědčivosti.

4.3. Druhotné omezení argumentů - potřeba plurality argumentů

Právní norma jako taková se nerovná textu. I kdyby byl text sebejasnější, musíme ho podrobit interpretaci. Právní norma má předem danou možnou strukturu: *hypotéza* (podmínky realizace normy), *dispozice* (samotné pravidlo chování), *sankce* (následek porušení

¹⁸⁰ Ibid, str. 135 - 136.

¹⁸¹ K nutnosti kritizovat soudní rozhodnutí např. Eliáš, K.: Soudce a zákon, Právní rozhledy, 7/1994, str. 240 a násl.

¹⁸² Toto zjištěná konvenuje i s požadavkem pozitivního práva na odůvodnění rozsudku v § 157 OSŘ - Soud dbá o to, aby odůvodnění rozsudku bylo přesvědčivé; nebo v § 219a odst. 1 písm. b) (odvolací sodu zruší napadené rozhodnutí nepřezkoumatelné pro nesrozumitelnost).

dispozice).¹⁸³ Při složitosti právního řádu je velmi obtížné určit, kde právní norma začíná a kde končí, kde se překrývá s jinou právní normou či kde na ní navazuje.¹⁸⁴ Vezměme si např. § 420 odst. 1 ObčZ: „Každý odpovídá za škodu, kterou způsobil porušením právní povinnosti“. Dispozice je relativně jasná - není dovoleno druhému způsobovat svým protiprávním jednáním škodu. Hypotéza by tedy měla být - každý kdo takovou škodu způsobí. Ale ona nebude tak jednoduchá - každý tu jednoznačně bude vysvětleno ve smyslu § 8, 9 a 10 ObčZ (nutná způsobilost k právním úkonům), § 18 ObčZ (každým se myslí i právnická osoba), § 22 ObčZ (škoda může být způsobena v zastoupení), negativně omezeno ve smyslu § 6 ObčZ (jednání v krajní nouzi) apod. Se sankcí to bude obdobně. V každém individuálním případě se bude počet aplikovaných ustanovení profilovat jinak. Jestli celý tento soubor aplikovaných ustanovení označíme za jednu právní normu, nebo omezíme její obsah pouze na § 420 odst. 1 ObčZ a k ostatním se budeme chovat jako k právním normám dalším, příliš nezmění faktický obsah a rozsah aplikovaného práva. Vyjádříme-li ji jako normu jedinou, lépe vystihneme holistickou povahu práva. Vědomosti o šíři aplikované právní normy (např. i sama vědomost, že existují ustanovení obecná, která budou právní normu modifikovat, porozumění vzájemnému vztahu obecných a zvláštních částí zákona apod.) budou součástí před-struktur naší interpretace. Nejsou právu samotnému nikterak imanentní, nemusí být v pozitivním právu jakkoliv zmíněné, přesto vstupují do naší interpretace a ovlivňují ji významným způsobem. Nezbyvá než souhlasit s názorem Ústavního soudu: „*Jazykový výklad představuje pouze prvotní přiblížení se k aplikované právní normě. Je pouze východiskem pro objasnění a ujasnění si jejího smyslu a účelu (k čemuž slouží i řada dalších postupů, jako logický a systematický výklad, výklad e ratione legis atd.)*“¹⁸⁵

Jazykový výklad užitý samostatně není schopný odhalit obsah právní normy s dostatečnou přesností. Potřebujeme ho proto doplnit dalším argumentačním aparátem.

4.4. Vymezení oblasti soudní argumentace

Pro další zkoumání jsem omezil osu myslitelných argumentů na argumenty racionálně zdůvodněné (na straně směřující od formálních důvodů platnosti). Zároveň jsem se pokusil prokázat nutnost užití pluralitu argumentů. Na ose možných soudních argumentů tedy hledáme oblast (nikoliv bod - jeden argument) v mezích racionálního uvažování. To znamená, že

¹⁸³ Boguszak, J. Čapek, J.; Gerloch, A.: Teorie práva, ASPI publishing s.r.o., Praha, 2003 str. 77.

¹⁸⁴ Pelikánová, I.: Rozum, právo a interpretace, Bulletin advokacie 12/2010, Impax s.r.o., Praha, str. 24.

¹⁸⁵ Rozhodnutí ÚS č. 30/1998 Sb. ze dne 17. 12. 1997.

ústavní princip vázanosti soudce zákonem nemůže znamenat ani vázanost textem zákona, ani zcela volný soudní výklad. Pohybujeme se tedy v oblasti od vázanosti soudce zákonem po racionální legální přístup k právu.

Vybíráme-li argumenty pro soudní použití, volíme tím ve svém důsledku mezi několika možnými principy fungování práva. Čím víc budeme možnou argumentaci omezovat směrem k formalizovaným argumentům, tím víc by se měl projevovat princip právní jistoty, dělby moci a jednotnosti rozhodování na úkor principu racionálního rozhodování a jeho většímu přiblížení se ke spravedlnosti. Chceme-li některou z před-struktur interpretace vyřadit z vlivu na interpretaci, musíme nejprve přesvědčivě zdůvodnit, proč ji vyřazujeme. Rozeberme tedy argumenty omezující výkladové metody jen na ty nejvíce formalizované.

