

Inkorporační problém v právní filozofii: příspěvek k diskusím o vztahu práva k dalším společenským subsystémům

PAVEL ONDŘEJEK*

The Incorporation Problem in Legal Philosophy: A Contribution to the Discussions on the Relation between Law and Other Social Subsystems

Summary: *The complexity of the social order in modern states and the increasing amount of legal regulation enable to perceive more and more problems simultaneously from different perspectives. In this article, I will try to build on the debate on the incorporation of morality into law and extend it to the current topic of the application of concepts and conceptions from other social subsystems in law. The aim of the article is to try to argue that a similar situation as in the case of law and morality occurs in the case of interaction of law and other social subsystems. This fact subsequently leads to the need to describe the traditional incorporation problem from a different perspective. I will try to argue that if the autonomy of law is to be maintained, the incorporation problem needs to be described from a different perspective. I summarize this different viewpoint into the thesis of transformation, not the incorporation of non-legal concepts and conceptions into law.*

Keywords: *autonomy of law, unity and fragmentation of law, systems theory of law, incorporation thesis, transformation of non-legal concepts and conceptions in law*

Když Hans Kelsen v anglickém vydání *Ryzí nauky právní* hovoří o tom, že právo využívá jiné než právní pojmy, kterým však dává vlastní, právní charakter, používá analogii s antickým mytologickým příběhem o králi Midasovi: „tak jako vše, čeho se dotknul, se proměnilo ve zlato, tak vše, na co právo odkáže, získá právní charakter.“¹ Kelsen na tomto příkladu zdůrazňuje, že pojmy jiných společenských subsystémů se mohou stát základem komunikace v rámci práva (právního diskurzu). Důsledky tohoto efektu v právu však mohou být dvojí povahy: buď právo přijme význam pojmů používaných v jiných disciplínách, anebo může význam pojmů určitým způsobem posunout.

Zájem právní vědy o vztahy práva nejen k morálce, ale především k dalším společenským subsystémům obecně roste.² Rostoucí složitost společenského uspořádání v moderních

státech a s tím související množství právní regulace totiž umožňuje vnímat stále více problémů souběžně z hlediska různých perspektiv. Tak například dluhové brzdy ve veřejných rozpočtech se začínají objevovat v ústavních dokumentech řady států, značná pozornost se věnuje diskusím ohledně regulace technologických novinek, jakou je například umělá inteligence, anebo nových forem tzv. sdílené ekonomiky. Všechny tyto příklady naznačují, že při vytváření regulace se v určitých otázkách musíme zabývat množstvím technických i jinak odborných otázek, jejichž správné uchopení právem je nezbytné.

Kromě problematiky vztahu práva a jiných společenských subsystémů při normotvorbě lze podobné otázky vnímat i v aplikační praxi, která musí vykládat pojmy a koncepce mající původ mimo právo.³ Nedávným příkladem je z vícero ohledů pozoruhodné rozhodnutí

* Odborný asistent na katedře teorie práva a právních učení Právnické fakulty Univerzity Karlovy. E-mail: ondrejek@prf.cuni.cz. Příspěvek vznikl v rámci projektu GAČR reg. č. 19-10723S „Co současné právo sjednocuje a co jej fragmentarizuje z pohledu právní teorie a soudní praxe?“. Za cenné připomínky k článku děkuji Karlu Beranovi, Janě Ondřejkové, Tomáši Sobkovi, Katarzyně Żak Krzyżankové a zejména anonymní recenzentce.

¹ KELSEN, H. *Pure Theory of Law*. Berkeley 1967, str. 278. Jedná se sice o výrok v souvislosti s argumentací proti existenci nulity (neplatnosti *ex tunc*) v právu, nicméně podobně lze argumentovat i v otázce důsledků právní regulace dosud neupravených společenských vztahů. Ralf Poscher připomíná i Kelsenův argument, podle něhož vše, čeho se stát dotkne, stává se právem, který je vyjádřen již v roce 1925 v knize *Allgemeine Staatslehre*, viz POSCHER, R. *The Hand of Midas: When Concepts Turn Legal, or Deflating the Hart-Dworkin Debate*. In: Hage, J. – von der Pfordten, D. (eds.). *Concepts in Law*, Dordrecht 2009, str. 103. V české literatuře rozvíjí tuto Kelsenovu myšlenku J. Kysela: KYSELA, J. Právo jako relativně uzavřený systém a dvojí pojetí výjimečného stavu. Předběžné ohledání schmittovského tématu. In: Šturma, P. – Kysela, J. – Bílková, V. (eds.). *Vyjimečné stavy a lidská práva*, Praha 2016, str. 19–40.

² Zmínit lze například sborník GABRIŠ, T. a kol. *Nedogmatická právní věda: od marxizmu po behaviorální ekonomii*. Praha 2017.

³ V tomto článku navazují na Dworkinovo rozlišování pojmů a koncepcí, které je popsáno ve druhé kapitole knihy *Říše práva* následujícím způsobem: „Není nepravděpodobné, že běžné diskuse o zdvořilosti v imaginární společnosti budou mít následující strukturu podobnou

Nejvyššího správního soudu, které se týkalo kasační stížnosti proti tomu, že stěžovateli nebylo umožněno změnit své rodné číslo do ženského tvaru.⁴ Důvodem byl fakt, že nebyly splněny zákonné podmínky pro to, aby mohl být stěžovatel uznán z pohledu práva za ženu (odmítl totiž podstoupit operaci pohlavních orgánů). Soud v částech odůvodnění obsahujících obecná východiska rozhodnutí uvádí, že pohlaví je pojem biologický, společenský a právní, a doplňuje: „V první řadě je nutno zdůraznit, že právo jako systém pravidel chování (stanovící pravidla povinnosti povahy, tj. že je něco dovoleno či zakázáno) je s tím, co v běžném jazyce nazýváme skutečností, propojeno tak, že pro své účely definuje, jak se má nakládat s těmi či oněmi aspekty skutečnosti (reality). V tomto smyslu je nutno zcela zásadně odlišovat pojem pohlaví jako rys reality a tíž pojem jako pojem právní.“⁵

V právní filozofii se tradičně diskutuje otázka vztahu práva a morálky a řada autorů označuje termínem „inkorporační problém“ spor o to, zda se morální principy mohou stát skrze jejich inkorporaci součástí práva určitého státu.⁶ V tomto článku se pokusím navázat na debatu o inkorporaci morálky do práva a rozšířit ji o aktuální téma aplikace pojmů a koncepcí z jiných sociálních subsystémů v právu. Cílem článku tedy nebude hledat řešení vztahu práva a morálky, nýbrž pokusit se zaprvé argumentovat, že podobná situace jako v případě práva a morálky nastává v případě interakce práva a jiných společenských subsystémů. Tento závěr následně vede k potřebě popsat tradiční inkorporační problém z jiného úhlu pohledu. Pokusím se argumentovat, že má-li si právo zachovat svoji autonomii neboli – slovy sociologů práva – jedná-li v případě práva o samostatný sociální subsystém, je potřeba vnímat inkorporační problém jinak. Tento odlišný pohled shrnuji do teze o transformaci, nikoliv inkorporaci mimoprávních pojmů a koncepcí do práva.

Po úvodním vymezení problematiky článku se nejprve zaměřím na historii debat

o inkorporačním problému, který považují za východisko úvah o vztahu práva k dalším společenským subsystémům. To se týká zejména debat předních právních pozitivistů, jakými byli a jsou H. L. A. Hart, Joseph Raz, Andrei Marmor, Scott Shapiro nebo Matthew Kramer. Jejich pohledy na problematiku inkorporace morálních koncepcí do práva stručně přibližuji v další části článku. Na základě výše uvedených teorií v klíčové části článku navrhuji rozšířit argumentaci i mimo vztahu práva a morálky, současně však argumentuji, že pronikání extrasystémových prvků do práva je třeba vnímat jinak než tradičním způsobem tedy jako problém inkorporace. Navrhuji na danou situaci pohlížet jako na transformaci, v čemž navazuji na publikované statě Dannyho Priela a Ralfa Poschera. V závěru popisuji podobnost výše uvedené teorie transformace s pojetím vztahu práva a dalších společenských subsystémů v dílech systémových teoretiků práva, reprezentovaných jejich nejvýraznější osobností – německým právníkem a sociologem Niklasem Luhmannem. Domnívám se, že takto pojatý vztah práva k dalším společenským subsystémům reflektuje lépe specifika systému práva.

Historie debat o inkorporačním problému

Kenneth Einar Himma považuje za základ řady současných úvah o možnosti inkorporace morálních pravidel do práva Dworkinovu kritiku Hartova pojetí systému práva a následnou Hartovu reakci na tuto kritiku.⁷ Jak známo, Hart tvrdí, že právo se skládá pouze z primárních a sekundárních pravidel, z nichž nejvýznamnější – pravidlo uznání – utváří praxe veřejných činitelů. Podle Dworkina však rozhodování soudů, tedy tato společenská praxe, není v žádném případě jednotné, proto je nutné v obtížných případech volit taková rozhodnutí, která jsou v souladu s morálkou, s čímž souvisí povinnost soudce opřít rozhodnutí o morální principy, které jsou v Dworkinově pojetí rovněž součástí práva.⁸

tvaru stromu: Lidé se v zásadě shodují na nejobecnějších a nejabstraktnějších tvrzeních a na zdvořilosti, což lze připodobnit ke kmeni stromu. Nesouhlasí již ale s jemnějšími nuancemi a dílčími interpretacemi těchto abstraktních tvrzení, což se podobá větvím stromu. V určité fázi vývoje praxe se například každý shoduje na tom, že zdvořilost, popsanou co možná nejabstraktněji, je nutné respektovat. Existuje ale velký rozkol ohledně toho, jaká interpretace ideje respektování je správná. Jedna strana se domnívá, že správný význam respektu by měl být projevem lidem určitého postavení nebo určité skupině více méně automaticky, zatímco jiní se domnívají, že respektování musí vycházet ze zásluh každé jednotlivé osoby.“ Viz DWORKIN, R. *Law's Empire*. Cambridge, Mass., 1986, str. 70. Pojmu zdvořilost tak odpovídají různé koncepce (jedna vychází z ideje rovnosti, druhá preferuje spíše zásluhovost).

⁴ Rozhodnutí ze dne 30. května 2019, čj. 2 As 199/2018-37, dostupné na <www.nssoud.cz>.

⁵ Odstavce 53 a 54 výše uvedeného rozhodnutí Nejvyššího správního soudu.

⁶ Raz, J. *Between Authority and Interpretation. On the Theory of Law and Practical Reason*. Oxford 2009, str. 182.

⁷ Himma, K. E. Inclusive Legal Positivism. In: Coleman, J. – Shapiro, S. (eds.). *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, Oxford 2002, str. 138.

⁸ REEVES, A. R. Ronald Dworkin's Legal Philosophy. In: Sellers, M. – Kirste, S. (eds.). *Encyclopedia of the Philosophy of Law and Social Philosophy*, 2017, str. 2. Současně je ale třeba připomenout, jak trefně upozorňuje recenzentka tohoto článku, že spíše než o skutečné neshody mezi Hartem a Dworkinem jde o rozdíly v jejich projektech a aspiracích.