Argument dělby moci - Žijeme v demokratickém právním státě založeném na dělbě moci.¹⁸⁶ Zákonodárce vytváří pramen práva, který soudce vykládá. V tradičním kontinentálním pojetí soudce právo netvoří, ale nalézá.¹⁸⁷ A to právě v prameni práva vydaném zákonodárcem. Aby tento princip fungoval dokonale, bylo by třeba splnit podmínku racionálního zákonodárce¹⁸⁸. Tedy takového zákonodárce, který „*jednak ví, s jakými důsledky normuje, jednak ví, jakým způsobem tak činí.*“¹⁸⁹ Terminologií výše popsané Alexyho teorie by racionální zákonodárce musel mít přístup k výsledku ideálního komunikačního stavu - výsledku ideálního obecného diskursu, nebo alespoň dokonale volit mezi možnostmi reálným diskursem mu nabízenými. A to v reálném světě není možné - jde opět o ideál. Ve skutečném světě se zákonodárce dopouští chyb.

*„Právo (myšleno systém objektivního práva) není formálně logicky perfektním systémem, setkáváme se v něm poměrně často s logickými nedůslednostmi, s účelovými řešeními, která porušují jak pravidla formální logiky, tak pravidla uspořádání tohoto normativního systému.“*¹⁹⁰

Skutečný zákonodárce je nedokonalý a vytváří systém objektivního práva obsahující chyby, zato racionální zákonodárce jako ideál musí vytvářet systém dokonalý - právo, soubor právních norem. Odlišíme-li tyto dva pojmy, bude mít smysl hovořit o vnitřní hodnotové

¹⁸⁶ Srov. např. David, R.: Politologie, Nakladatelství Olomouc, Olomouc, 2000, str. 212 a násled.

¹⁸⁷ Kühn, Z.: Aplikace práva ve složitých případech, k úloze právních principů v judikatuře, Karolinum, Praha, 2002, str. 256.

¹⁸⁸ K použití pojmu racionální zákonodárce v soudní praxi srov. např. rozhodnutí NS sp. zn. 30 Cdo 5180/2009 ze dne 18. 10. 2011, nebo rozhodnutí ÚS sp. zn. I.ÚS 517/10 ze dne 15. 11. 2010.

¹⁸⁹ Gerloch, A.; Tryzna, J.: Závaznost právních textů při interpretaci a aplikaci práva soudy a argumentace lege artis in Gerloch, A. (ed): Nové jevy v právu na počátku 21. století. II, Teoretické a ústavní impulzy rozvoje práva, Praha, 2010, str. 53.

¹⁹⁰ Pelikánová, I.: Rozum, právo a interpretace, Bulletin advokacie 12/2010, Impax s.r.o., Praha, str. 26.

bezrozpornosti právního řádu¹⁹¹, kterou budou soudy zachovávat svým výkladem. Uvažování o racionálním zákonodárci budu platné zvláště tam, kde se objeví situace, na kterou skutečný zákonodárce nemyslel, nebo myslet nemohl. Existence kyberprostoru nemohla být předvídaná, přesto se řídí právním řádem platným z dob, kdy o něm ještě nikdo, ani zákonodárce, nemohl vědět. Z takového stavu mohou nastat interpretační problémy. K vyřešení dané situace nám může pomoci, pokud se budeme ptát, jak by danou situaci vyřešil racionální zákonodárce, pokud by o dané situaci věděl.¹⁹²

Soudci tedy v dělení moci figurují spíše jako partneři skutečného zákonodárce. Jsou ale plně podřízeni zákonodárci racionálnímu. Ke zjištění vůle racionálního zákonodárce zkoumáme, jaký rozumný účel může být interpretovanému ustanovení v tomto čase přidělen,¹⁹³ což odpovídá výkladu teleologickému objektivně recentnímu.¹⁹⁴ Tento přístup konvenuje i s rozhodnutím Nejvyššího soudu sp. zn. 30 Cdo 5180/2009 ze dne 18. 10. 2011:

„Konečně Nejvyšší soud vychází z toho, že v České republice je v rámci dělby moci vyčleněna zákonodárná pravomoc moci legislativní, nikoli moci soudní. Z požadavku vázanosti soudu (v osobách soudců podle čl. 95 odst. 1 Ústavy) při rozhodování zákonem plyne, že soud může dotvářet právo tam, kde to vyžaduje účel zákona a kde by racionální zákonodárce výslovnou úpravu poskytl, pokud by k tomu měl příležitost.“

Výklad teleologický objektivně recentní má nižší míru formální platnosti než výklady standardní (v pojetí A. Gerlocha viz výše), na naší ose se bude vyskytovat někde poblíž středu. Argument dělby moci z takto podané perspektivy mluví nakonec spíš pro širší výklad práva.