K této kritice se H. L. A. Hart vyjadřuje v dodatku (*postscript*) k *Pojmu práva*. Tvrdí přitom, že problémem inkorporace morálky do práva je východisko, podle něhož „existují objektivní morální skutečnosti, na jejichž základě jsou morální úsudky pravdivé“.⁹ To, že taková objektivní morální fakta existují, je však podle Harta samo o sobě „kontroverzní filozofickou teorií“.¹⁰ Pokud tedy nemůžeme rozhodnout, zda platí teze morálního objektivismu, zůstává podle Harta nutně otevřená i otázka, zda pravidlo uznání může zahrnovat morální kritéria platnosti.¹¹ Podle Hartovy teorie mohou soudci rozhodovat případy na základě pravidel pouze v případě, že jsou tato pravidla jasná a mají objektivní obsah; pokud jej však nemají, mohou soudci rozhodovat na základě diskrece.¹² Jejich rozhodnutí se v takovém případě může opírat i o morálku, případně politiku; podle Harta a dalších právních pozitivistů však již nerozhodují podle práva.¹³

Debaty o možnosti inkorporace morálních pravidel do práva jsou především debatami rozdílných přístupů k právu, zejména dvou podob právního pozitivismu, běžně označovaných jako exkluzivní právní pozitivismus a inkluzivní právní pozitivismus. Podle exkluzivních právních pozitivistů morální pravidla nemohou představovat dostatečnou ani nutnou podmínku platnosti práva, zatímco inkluzivní právní pozitivismus se věnuje otázce, jakým způsobem je možné inkorporovat morální principy do práva. Exkluzivní právní pozitivisté na rozdíl od inkluzivních právních pozitivistů odmítají, že mohou nastat případy, kdy určení toho, co je právem, plyne z morálních úvah.¹⁴

Souhlasím s mnohými současnými autory v tom, že označení exkluzivní a inkluzivní právního pozitivismu anebo nonpozitivismu nedokážou jednoznačně popsat přístup celé řady právních filozofů dvacátého století.¹⁵ Jak jsem naznačil výše, někteří autoři označovaní jako stoupení inkluzivního právního pozitivismu

považují inkorporační tezi (tedy tezi, že morálka může být inkorporována, tedy vtažena, do práva a stát se tak jeho součástí) za základ vlastního pojetí práva. Cílem mého článku bude naznačit opačnou argumentaci, tedy že i v případě uznání určitého vlivu morálky na právo je přesnější hovořit o její transformaci než o inkorporaci. V článku se tak budu věnovat také otázce hranic práva a prvkům, které do právního systému můžeme zařadit a které stojí mimo právní systém. V postojích k této problematice se liší názory nejen dvou výše uvedených autorů – H. L. A. Harta a Ronalda Dworkina –, ale také, jak nastíním níže, jednotlivých představitelů právního pozitivismu.

Inkorporační problém a právní pozitivismus

Andrei Marmor spojuje právní pozitivismus v podobě exkluzivního právního pozitivismu s tvrzením, že veškeré právo je odvozeno z pramenů práva a nic, co není odvozeno z pramenů práva, nemůže být právem.¹⁶ Tezi exkluzivních právních pozitivistů ohledně aplikace morálních a jiných standardů soudy lze shrnout do tvrzení: mohou být využívány, avšak tím nejsou inkorporovány do práva.¹⁷

Přední představitel tohoto směru Joseph Raz připouští, že soudci mohou posuzovat případ (a to každý případ) z hlediska jeho souladu s morálními pravidly, protože každý soudce má vyvinuté určité morální standardy, respektive má určité morální cítění. Je však důležité odlišovat řešení případu podle práva a na druhé straně na základě morálních úvah.¹⁸ V tom spočívá základ pozitivistického myšlení. Podle Josepha Raze je hlavním důvodem jím prosazovaný argument legitimní autority práva.¹⁹ V případě, že by morální standardy měly být rozhodujícím argumentem při řešení právního případu, tato autorita v Razově pojetí by náležela morálce, nikoliv právu.²⁰ Autorita práva v Razově pojetí

⁹ HART, H. L. A. *Pojem práva*. Praha 2010, str. 247. Zde je třeba připomenout důležitou poznámku o povaze morálky u nonpozitivistických teorií práva. Morálka zde nepředstavuje společenskou konvenci nebo praxi, nýbrž transcendentní objektivní kategorii – v podrobnostech SOBEK, T. Hodnotové fakty a hodnotové postoje. In: Osina, P. (ed.). *Právo a hodnoty. Sborník příspěvků z jednání sekce teorie práva a právních dějin*. Brno 2016, str. 164.

¹⁰ HART, c. d., str. 247.

¹¹ HIMMA, c. d., str. 146.

¹² Tamtéž, str. 145.

¹³ Podrobněji viz POSCHER, c. d., str. 111.

¹⁴ MARMOR, A. Exclusive Legal Positivism. In: Coleman, J. – Shapiro, S. (eds.). *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, Oxford 2002, str. 104.

¹⁵ COLOTKA, P. – KÁČER, M. – BERDISOVÁ, L. *Právní filozofie dvadsiátého storočia*. Praha 2016, str. 62; SOBEK, T. *Právní myšlení. Kritika moralismu*. Praha, Plzeň 2011, str. 16 a násl.

¹⁶ MARMOR, c. d., str. 104.

¹⁷ POSTEMA, G. J. *Legal Philosophy in the Twentieth Century: The Common Law World*. In: *A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence*, sv. 11, Dordrecht 2011, str. 461.

¹⁸ RAZ, *Between Authority and Interpretation*, str. 201–202.

¹⁹ Argument lze shrnout do teze, že právo si všude, kde existuje, nutně nárokuje autoritu regulovat komplexně, výlučně a otevřeně životy jednotlivců. Viz GIUDICE, M. Joseph Raz. In: Sellers, M. – Kirste, S. (eds.). *Encyclopedia of the Philosophy of Law and Social Philosophy*, 2017, str. 2.

²⁰ POSCHER, c. d., str. 109.

představuje způsobilost práva usměrňovat naše chování.²¹ Tím zároveň ale neříkáme, že jiné motivy chování než právo na člověka nepůsobí. Pouze je nutné odlišovat právo jako důvod lidského chování, který je podepřen sankcí, od jiných důvodů chování, například morálky nebo ekonomické výhodnosti. Uznáváme-li rozdíly mezi zdroji motivace lidského chování, pak musíme podle Raze také identifikovat mezi právem, morálkou a dalšími společenskými subsystémy určité hranice.²²

Vztah práva a morálky je však podle tohoto autora složitější, protože samotný argument legitimní autority práva je argumentem morálním, neboť se „svým obsahem týká základních aspektů lidského života a vzájemné interakce lidí“.²³ Avšak i když přiznáme argumentu legitimní autority práva morální základ, neznamená to, že právo jako takové musíme definovat skrze morálku.²⁴ Podle Raze se jedná o dvě rozdílné otázky.

Další složitá situace z hlediska vztahu práva a morálky pak nastává tehdy, pokud právní řád odkazuje na morální standardy či zvyklosti. V českém případě to mohou být například dobré mravy v občanském zákoníku.²⁵ Zastánci inkorporační teze by odkaz na dobré mravy interpretovali tak, že se tyto zvyklosti stávají součástí práva jako právní normy.²⁶ Exkluzivní právní pozitivisté však trvají na tom, že ani když zákonodárce explicitně odkáže na povinnost aplikovat morálku nebo zvyklost, nedochází tím k jejich inkorporaci do práva. Joseph Raz tuto skutečnost připodobňuje k aplikaci norem cizího státu na základě kolizní právní normy. I v tomto případě kolizní norma přikazuje aplikovat zahraniční právo, avšak tento právní řád se automaticky nestává součástí tuzemského práva.²⁷ Podle tohoto pojetí odkaz na určitá pravidla mající původ mimo právo nemůže v žádném případě implikovat inkorporaci takovýchto pravidel do práva.

Proti striktnímu trvání exkluzivních právních pozitivistů na tom, že pouze pravidla, která jsou obsažena v pramenech práva, mohou být součástí právního systému, však lze vznést významný protiargument. Ten se

zakládá na tezi, že právo je produktem lidské činnosti, jinými slovy sociálním faktem. Sociální fakt představuje i uznání ze strany veřejných činitelů, od něhož odvozujeme platnost práva.²⁸ Za této situace se můžeme ptát, proč by nemohl sociální fakt představovat i použití morálního nebo politického argumentu ze strany veřejných činitelů. A pokud by použití morálního argumentu soudem bylo chápáno jako sociální fakt, mohli bychom poté tento argument rovněž označit za právo?²⁹ Andrei Marmor na tuto otázku odpovídá v tom smyslu, že sociální praxe chování v souladu s morálkou nebo politickými pravidly nezakládá právo, jedná se o jiný typ společenské praxe. Lidé se běžně chovají například v souladu se svou morálkou, avšak nedovozují z toho právní závaznost takového chování. Specifické uznání se naproti tomu týká pouze vzniku, změny, případně aplikace práva.³⁰

Odlíšné řešení inkorporačního problému nabízejí autoři hlásící se k tzv. inkluzivnímu právnímu pozitivismu. Rysem tohoto přístupu je, že neposuzuje na rozdíl od exkluzivního právního pozitivismu typické rysy každého právního systému. (Podle exkluzivních právních pozitivistů je tímto znakem nutné oddělení práva a morálky. Morálka tak nemůže být dostatečnou ani nutnou podmínkou platnosti práva.) Namísto toho se inkluzivní právní pozitivisté zabývají otázkou, zda je možné, aby morální standardy byly podmínkou platnosti práva.³¹ Právě v situaci, kdy právní norma odkazuje na morální standardy, spatřují tito autoři příklad inkorporace morálky do práva.

Andrei Marmor, který se jinak hlásí k exkluzivnímu právnímu pozitivismu, připomíná, že v případě inkluzivního právního pozitivismu je správnější hovořit o celé řadě přístupů, které mají společné znaky, ale i rozdíly. Jeden z rozdílů mezi různými pojetími inkluzivního právního pozitivismu představuje odpověď na otázku, zda morálka je sama o sobě inkorporována do práva bez ohledu na činnost soudních orgánů, anebo tato inkorporace vzniká jako aktivní volní činnost soudce, který rozhodne, že se morálka stává

²¹ RAZ, J. *Ethics in the Public Domain. Essays in the Morality of Law and Politics*. Oxford 1995, str. 216–217. Viz též COLOTKA – KÁČER – BERDISOVÁ, c. d., str. 59.

²² RAZ, *Between Authority and Interpretation*, str. 200.

²³ RAZ, J. *The Argument from Injustice, or How Not to Reply to Legal Positivism*. In: Pavlakos, G. (ed.). *Law, Rights and Discourse. The Legal Philosophy of Robert Alexy*, Oxford, Portland 2007, str. 19.

²⁴ Tamtéž.

²⁵ Například § 2 odst. 3 zák. č. 89/2012 Sb., občanský zákoník, v platném znění: „Výklad a použití právního předpisu nesmí být v rozporu s dobrými mravy [...]“.

²⁶ COLOTKA – KÁČER – BERDISOVÁ, c. d., str. 60.

²⁷ RAZ, *Between Authority and Interpretation*, str. 195. Viz též k tomuto argumentu POSTEMA, c. d., str. 472.

²⁸ PROCHÁZKA, R. – KÁČER, M. *Teória práva*. Bratislava 2013, str. 132.

²⁹ MARMOR, c. d., str. 106.

³⁰ Tamtéž.

³¹ POSTEMA, c. d., str. 464.

součástí práva.³² Důležitý je však v každém případě základ všech teorií inkluzivního právního pozitivismu, kterým je uznání, že rozhodování veřejných činitelů představuje zdroj působení morálky v právu.