Jednotnost soudní aplikace - Metodologie právní interpretace pomáhá nastolit jednotnost soudní aplikace jako hodnoty právního řádu. Jednotnost rozhodování vychází ze spravedlnostního kritéria - každému v obdobném postavení stejně.¹⁹⁵ Při neexistenci předem stanovených obecných pravidel výkladu můžeme jen stěží předpokládat, že dva případy obdobně postavených subjektů, které bude řešit jiný soudce, budou řešeny stejně.¹⁹⁶

¹⁹¹ K pojmu vnitřní hodnotové bezrozpornosti viz *Melzer, F.:* Metodologie nalézání práva. Úvod do právní argumentace, 1. vydání, C. H. Beck, Praha, 2009, str. 164.

¹⁹² *Hanuš, L.:* K argumentaci teleologickým výkladem (vázanosti soudce zákonem), *Právní rozhledy*, 7/2007, str. 241.

¹⁹³ *Ibid.*, str. 162.

¹⁹⁴ *Ibid.*, str. 158.

¹⁹⁵ Ke spravedlnosti jako rovnosti v návaznosti na soudní rozhodování srov. *Holländer, P.:* Filosofie práva, Aleš Čeněk, Plzeň, 2006, str. 264 a násl.

¹⁹⁶ *Gerloch, A.; Tryzna, J.:* Závaznost právních textů při interpretaci a aplikaci práva soudy a argumentace lege artis in *Gerloch, A. (ed):* Nové jevy v právu na počátku 21. století. II, Teoretické a ústavní impulzy rozvoje práva, Praha, 2010, str. 50.

Jednoznačně přijímaná metodologie však doposud nebyla vypracována a je velkou otázkou, jestli pro subjektivní povahu celého interpretačního procesu (nastíněnou v kapitole o fenomenologické hermeneutice) bude takovou metodologii vůbec možné vytvořit. Dosáhnout tak vždy stejného výsledku soudní aplikace je prozatím nemožné.¹⁹⁷

Jednotnost soudní aplikace zatím poměrně efektivně udržují v přijatelných mezích neinterpretační pojistky. Díky dvojinstančnosti soudní struktury bude nižší soud zohledňovat názor vyššího soudu. Vyšší soud je k nižšímu v roli autoritativního diváka interpretace, bude tedy ovlivňovat výsledek interpretace. Nižší soud se může snažit strefit do vkusu soudu vyššího. K vyšší míře jednotnosti soudní aplikace přispěje i faktická normativní síla judikátu vyšších soudů.¹⁹⁸ Otázkou ke zvážení je, zda při existenci záruk jednotnosti soudní aplikace mimo interpretaci samu a zároveň při neexistenci jednotné metodiky interpretace, je nutné a účelné omezovat možnost soudní argumentace z důvodů zvýšení jednotnosti soudních rozhodnutí jen na argumenty s nejvyšší mírou formálního zdůvodnění.

Právní jistota - Možnost subjektů práva znát dopředu právo – tedy svá práva a povinnosti – je jedním ze základních pilířů moderního právního státu. S tímto principem úzce souvisí i princip předvídatelnosti práva.¹⁹⁹ Ústavní soud ve svém rozhodnutí sp. zn. II. ÚS 3168/09 ze dne 5. 8. 2010 vyjádřil potřebu zachovávat právní jistotu takto: „*Princip předvídatelnosti práva, jakožto důležitý atribut právního státu, podstatným způsobem souvisí s principem právní jistoty a je nezbytným předpokladem obecné důvěry občanů v právo.*“

Právo bude nejlépe předvídatelné, pokud nebude docházet k překvapivým rozhodnutím, právní řád i jeho interpretace bude relativně stabilní.²⁰⁰ Zahrnuje tak v sobě mnohé, co bylo řečeno výše. S volnějším přístupem k interpretaci bude pravděpodobně klesat míra předvídatelnosti rozhodnutí. To bude platit zvláště, jestli je hlavním publikem soudních rozhodnutí odborná právní veřejnost.

Pokud budeme za hlavní publikum soudního rozhodování považovat strany sporu, tedy v mnohých případech laiky²⁰¹, bude překvapivým rozhodnutím i takové, které bude odporovat obecné představě o spravedlnosti. S postupující mírou právní regulace se právo stává čím dál tím nepřehlednější, především pro člověka bez právního vzdělání. Čím bude právní úprava složitější, tím je větší riziko, že pro osobu právně nevzdělanou bude rozhodnutí soudu

¹⁹⁷ Gerloch, A.; Tryzna, J.: Nad vázaností soudce zákonem z pohledu některých soudních rozhodnutí, Právní rozhledy, 1/2007, str. 28.

¹⁹⁸ Kühn, Z.; Bobek, M.; Polčák, R.: Judikatura a právní argumentace, Auditorium, Praha, 2006, str. 41.

¹⁹⁹ Boguszak, J. Čapek, J.; Gerloch, A.: Teorie práva, ASPI publishing s.r.o., Praha, 2003 str. 265.

²⁰⁰ Ibid.