Výše byla zmíněna analogie Josepha Raze mezi nemožností inkorporace morálky do práva a nemožností inkorporace cizího právního řádu do vnitrostátního práva v situaci, kdy na cizí právo odkáže kolizní úprava. Zastánce inkluzivního právního pozitivismu Matthew Kramer nabízí argument proti výše uvedené Razově analogii, když ve své knize *Where Law and Morality Meet* poukazuje na rozdíl mezi normativními systémy s vlastním zdrojem autority (kterým je zahraniční právo) a bez tohoto zdroje (kam patří například morální normy). Právě z toho důvodu, že je znám tvůrce a v některých případech i autentický interpret zahraničního práva, nemůže tuto roli plnit soud v cizím státě. U morálky je ale situace naprosto odlišná. Morálka jako „neukotvený“ systém (*free-floating system*) může být soudy aplikována, a tím i inkorporována do práva.³³ Právě ona neukotvenost ve smyslu absence institucionální autority je zásadní vlastností odlišující morálku od jiného právního systému, který může s vnitrostátním právem určitého státu kolidovat. Tento rozdíl můžeme ilustrovat na následujícím případě: ptejme se, jak se liší působení dvou normativních systémů na vnitrostátní české právo. Na straně jedné uvažujme morální normy (pro účely tohoto argumentu nebudu podrobně argumentovat ve prospěch teze, že morální normy tvoří samostatný systém, a budu tento fakt považovat za prokázaný), na straně druhé máme právo Evropské unie. Oba systémy nějakým způsobem s právem interagují. Zatímco však u morálky je stěžejní právě argumentace soudu (zejména jednoho z vrcholných soudů), jakou roli morálce v právu přizná, zda morální argumenty přesvědčivě použije v právní argumentaci, eventuálně zda morálku zahrne do hodnot a principů samotného práva, u evropského unijního práva je situace zcela jiná. Vnitrostátní soudy se musejí v první řadě vypořádat s institucionální rolí evropských soudů a dalších orgánů uznávajících princip přednosti evropského práva.³⁴

Dalším argumentem ve prospěch inkorporace morálky do práva je podle Kramera častá praxe soudů a jiných orgánů aplikujících právo, kdy je obtížné odlišit, kdy tyto orgány rozhodují podle morálních kritérií a kdy podle práva. Soudci a další veřejní činitelé totiž často argumentují morálními principy nebo hodnotami jakožto pravidly, která jsou přímo součástí práva.³⁵

Může však soudce rozhodovat na základě právního pravidla (například právní normy obsažené v zákoně) a současně i na základě morálního pravidla, které je podle něj inkorporováno v právu? Podle Scotta Shapira pravidlo uznání, na jehož základě bude soudce rozhodovat, nemůže být nikdy pravidlem uznání morálky.³⁶ Soudce se totiž nemůže, i kdyby rozhodoval na základě práva i morálky současně, odvolávat na jedno pravidlo uznání.³⁷ Exkluzivní právní pozitivisté tedy budou striktně odlišovat právní a morální argumenty. Oba jsou v právu možné (zde je třeba zopakovat, že každý soudce má morální citění a postoje, které eventuálně může projevit i v soudním rozhodování).³⁸ Klíčové jsou však důsledky pro právo, morálka se podle exkluzivních právních pozitivistů nemůže stát součástí práva.

Transformace jako způsob pronikání extrasystémových prvků do práva

Úkolem předcházejících podkapitol nemělo být vyřešit spor mezi zastánci různých podob právního pozitivismu ohledně inkorporace morálky do práva. Hlavním smyslem mělo být nastínit základní koncepční rozdíly, protože o nich se často vedou v současné době diskuse. Z výše uvedeného vyplynulo, že jednu z klíčových otázek těchto právněteoretických debat si klade Joseph Raz: Co vše lze označit za inkorporaci do práva? Názory jednotlivých autorů se v této věci různí. A jsou to právě rozdíly v různých pohledech na inkorporaci, které jsou podle mého názoru hlavním důvodem diskusí o tomto problému. Hovoříme-li o inkorporaci morálních pravidel do práva, musíme v první řadě odpovědět na otázku, co přesně do práva inkorporujeme a jak tato inkorporace probíhá. Jako východisko se mi

³² MARMOR, C. D., str. 110–111. Nemyslím si, že by bylo možné empiricky prokázat, který z výše uvedených názorů je správný. Namísto toho se domnívám, že jde primárně o postoj toho kterého představitele právní vědy, který zapadá do jeho vlastní koncepce práva. Podrobnější argumentace však podle mého názoru není pro účely hlavní teze tohoto článku nutná.

³³ KRAMER, M. *Where Law and Morality Meet*. Oxford 2004, str. 40.

³⁴ K principu přednosti v české literatuře viz zejm.: ONDREJKOVÁ, J. *Princip přednosti evropského práva v teorii a soudní praxi*. Praha 2012.

³⁵ KRAMER, C. D., str. 88.

³⁶ SHAPIRO, S. On Hart's Way Out. In: Coleman, J. (ed.). *Hart's Postscript. Essays on the Postscript to the Concept of Law*, Oxford 2001, str. 180.

³⁷ HIMMA, C. D., str. 159.

³⁸ SOBEK, *Hodnotové fakty a hodnotové postoje*, str. 171.

zdá vhodné použít rozdíl mezi pojmy a koncepcemi popsány v díle Ronalda Dworkina.³⁹ Hovoříme-li o inkorporaci morálky do práva, můžeme mít na mysli buď převzetí pojmů majících původ v morálce, přičemž tyto pojmy naplňujeme zcela nebo zčásti novým významem, anebo převzetí pojmů majících původ v morálce i s jejich specifickými významy.

Při odpovědi na otázku, co vlastně inkorporujeme do práva, navazují na myšlenku kanadského profesora Dannyho Priela, který uvádí, že celá diskuse o inkorporaci morálky do práva pomíjí skutečnost, že v případě, že právo pracuje s pojmy, jakými jsou „spravedlnost“ nebo „rovnost“, nemusejí mít v právu totožný význam jako ve filosofii nebo etice. Podle názoru tohoto autora se jedná již o pojmy mající vlastní význam v právu, který může být podobný, ale nikoliv nutně totožný jako význam stejných pojmů v morálním diskurzu.⁴⁰ Nejde tedy o prosté přebírání významů výrazů (jakými jsou například výše zmíněná spravedlnost nebo rovnost), nýbrž o jejich tematizaci skrze právo. Tento závěr nutně neznamená, že by významy pojmů spravedlnost nebo rovnost musely být nutně odlišné v právu a například v morálce. Důležité ale je to, že tento význam je dán v konečné instanci pouze právem.