²⁰¹ K úvahám. kdo je divákem interpretace, blíže viz článek Martina Škopa citovaný v pzn. č. 170.

v souladu s právem překvapivé. V určité době se v přestupkovém zákoně objevilo ustanovení umožňující uložit pokutu každému, kdo způsobí dopravní nehodu, při které dojde ke zranění nebo usmrcení osoby.²⁰² Podle tohoto ustanovení by mohl být potrestán i cyklista, který si zranění způsobil sám.²⁰³ Pro zraněného cyklistu neznajícího ustanovení zákona o přestupcích by rozhodnutí o udělení pokuty bylo dozajista překvapivé.

Pokud bychom chtěli definovat princip právní jistoty jako navazující na obecnou představu o právu, nejprve by bylo potřeba dané zjištění prokázat ucelenou empirickou studií. Ta doposud bohužel neexistuje. Proto nezbyvá než nechat tuto otázku otevřenou a vrátit se k původnímu pojetí právní jistoty (té vycházející ze znalostí odborné veřejnosti). Čím méně formalizované argumenty budeme používat, tím bude míra právní jistoty takto formulované pravděpodobně nižší.

4.5. Interpretací pravidlo v novém občanském zákoníku

Pro možnost argumentovat méně formalizovanými argumenty hovoří i úprava v novém občanském zákoníku. Ten ve svém § 10 ukotvuje interpretační zásady a vyjadřuje se i k možnosti průniku neprávnických systémů do právní argumentace:

§ 10

(1) Nelze-li právní případ rozhodnout na základě výslovného ustanovení, posoudí se podle ustanovení, které se týká právního případu co do obsahu a účelu posuzovanému právnímu případu nejbližšího.

(2) Není-li takové ustanovení, posoudí se právní případ podle principů spravedlnosti a zásad, na nichž spočívá tento zákon, tak aby se dospělo se zřetelem k zvyklostem soukromého života a s přihlédnutím k stavu právní nauky i ustálené rozhodovací praxi k dobrému uspořádání práv a povinností.

²⁰² § 22 odst. 1 písm. h) zákona č. 200/1990 Sb. (Zákon o přestupcích) ve znění zák. č. 411/2005 od 1. 7. 2006 do 21. 8. 2007.

²⁰³ Gerloch, A.; Tryzna, J.: Závaznost právních textů při interpretaci a aplikaci práva soudy a argumentace lege artis in Gerloch, A. (ed): Nové jevy v právu na počátku 21. století. II, Teoretické a ústavní impulzy rozvoje práva, Praha, 2010, str. 52.

Tímto ustanovením se otevírá prostor pro soudní dotváření práva,²⁰⁴ ale je zajímavé i pro naši argumentaci o možnosti průniku morálních norem do soudního rozhodování. Druhý odstavec přímo zakotvuje principy spravedlnosti jako relevantní pro právní interpretaci. Jak jsem vysvětlil výše, spravedlnostní kritérium patří vždy do světa morálních norem. Nový občanský zákoník tak přímo ukotvuje pravidla pro použití morálních argumentů v právní interpretaci. Otázkou pro budoucí soudní výklad je: Jak vykládat výkladové pravidlo?

4.6. Možnosti použití jednotlivých argumentů

Osu myslitelných argumentů použitelných při soudní aplikaci práva jsem nejprve omezil racionalitou, poté jsem se pokusil prokázat, že pouhý jazykový výklad nebude nikdy dostatečný. Rozbor argumentů vedoucích k omezení výkladových metod pouze na ty nejformálnější nebyl podle mého názoru dost přesvědčivý na to, abychom všechny ostatní výkladové metody dokázali obecně a pro všechny případy odmítnout. Zároveň však jsou tyto argumenty natolik přesvědčivé, že nemůžeme odmítnout ani jejich relevanci vzhledem k právní interpretaci.

Nemůžeme-li vyslovit jednoznačné obecné pravidlo o použitelnosti argumentace, musíme sestoupit na konkrétní úroveň.

Máme zde minimálně čtveřici právních principů (princip právní jistoty, jednotnosti soudního rozhodování, dělby moci a spravedlivého rozhodování), které budou mírou volnosti soudní interpretace ovlivněny. Všechny jsou pro fungování práva ve společnosti nezbytné, proto nemůžeme ani jeden z nich odmítnout, ani si vybrat jeden z nich na úkor dalších. Máme upřednostnit *„řešení, které chrání právní jistotu, byť za cenu silně pocíťované nespravedlnosti takového řešení, nebo řešení spravedlivé, porušující však požadavek předvídatelnosti práva?“*²⁰⁵ Velké to dilema právní vědy. V našem případě ale jde o právní principy, a ty, pokud se dostanou do konfliktu, nemusíme derogovat. Můžeme je poměřovat a vyvažovat.²⁰⁶

Vytvořme předpoklad, že by soudce měl postupovat tak, aby ve svém rozhodování dosáhl maxima z výše zmíněných právních principů. To by pak znamenalo, že při své argumentaci by měl začít u výkladových metod s největší mírou formalizace důvodů své platnosti

²⁰⁴ K tomu blíže *Bezouška, P.*: Soudcovské dotváření práva vykračující z mezí zákona v návrhu českého občanského zákoníku, *Právní rozhledy*, 1/2011.

²⁰⁵ *Gerloch, A.; Tryzna, J.*: Závaznost právních textů při interpretaci a aplikaci práva soudy a argumentace *lege artis* in *Gerloch, A. (ed)*: Nové jevy v právu na počátku 21. století. II, Teoretické a ústavní impulzy rozvoje práva, Praha, 2010, str. 64.

²⁰⁶ K řešení kolize právních principů blíže např. *Holländer, P.*: Filosofie práva, Aleš Čeněk, Plzeň, 2006, str. 148 a násl.

a postupovat postupně směrem k méně formalizovaným argumentům tak dlouho, dokud nebude mít dostatečně přesvědčivou argumentaci. Vezměme si jednoduchý právní případ. Budeme-li se držet toho, abychom dosáhli maximálního možného využití výše zmíněných právních principů, budeme využívat především výklad jazykový, který můžeme doplnit o výklad teleologický např. ve formě ověření správnosti našeho výkladu.²⁰⁷ Takový přístup umožní, aby byla zachována maximální míra právní jistoty a zároveň by rozhodnutí mělo být dostatečně spravedlivé. U složitých právních případů by pak soudce měl postupovat po ose myslitelných argumentů od jazykového výkladu (jako nejvíce formalizovaného) směrem k méně formalizovaným způsobům výkladu. V okamžiku, kdy mu některý z argumentů poskytne dostatečně přesvědčivou argumentaci, neměl by pak dále pokračovat směrem k méně formalizovaným argumentům. Tak opět zajistí maximální možnou míru právní jistoty a spravedlnosti rozhodování.

Budeme-li se držet navržené metodologie, bude průnik morálních norem do právní interpretace poměrně ztížen, ale ne vyloučen. Poprvé mohou do argumentace soudce proniknout v rámci výkladu teleologického. Tam budou poskytovat směr uvažování, kterým by se interpretující osoba měla v pátrání po účelu zákona vydat. To bude platit především v oblasti, kde se právo a morálka obsahově překrývají.²⁰⁸ Zdůvodnění morální normy pak může být vodítkem ke zjištění účelu zákona.

Užití morálního argumentu přímo bude ještě o něco těžší. Vzhledem k poměrně malé míře formalizace platnosti morálních argumentů v právu (blíží se třetí kategorii - uznání), bude přicházet na řadu až ve velmi složitých případech. Takové případy jsou představitelné. Pokud bychom pomocí všech předchozích argumentů došli ke dvěma obdobně relevantním výkladovým variantám, mohl by to být právě morální argument, který převáží na jednu či na druhou stranu, stejně jako by to mohl být argument ekonomický. Podstatné bude, že žádný z předchozích více formalizovaných argumentů, neposkytne dostatečně přesvědčivý závěr pro právní interpretaci daného ustanovení. Hodnocením přesvědčivosti přitom bude maximalizace právních principů výše uvedených.

Při jakémkoliv užití argumentů s takto malou mírou formalizace důvodů platnosti, jako má morálka, je třeba mít na paměti nutnost racionálního zdůvodnění.²⁰⁹ Proto se obloukem

²⁰⁷ Jak navrhuje např. Libor Hanuš in *Hanuš, L.: K argumentaci teleologickým výkladem (vázanosti soudce zákonem)*, *Právní rozhledy*, 7/2007, str. 243.

²⁰⁸ Viz kapitola první této práce.

²⁰⁹ k tomu blíže např. *Hanuš, L.: Právní argumentace nebo svévole. Úvahy o právu, spravedlnosti a etice*. C. H. Beck, Praha, 2008, str. 188 a násl.

vracím k práci s před-strukturami. Na to, aby soudce mohl použít morální argument v právní interpretaci, musí umět takový argument řádně racionálně zhodnotit. Bude tedy nezbytná určitá míra vzdělání, aby se z před-struktury (tedy z ne nutně vědomého činitele interpretace) mohl stát rozumně odůvodněný argument.

Závěr

Podle výše napsaného se zdá, že morální argumenty mají v právu své místo - místo velmi omezené a velmi specifické. Do soudcova rozvažování morální normy pronikají skrze pozitivní právní úpravu - příkaz zákonodárce, aby soudce při rozhodování dané věci užil morální normu. V takovém případě soudce v argumentaci morální normu použít dokonce musí. Je vázán příkazem zákonodárce.

Dalším kanálem pro vstup morálních norem do aplikace práva je právní interpretace. V nevědomé formě v podobě před-struktur, které nutně předchází každé interpretaci textů, ale i ve formě vědomé, jako součást argumentů metodologie právní interpretace. V obou těchto případech je však třeba zdůraznit nutnost racionálního odůvodnění morálních argumentů. Aby mohly přinést užitek do právního i obecného diskursu, je nutná určitá míra jejich racionální přesvědčivosti. To by mohlo být, v případě užití morálního argumentu přímo v právní interpretaci, poněkud problematické. I když budeme vycházet z racionálního modelu morálky představeného v první kapitole,²¹⁰ budeme se muset vyrovnat s tím, že soudci nejsou žádnými odborníky na morálku.²¹¹ Ve svém důsledku jimi být nemusí - jediným důvodem pro větší míru vzdělání soudce v etice je racionální zdůvodnění užitého argumentu. A to bude v mnohém případě odvoditelné i za použití zdravého rozumu. Přesto s větší mírou vzdělání půjde ruku v ruce i větší přesvědčivost jednotlivých argumentů.