Prielovu myšlenku rozvíjí německý teoretik Ralf Poscher, který dochází ke stejnému závěru, totiž že „sdílené pojmy“, vyskytující se například v právu a morálce, mohou být přesto naplněny v každém z těchto subsystémů jinými významy.⁴¹ Reálný příklad významových rozdílů sdílených pojmů autor uvádí v souvislosti s vyšetřovací komisí OSN, která se zabývala konfliktem v Dárfúru. Ta hodnotila z hlediska mezinárodního trestního práva události, které proběhly v tomto konfliktu, a dospěla k názoru, že se jedná o zločin proti lidskosti, avšak nikoliv o genocidu, protože nebyl prokázán úmysl vyhladit etnickou skupinu. Oproti tomu řada nevládních organizací považovala nadále konflikt spojený s hromadnými vraždami civilního obyvatelstva za genocidu, přestože důkaz o naplnění podmínek genocidy ve smyslu mezinárodního práva nebyl zjištěn.⁴² To však nebyl pro nevládní organizace rozhodující argument. Komise OSN a nevládní organizace tak používaly jeden pojem – genocida –, avšak používaly jej v jiných významech.

Připustíme-li existenci těchto sdílených pojmů, je podle Poschera sice správná Dworkinova kritika právního pozitivismu o mimoprávním řešení obtížných případů aplikace práva v rámci soudní diskrece, zároveň se však Dworkin mylí v tom, že se morální principy stávají součástí práva. Podle Poschera se součástí práva mohou stávat pojmy mající původ v morálce, nikoliv však morální koncepce jako takové.⁴³

Jak Danny Priel, tak Ralf Poscher již podle mého názoru předkládají řešení, které se v jednom důležitém bodě liší oproti autorům popisujícím inkorporaci mimoprávních koncepcí do práva. Vrátime-li se zpět ke Kelsenovu přirovnání o králi Midasovi, zmiňovanému v úvodu tohoto článku, právo nám určuje především obsah jednotlivých pojmů, které používá. Co tedy proniká do práva, jsou pojmy, které právo musí konceptualizovat tak, aby tvořily se zbytkem systému harmonický celek. Tuto proměnu významu pojmů přebíraných právem lze podle mého názoru charakterizovat přesněji jako transformaci, nikoliv inkorporaci pojmů do práva.

Jak Prielův, tak Poscherův pohled na inkorporační problém představuje zajímavou rekonceptualizaci tohoto problému, mimo jiné proto, že závěry o přebírání pojmů, nikoliv koncepcí do práva mají podle mého názoru daleko širší použitelnost než jen na inkorporaci morálních pojmů do práva. Podobně lze uvažovat i v případě pronikání dalších extrasystémových prvků z jiných společenských subsystémů (jakými jsou ekonomika, politika nebo věda a technika) do práva.

Pokud například dopravní značka stanoví omezení rychlosti provozu v případě mlhy, obsah pojmu „mlha“ vychází z meteorologických kritérií (vlhkosti, teploty, atmosférického tlaku), ale může být ovlivněn například mírou viditelnosti.⁴⁴ A právě kritérium viditelnosti bude podle mého názoru klíčové pro právo a pro nalezení odpovědi na otázku, kdy je třeba omezit rychlost provozu. Význam pojmu mlha tak může být právem pozměněn oproti využívání tohoto pojmu v meteorologii.

Jiným příkladem se vrátím k rozhodnutí Nejvyššího správního soudu citovanému v úvodu tohoto článku, v němž tento soud odmítl umožnit změnu rodného čísla do ženského tvaru v situaci, kdy stěžovatel nepodstoupil operaci pohlavních orgánů. Otázka,

³⁹ K rozdílu mezi pojmy a koncepcemi v Dworkinově díle viz úvod tohoto článku.

⁴⁰ PRIEL, D. Farewell to the Exclusive-Inclusive Debate. *Oxford Journal of Legal Studies*, 2010, č. 4, str. 682.

⁴¹ POSCHER, c. d., str. 100.

⁴² Tamtéž, str. 99–100.

⁴³ Tamtéž, str. 114.

⁴⁴ Tamtéž, str. 100.

kdy je osoba mužem nebo ženou, je tak odlišně řešena v biologii či lékařské vědě a odlišně v právu. Přitom pouze význam pojmů „muž“ a „žena“, který těmto pojmům připisuje právo, je relevantní pro řešení tohoto případu.

Kromě výše uvedeného rozlišování mezi pojmy a koncepcemi přináší další argumenty pro transformaci mimoprávních pojmů do práva systémová teorie práva. Její hlavní představitel německý právník a sociolog Niklas Luhmann popisuje interakci práva a jiných společenských subsystémů jako strukturální vazbu (*structural coupling, strukturelle Kopplung*).⁴⁵ S pojmem vazeb mezi právem a dalšími společenskými subsystémy si však nevystačíme pro podrobnější poukázání na různé změny, ke kterým v právu dochází. Je tomu tak proto, že vývoj v jednotlivých společenských subsystémech neprobíhá izolovaně. Nejruznější krize počátku 21. století (finanční krize, krize veřejných rozpočtů, migrační krize, globální zdravotní rizika, nebezpečí globálního terorismu) nám ukazují, že právo reflektuje veškeré tyto mimoprávní jevy. Je třeba proto vycházet primárně z koncepce společného vývoje různých subsystémů ve společnosti.

Společný vývoj však neimplikuje automatické změny v právu. Pokud se například změní biologický anebo kulturně antropologický pohled na to, jak chápat muže a ženy, neznamená to, že se tím automaticky promění právní regulace. Pokud by se měl změnit pohled na to, koho budeme uznávat jako muže a koho jako ženy v právu, je potřeba provést příslušnou změnu v zákonech, anebo přinejmenším za určitých podmínek v rozhodovací činnosti. Tyto změny v právu se však dějí výhradně způsoby, které právo samo předpokládá. Proto bych nepovažoval odkaz na změnu pohledu v jiných disciplínách, než je právo, za dostatečný důvod pro to, aby-chom mohli proměnit ustálenou rozhodovací praxi.