Morálka tedy do rozhodování soudce proniká. Ať už protože je soudce vázán povinností morální normu užít, ať už jejím užitím nemůže bez dalšího zabránit, nebo ji vědomě použije v právní argumentaci. Hodnocení tohoto stavu nechávám poněkud stranou. Pro tuto práci není podstatné, jestli to považujeme za jev přínosný nebo nepřínosný, podstatné je, že existuje.

²¹⁰ A ten bude třeba ještě rozšířit, třeba o konstrukt „nezávislého pozorovatele“, jak navrhuje E. Tugendhat ve své šestnácté přednášce in *Tugendhat, E.: Přednášky o etice*, Oikúmené, Praha, 2004, str. 240 a násl.

²¹¹ Což je jedna z linií kritiky přístupu morálních argumentů do práva vedených např. in *Waldron, J.: Judges as moral reasoners*, *International Journal of Constitutional Law*, vol. 7, issue 1, 2009, str. 2 a násl.

Seznam použité literatury

- Anzenbacher, A.:* Úvod do etiky, Zvon, Praha, 1994
- Aristoteles:* Etika Nikomachova; Petr Rezek, Praha, 2009
- Backer, C.:* The Discourse-Theoretic Necessity of Flexibility in the Law, Northern Ireland Legal Quarterly, vol. 59, 2008
- Bauman, Z.:* Humanitní vědec v postmoderním světě, Moraviapress a.s., Praha, 2006
- Bezouška, P.:* Soudcovské dotváření práva vykračující z mezí zákona v návrhu českého občanského zákoníku, Právní rozhledy, 1/2011
- Bible překlad 21. století, Biblion o.s., Praha, 2009
- Boguszak, J. Čapek, J.; Gerloch. A.:* Teorie práva, ASPI publishing s.r.o., Praha, 2003
- Bubelová, K.:* Dobré mravy v judikatuře Ústavního soudu ČR, dostupné na int. adrese <http://ktp2.upol.cz/uploads/Files/Dobre%20mravy%20v%20judikature%20US%20CR.pdf>
- Bubner, R.:* „Spravedlnost vládne tam, kde každý činí to, co mu náleží“ in *Velek, J.:* Spor o spravedlnost, FILOSOFIA, Praha, 1997
- Buzek, L.:* Nenormativní funkce a role práva, *Jurisprudence*, ASPI, a.s., 7/ 2008
- Buzek, L.:* Nenormativní rozměr působení práva ve společnosti, *Jurisprudence*, ASPI, a.s., 8/ 2008
- Cooter R.:* Expressive Law and Economics, The Selected Works of Robert Cooter, University of California, Berkeley, 1988 dostupné na adrese: http://works.bepress.com/robert_cooter/67
- David, R.:* Politologie, Nakladatelství Olomouc, Olomouc, 2000
- Davidson, W. L.:* Political thought in England, the Utilitarians, from Bentham to J. S Mill, Henry Holt and Company, 1916
- Eliáš, K.:* Soudce a zákon, Právní rozhledy, 7/1994
- Froněk, M.:* Soudobé teorie společenské smlouvy, diplomová práce, Právnická fakulta University Karlovy, dosud nepublikováno
- Fuchs, E.:* Co dělá naše jednání dobrým, Mlýn, Jihlava, 2003
- Gadamer, H.-G.:* Problém dějinného vědomí, FILOSOFIA, Praha, 1994
- Gadamer, H.-J.:* Text a interpretace, Reflexe, filosofický časopis, 21/2000

Gerloch, A. a kol.: Nové jevy v právu na počátku 21. století. II, Teoretické a ústavní impulzy rozvoje práva, Karolinum, Praha, 2010

Gerloch, A.: Teorie práva, 3. rozšířené vydání, Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, s.r.o. , Plzeň 2004

Gerloch, A.; Tryzna, J.: Nad vázaností soudce zákonem z pohledu některých soudních rozhodnutí, Právní rozhledy, 1/2007

Golecki, M.: The Coase tvorem and philosophical foundations of Law and Economics, Masaryk university Journal of law and technology, 2/2008, Masarykova universita

Grondin, J.: Úvod do hermeneutiky, OIKÚMENÉ, Praha, 1997

Grus, Z.: Dobré mravy ve světle publikované judikatury. Právní rozhledy, 3/2004

Günther, K.: Co znamená: „každému to, co mu náleží“? K novému odhalení distributivní spravedlnosti in *Vešek, J.:* Spor o spravedlnost, FILOSOFIA, Praha, 1997

Habermas, J.: Between Facts and Norms, The MIT Press, Cambridge, Massachusetts, 1996

Haksar, V.: The right to civil disobedience, Osgode hall law journal, vol. 41, 2003

Hanuš, L.: Gustav Radbruch – o napětí mezi spravedlností a právní jistotou, Právní rozhledy 16/2009, C. H. Beck, 2009

Hanuš, L.: K argumentaci teleologickým výkladem (vázanosti soudce zákonem), Právní rozhledy, 7/2007

Hanuš, L.: Právní argumentace nebo svévole. Úvahy o právu, spravedlnosti a etice. C. H. Beck, Praha, 2008

Harrison, J. L.: Egoism, altruism, and market illusion: The limits of law and economics, UCLA L. Rev., 33/1986

Hart, H.: Pojem práva, PROSTOR, Praha, 2010

Harvánek J. a kol.: Teorie práva, 2. vydání, Masarykova univerzita, Brno, 2004

Heidegger, M.: Bytí a čas, OIKÚMENÉ, Praha, 1996

Hlouch, L.; Hroch, J.; Konečná, M.: Proměny hermeneutického myšlení, CDK, Brno, 2010

Holländer, P.: Filosofie práva, Aleš Čeněk, Plzeň, 2006

Horský, M.: Znovu k ideji Dobra mezi Platónem a Aristotelem, PAIDEIA VI/2009, dostupná na int. adrese: http://userweb.pedf.cuni.cz/paideia/download/horsky_palous.pdf

Hroch, J.: Filosofická hermeneutika v dějinách a v současnosti, nakladatelství GEORGETOWN, Brno, 1997

- Hurdík, J., Fiala, J., Hrušáková, M.:* Úvod do soukromého práva, Masarykova universita, Brno, 2006
- Hurdík, J.:* Zásady soukromého práva, Masarykova univerzita, Brno, 1998
- Kühn, Z.:* Aplikace práva ve složitých případech, k úloze právních principů v judikatuře, Karolinum, Praha, 2002
- Kühn, Z.:* Formalismus v právu II: (1) Mandatorní formalita, Jiné právo, <http://jinepravo.blogspot.com/2007/06/formalismus-v-prvu-ii-1-mandatorn.html>
- Kühn, Z.; Bobek, M.; Polčák, R.:* Judikatura a právní argumentace, Auditorium, Praha, 2006
- Ludwig, L. C.:* Hermeneutics-the Path of the Hermeneutic-Ontological Shift and the Decolonial Shift, Nevada Law Journal, vol. 10, 2010
- MacIntyre, A.:* Ztráta ctnosti, Oikúmené, Praha, 2004
- MacKinnon, B.:* Ethics: Theory and contemporary issues, sixth edition, CENGAGE learning, Wadsworth, 2009
- Mates, J.; Matesová Kopecká, Š.:* Pár poznámek k úpravě institutu dobrých mravů v NOZ, Bulletin advokacie 7-8/2011
- Melzer, F.:* Metodologie nalézání práva. Úvod do právní argumentace, 1. vydání, C. H. Beck, Praha, 2009
- Pelikánová, I.:* Morální aspekty práva a právní interpretace, Bulletin advokacie 10/2010, Impax s.r.o., Praha
- Pelikánová, I.:* Rozum, právo a interpretace, Bulletin advokacie 12/2010, Impax s.r.o., Praha
- Příbáň, J. (ed):* Právo a dobro v ústavní demokracii, Sociologické nakladatelství (SLON), Praha 2011
- Pulkrábek, Z.:* K výkladu ustanovení § 3 odst. 1 občanského zákoníku, Právní rozhledy 11/2000
- Ravitch, F. S.:* Interpreting Scripture/Interpreting Law, Michigan State Law Review, summer 2009
- Rentto, J.-P.:* Aquinas and Alexy: A Perennial View to Discursive Ethics; American Journal of Jurisprudence, vol. 36, 1991
- Ricken, F.:* Obecná etika, Oikúmené, Praha, 1995
- Robert E. Jr.:* On the historici school of jurisprudence, Rodes, Am. J. Juris 165 vol. 24, 2004
- Salač, J.:* Rozpor s dobrými mravy a se zákonným zákazem, Právní rozhledy 6/2000
- Salač, J.:* Rozpor s dobrými mravy a jeho následky v civilním právu, 2. vydání, C. H. Beck., Praha, 2004