Lze tedy shrnout, že právo samo předpokládá působení jiných společenských subsystémů tím, že reguluje společenské vztahy s použitím pojmů a koncepcí, s nimiž tyto jiné subsystémy operují, čímž se jim obrazně

otevřívá. Různé odkazy na jiné normativní systémy v právu lze v duchu německé doktríny prozařování základních práv označit za místa těchto propojení práva a jiných normativních systémů (*Einbruchstellen*). Takovýmto způsobem je podle mého názoru potřeba vnímat právo jako dynamický systém – jde o systém reflektující okolí, který ale vykazuje dostatečné rysy autonomie.⁴⁶

Vnitřní struktura práva a způsob transformace extrasystémových prvků do práva

Doposud jsem se věnoval otázce, jak je možné upřesnit pojetí inkorporačního problému v právní filozofii tak, aby reflektoval nejen vztah práva a morálky, nýbrž i vztah práva k jiným společenským subsystémům. Za klíčové v této souvislosti považuji to, že přebírány jsou pojmy, nikoliv celé koncepce, teorie či doktríny. Proto za přesnější popis této situace považuji transformaci významu přebíraných pojmů.⁴⁷

Tím se dostávám k druhé důležité otázce: Jak lze této transformaci v právu dosahovat? Odpověď na ni je třeba hledat v tom, jak popisujeme strukturu práva a které prvky do něj řadíme. Klíčovou roli podle mého názoru hraje vnitřní struktura práva, tedy fundament v podobě právních principů, hodnot v právu, doktríny a ustálené praxe. Význam výše uvedené vnitřní struktury práva roste v situacích, kdy se setkáváme s případy, které nejsou v právu výslovně upraveny, a je potřeba právo dotvářet v procesu jeho aplikace. Právní principy, hodnoty, ale i doktrinární závěry představují především důležitý sjednocující a zároveň stabilizační prvek v právu.⁴⁸ Tím se ale jejich funkce nevyčerpává, umožňují totiž mimo jiné snazší transformaci mimoprávních prvků do práva.

Zde popisovaný přístup k právu uznává, že v procesu aplikace práva je ve složitějších případech důležité zohlednit různé aspekty případu, včetně těch mimoprávních. Působení jiných společenských subsystémů se však zásadně děje cestou práva, tedy v souladu

⁴⁵ LUHMANN, N. *Law as a Social System*. Oxford 2004, str. 381–422. Přehledně viz též LUHMANN, N. *Operational Closure and Structural Coupling: The Differentiation of Legal System*. *Cardozo Law Review*, 1992, roč. 13, str. 1432.

⁴⁶ Na rozdíl od pojetí Niklase Luhmanna se domnívám, že autonomie není pojem, který buď může být zcela naplněn, anebo o autonomii nemůžeme vůbec hovořit. Naopak si myslím, že koncepce částečné nebo relativní autonomie práva není jen myslitelná, ale dokonce lépe vystihující současnou podobu práva. Ke kritice Luhmannovy binární koncepce autonomie práva viz PEREZ, O. *Law as a Strange Loop*. In: Callies, G.-P. – Fischer-Lescano, A. – Wielsch, D. – Zumbansen, P. *Soziologische Jurisprudenz. Festschrift für Günter Teubner zum 65. Geburtstag*, Berlin 2009, str. 126 a násl.

⁴⁷ V podobné souvislosti zmiňuje Martin Madej potřebu „překladu“ cizích prvků v právu, vyznačujícího se komunikací za použití vlastního kódu legální/ilegální. Viz MADEJ, M. *Formální jednotu práva*. *Právník*, 2019, č. 12, str. 1147.

⁴⁸ Podrobněji k mé koncepci fundamentu práva viz ONDŘEJKA, P. *Vnitřní struktura práva a koncepce systematiky práva v dílech H. L. A. Harta a Niklase Luhmanna*. *Acta Universitatis Carolinae – Iuridica*, 2019, č. 3, str. 113–115. Různá role doktríny při procesu aplikace práva shrnuje Wolfgang Kahl – KAHL, W. *Dogmatik im EU-Recht*. *Archiv des öffentlichen Rechts*, 2019, č. 2, str. 169–171.

s právními doktrínami (principy a zásadami interpretace práva, principy demokratického právního státu, doktrínami týkajícími se ochrany lidských práv apod.).

Toto působení vnitřní struktury práva při transformaci mimoprávních prvků je možné přiblížit na příkladech: vrátím-li se opět k rozhodnutí Nejvyššího správního soudu ve věci změny pohlaví, samotný vývoj názorů lidí ve společnosti, případně i v odborných kruzích v antropologických disciplínách, ještě neznamená odlišné řešení právního případu. Tím však nevylučuji, že se v právu samotném objeví způsob, jak by například skrze extenzivní výklad základních práv bylo možné reinterpretovat neurčité ustanovení zákona.

Podobným případem je ostatně i debata o uznání práv párů osob stejného pohlaví. Významné rozhodnutí amerického nejvyššího soudu, které poprvé postavilo naroveň páry osob stejného a různého pohlaví, sice reflektovalo měnící se společenskou realitu, ve výsledku se však opřelo o práva vyplývající ze 14. dodatku k americké ústavě (zejména ústavně garantovanou rovnost).⁴⁹

Závěr

V tomto článku jsem se pokusil shrnout klíčovou otázku působení primárně mimoprávních hodnot a pojmů v právu. Namísto vnímání tohoto problému jako problému inkorporace jiných prvků do právního řádu je podle mého názoru přesnější hovořit o jejich transformaci. Transformace mimoprávních prvků do práva dokáže podle mého názoru lépe reflektovat relativní autonomii práva. S využitím systémové teorie Niklase Luhmanna je třeba k pronikání mimoprávních prvků do práva přistupovat

tak, že právo samo stanoví podmínky, za kterých je do své sféry „přijme“. Děje se tak opět skrze uznání ze strany právní (zejména soudní) praxe, které plyne rovněž z institucionálního uspořádání práva.⁵⁰

Z tohoto závěru plyne, že právu nelze zvnějšku „vnucovat“, které prvky má do sebe zahrnout. Na druhé straně však rovněž právo není vůči okolním proměnám imunní. S Luhmannovou koncepcí strukturálních vazeb si však podle mého názoru nevystačíme, pokud se nechceme ocitnout ve světě, kde se právo zcela uzavírá do vlastní logiky a je pro laiky obtížně pochopitelné.⁵¹ Právě na toto kařkovské téma⁵² ostatně reaguje i český Ústavní soud známým a mnohokrát zopakovaným požadavkem aplikovat právo nikoliv mechanicky, nýbrž s přihlédnutím k jeho účelu.⁵³ Vnější prostředí práva se také dále projevuje v potřebě jeho reinterpretační v nových podmínkách.⁵⁴ Reinterpretační i teleologický výklad se však má dít s ohledem na další principy a zásady výkladu práva.⁵⁵

Klíčové je tedy určit, kdy a jakým způsobem do sebe právo tyto původně mimoprávní prvky zahrnuje. Podle mého názoru je pro tuto transformaci klíčová vnitřní struktura práva, vyskytující se na pozadí právního řádu v podobě principů, doktrín, ale i ustálené praxe, potvrzené uznáním orgánů aplikujících právo a následně i dalších účastníků právního systému.

Pronikání extrasystémových prvků do práva tedy není automatické, ale děje se cestou proměn významu pojmů a diskurzu v jiných normativních systémech ovládaných určitými pravidly v právní diskurz (právní komunikaci), kde hrají roli pravidla jiná.⁵⁶

⁴⁹ V případě *Obergefell v. Hodges* ze dne 26. června 2015, 576, U.S. ____ (2015), byla předložena otázka, zda mohou státy zamezit osobám stejného pohlaví uzavřít sňatek nebo jim odepřít uznání platné uzavřeného manželství. Jinými slovy šlo o to, zda americká ústava zakládá právo na uzavření manželství osobám stejného pohlaví. Varianta rozhodnutí, kterou prosazovala menšina soudců na Nejvyšším soudu, byla založena na demokratickém argumentu, podle něhož definice manželství má být ponechána na legislativě jednotlivých států. Argumenty odpůrců manželství osob stejného pohlaví o potřebě zachovat tradiční pojetí manželství však soud nepřesvědčily, neboť, jak uvádí, „historie manželství je historií kontinuity, ale i změn“. Soud v první řadě reflektoval to, že za posledních několik desetiletí se značným způsobem vyvinulo vnímání instituce manželství. Tyto, zejména společenské, změny pak podle většiny soudců vedou k závěru, že nemožnost žít v manželském svazku představuje v současné době zásah do práv osob stejného pohlaví a je úlohou Nejvyššího soudu, aby poskytl ochranu těmto ústavním právům. Právě toto působení měnící se společenské reality na ústavně konformní výklad rozšiřující dosud vykládanou rovnost v právech i na páry osob stejného pohlaví je ilustrativním příkladem působení vnitřní struktury dynamického systému práva.

⁵⁰ POSCHER, c. d., str. 108.

⁵¹ BARÁNY, E. Autopoietický sociální subsystém právo? *Sociológia*, 2011, č. 2, str. 114.

⁵² Z českých autorů toto téma zpracoval např. Jan Wintr: WINTR, J. Kafka und Schwegl. Karikatur des modernen Rechtssystems und Gefühl der Ungerechtigkeit. In: Kabashiuma, H. – Liu, S.-I. – Luetge, Ch. – de Prada García, A. (eds.). *The Idea of Justice in Literature*, Wiesbaden 2018, str. 101–112.

⁵³ „Mechanická aplikace nezohledňující účel práva činí z práva nástroj odcizení a absurdity“ – poprvé zmíněna v nálezu Ústavního soudu ze dne 17. prosince 1997, sp. zn. Pl. ÚS 33/97 (k suspenzivnímu vetu prezidenta republiky).

⁵⁴ Viz nálezu Ústavního soudu ze dne 3. května 2006, sp. zn. Pl. ÚS 66/04 (ústavnost úpravy evropského zatýkacího rozkazu), který reaguje na nové možnosti páchaní přeshraniční kriminality, anebo nálezu Ústavního soudu ze dne 8. července 2010, sp. zn. Pl. ÚS 15/09 (k šestiměsíční lhůtě popření otcovství), reflektující vývoj možnosti prokázání otcovství v 21. století oproti regulaci z roku 1963.

⁵⁵ K nim viz např. WINTR, J. *Metody a zásady interpretace práva*. 2. vyd. Praha 2019. K potřebě zohledňovat argumentační postupy uznávané příslušnou komunitou interpretů viz též ŽÁK KRZYŽANKOVÁ, K. K roli abdukcí v právním myšlení aneb jak poznatky o abdukcích mohou zvýšit pro-systémovost právní interpretace a aplikace. *Acta Universitatis Carolinae – Iuridica*, 2019, č. 4, str. 69–88; specificky pro oblast soukromého práva jsou tyto otázky obsaženy v článku: BERAN, K. Výklad právních jednání a interpretace soukromoprávních předpisů: co mají společného, čím se liší a jaký to má význam? *Acta Universitatis Carolinae – Iuridica*, 2019, č. 1, str. 117–131.

⁵⁶ Právě Luhmannova systémová teorie se svým pojetím komunikace jakožto základního prvku sociálních subsystémů tak rozvíjí podobný problém, který popisuje jako zařazování diskurzu a komunikace z oblasti ekonomiky, technologie, politiky do rámce komunikace v právu. Podrobněji viz NOBLES, R. – SCHIFF, D. *Observing Law through Systems Theory*. Oxford, Portland 2013, str. 13.