- Shavell, S.*: Foundation's of economic analysis of law, The Belknap press of Harvard university press, Cambridge, London, 2004
- Shavell, S.*: Law versus morality as regulators of conduct, American law and economics review, Volume 4 Issue no. 2, 2002
- Sobek, T.*: Nemorální právo, Ústav státu a práva, Praha 2010
- Sobek, T.*: Zrušte Listinu základních práv a svobod! in <http://teorieprava.blogspot.com/2009/06/zruste-listinu-zakladnich-prav-svobod.html>
- Spáčil, J.*: Dobré mravy v českém občanském zákoníku a v judikatuře, Právní rozhledy 18/2004
- Streck, L. L.*: Deconstructing the Model of Judges: Legal Hermeneutics and Beyond the Subject-Object Paradigm, Nevada Law Journal, vol. 10, 2009 - 2010
- Šimek, J.*: Lidské pudy a emoce, Nakladatelství lidové noviny, Praha: 1995,
- Škop, M.*: Právo jako hudba. Časopis pro právní vědu a praxi, roč. 19, 1/ 2011
- Špaček, L.*: Velká kniha etikety, Mladá fronta, Praha, 2005
- Tegl, O.*: O dobrých mravech, Bulletin advokacie 7-8/2011
- Telec I.*: Poctivost a důvěra, dobrá víra, dobré mravy, veřejná morálka a veřejný pořádek, Právní rozhledy 1/2011
- Thiroux, J. P.; Krasemann K. W.*: Ethics: Theory and practice – 9th edition, Pearson education, New Jersey, 2007
- Thomson, J. J.*: The trolley problem in Cahn, S. M.; Markie, P.: Ethics History, Theory, and Contemporary Issues, Third edition, Oxford university press, New York, 2006
- Tugendhat, E.*: Pojem morálky a její zdůvodnění, Reflexe, filosofický časopis, 10/1993,
- Tugendhat, E.*: Přednášky o etice, Oikúmené, Praha, 2004
- Waldron, J.*: Judges as moral reasoners, International Journal of Constitutional Law, vol. 7, issue 1, 2009
- Wilkins, D. B.*: In defence of law and morality: Why lawyers should have a prima facie duty to obey the law, William and Mary law review, volume 38, 1996
- Wolff, F.*: Jednání v první osobě, jednání ve třetí osobě; in Švec, O: Filosofie jednání, Oikúmené, Praha, 2006
- Woodard, C.*: Thoughts on the Interplay Between Morality and Law in Modern Legal Thought, Notre Dame Law Review, Vol. 64, 1989

Abstrakt: Morální argumentace v rozvažování soudů při aplikaci práva

Tato diplomová práce se zabývá vztahem práva a morálky z pohledu soudce aplikujícího právo. Odráží se od definice morálky jako normativního systému, který určuje co je dobré a co špatné, přičemž špatné trestá vnitřní sociální sankcí. Takto pojatá morálka je k právu, co se obsahu týče, ve vztahu průniku množin. Existuje oblast, ve které by měly platit pouze normy morální, oblast pouze pro normy právní a taková oblast, kde se obsah norem morálních i právních překrývá.

Morálka může do rozhodování soudce při aplikaci práva pronikat nejméně třemi směry. Zákodárce může v zákoně přikázat soudci, aby vtáhl morální normu do svého rozvažování. V českém právu je takovým příkazem institut dobrých mravů, použitý například v ustanovení § 3 nebo § 39 občanského zákoníku.

Podle fenomenologické hermeneutiky je jakákoliv interpretace, tedy i interpretace právní, podmíněna existencí před-struktur. Těchto před-struktur se nemůžeme zbavit, tvoří nutný interpretační rámec interpretující osoby. Součástí před-struktur je i morální cítění, či morální stanovisko interpretující osoby. Skrze před-struktury se morálka může vědomě i nevědomě promítat do rozhodování soudce.

Posledním případem průniku morálky do práva v rozhodovací praxi soudu je použití morálního argumentu v právní interpretaci. Ten je možné použít teprve, pokud argumenty s větší mírou formalizace důvodů jejich platnosti neposkytnou dostatečně přesvědčivé řešení. Zároveň je třeba mít na paměti, že každý argument použitý v právní interpretaci musí být, vzhledem k povaze právního diskursu a požadavku přezkoumatelnosti, racionálně zdůvodněný.

Abstract: Moral Reasoning in Deliberating of Courts during the Application of Law

This thesis deals with relationship of law and morals from the perspective of a judge applying the law. It starts by defining morals as a normative system which determines what is good and what is bad. Bad morals are punished by social sanction. The relationship of content of morals and law can be described as an intersection. There are three possible relationships of the area of law and morals regarding their respective application: (i) area which should be regulated only by moral rules; (ii) area which should be regulated only by law; and (iii) common area for both normative systems.

Morals can penetrate reasoning of a judge applying the law at least in three ways:

Firstly, Legislator can order the judge to drag a moral norm into his consideration. Such an order is called *boni mores* (dobré mravy) in Czech legal system (used in Section 3 or Section 39 of Czech Civil Code).

Secondly, the school of phenomenology hermeneutics claims that any interpretation, thus interpretation of law as well, is conditioned by existence of so called pre-structures. We cannot get rid of these structures, they create necessary interpretative frame of interpreting individual. Moral feelings or moral attitudes are parts of these pre-structures. Morals can project to the decision-making of judge knowingly or unknowingly through these structures.

Lastly, a penetration of morals into law in the deliberation of judges takes a form of use of moral arguments in the methodology of interpreting the law. Such arguments can be used if arguments with better formal reasons of existence do not offer sufficiently plausible solutions. It is important to note that every argument used in legal interpretation must be, due to the nature of legal discourse and the demand of judicial review, reasonably justified.

Klíčová slova: *Právo a morálka*

Key Words: *Law and Morals*