

LIDSKÁ PRÁVA JAKO DISKURSIVNÍ POJEM

Michal Šejvl*

Abstrakt: Tento text se pokouší dokázat, že lidská práva jsou diskursivním pojmem. Po úvodním představení toho, v čem se diskursivní pojmy liší od pojmů klasifikačních, se zaměřuje na tři znaky, které obvykle připisujeme lidským právům – to, že jde o subjektivní práva, nezadatelnost těchto práv (v tom smyslu, že lidská práva nejsou výtvorem státu) a nezcizitelnost (v tom širokém smyslu, že se jich jejich nositelé nemohou vzdát). U prvního znaku se snaží ukázat, že i hospodářská a sociální práva (tak, jak jsou upravena typicky v Mezinárodním paktu o hospodářských, sociálních a kulturních právech) mohou být „skutečnými“ právy, a nikoli pouze právy „manifestními“, což demonstruje na příkladu práva na bydlení. Ve druhém případě diskutuje výhody i nedostatky chápání lidských práv jako práv daných pozitivním právem („legální“ práva) a na druhou stranu pojetí lidských práv jakožto práv morálních. V případě třetího znaku nezcizitelnosti argumentuje, že se sice můžeme shodovat na tom, že trvalé a úplné vzdání se subjektivního práva je v rozporu s „podstatou“ práva (s výjimkou případu eutanazie), ale v případě dočasných a částečných vzdání se práva je to již diskutabilní. To demonstruje na příkladu práva na lidskou důstojnost, přičemž po představení několika možností, jak lidskou důstojnost chápat, zakončuje, že lidská důstojnost je pravděpodobně také diskursivním pojmem.

Klíčová slova: lidská práva, diskursivní (esenciálně sporný) pojem, subjektivní právo, nezadatelnost práv, „manifestní“ práva, „legální“ práva, morální práva, nezcizitelnost práv, lidská důstojnost

ÚVOD

Když se hovoří o lidských právech, zapomíná se někdy na to, aby se vyjasnilo, o čem se přesně mluví, snad proto, že se předpokládá, že pojem lidských práv je přece každému jasný, když již ne nutně „reflektovaně“, tak alespoň intuitivně. Poukazem na lidská práva něco požadujeme, proti něčemu se bráníme, s něčím nesouhlasíme, nebo se nad něčím dokonce rozhořčujeme či proti něčemu (nebo za něco) demonstrujeme, i když to „něco“ nemusí mít s lidskými právy příliš společného.¹ Lidská práva jsou prostě přítomna v naší sociální realitě a popírat to je nejspíše nemožné. I když pravděpodobně nalezneme dostatečný počet těch, kdo ideu lidských práv odmítají, třeba proto, že již „zašla příliš daleko“, že jedince staví (neoprávněně) na piedestal nebo že zpochybňuje ideu lidských povinností, i toto popírání ideje lidských práv ukazuje, jakou důležitou roli pro nás tato idea hraje.

Jestliže bychom se ale pokusili o nějakou analytickou reflexi pojmu lidských práv, většinou bychom se dočetli, že jde o práva přirozená, univerzální, komplexní (v tom smyslu, že se dotýkají všech důležitých aspektů naší existence), zásadně důležitá (takže

* JUDr. Michal Šejvl, Ph.D., Ústav státu a práva AV ČR, v. v. i., a Fakulta právnická Západočeské univerzity v Plzni. E-mail: sejvl@ktp.zcu.cz. Tento článek je jedním z výstupů grantového projektu GA ČR *Lidská práva v mezikulturních perspektivách*, č. 13-30299S.

¹ Např. v Sartrově povídce *Mládí vůdce* hlavní hrdina konečně najde svou identitu v očích druhých a když chce vyjádřit tento nový pocit, řekne: „JÁ MÁM PRÁVA!“, přičemž má na mysli téměř nevyčerpatelné požadavky, které bude mít na svou továrnu, své dělníky, svou manželku apod. – viz SARTRE, J.-P. *Zed, Nevolnost*. Praha: Levné knihy, 2001 (orig. 1939), s. 212. V jednom Kunderově románu zase hrdinka požaduje právo zaparkovat v přeplněné ulici gestem, které ji spojuje třeba s demonstrujícími nezaměstnanými (pro jejichž demonstraci nemá pražádného pochopení) – gestem, které Kundera nazývá gestem protestu proti porušování lidských práv. Viz KUNDERA, M. *Nesmrtelnost*. Brno: Atlantis, 1993 (orig. 1990), s. 137 an.

jim právníci připisují nejvyšší právní sílu, ať už ústavního práva, nebo dokonce nadpozitivního práva) apod. Zde bych se chtěl zamyslet právě nad některými znaky lidských práv, abych poukázal na to, že téměř jakýkoli znak, který lidským právům připišeme, není nepochybný, ale je otevřen diskusi – proto jde o diskursivní pojem (*essentially contested concept*). Diskursivní pojmy je možné odlišit od klasifikačních pojmů (*criteria concepts*) tím, že zatímco v případě klasifikačních pojmů je neshoda mezi mluvčími vysvětlitelná tím, že různí mluvčí používají nějaký termín v jiném významu, a proto se jeden z nich v pojmu mylí (např. když si někdo myslí, že velryba je ryba, nikoli savec), neshodu v případě diskursivních pojmů takto vysvětlit ani odstranit nelze. Pro diskursivní pojmy platí, že uvnitř nich mohou koexistovat zcela odlišné *koncepce* pojmu, takže tyto pojmy nám umožňují rozumnou neshodu (*reasonable disagreement*) způsobenou odlišnými hodnotami, na něž klademe důraz.² Přitom neshoda může panovat nejen uvnitř diskursivního pojmu samotného, ale i v tom, který pojem diskursivní je a který nikoli – to záleží na tom, jestli si ti, kteří jej používají, myslí, že neshoda se dá vyřešit rozlišováním (jako u klasifikačních pojmů), anebo naopak uznávají, že je možné vést smysluplné diskuse uvnitř jednoho pojmu. Ten, kdo bude nějaký pojem chápat jako klasifikační, bude mít tendenci jakoukoli neshodu vysvětlovat sémanticky („ten, kdo se mnou nesouhlasí, mluví o něčem jiném“), a nikoli hodnotově – kdybychom všechny morální či politické pojmy chápali jako klasifikační, došli bychom k tomu, že existuje pouze jedna jediná správná verze morálky (či politiky) a ostatní se mylí a mluví o něčem jiném. Připouštění diskursivních pojmů tedy přispívá k hodnotové pluralitě a k možnosti vést smysluplné diskuse, a nikoli k tomu, že svého oponenta diskvalifikujeme tím, že mluví o něčem jiném.

Uvažovat o lidských právech jako o diskursivním pojmu samo o sobě také nemusí být žádnou novinkou³ a celé práce jsou věnovány rozdílu mezi jednotlivými koncepcemi (pojmu) lidských práv.⁴ Zde bych se však chtěl zamyslet pouze nad třemi znaky lidských práv, které nebývají tematizovány tak často (s výjimkou opozice mezi právy danými pozitivním právem a právy morálními), a sice nad tím, jsou-li skutečně všechna lidská práva subjektivními právy, a nad jejich znakem nezadatelnosti a nezczizitelnosti. Domnívám se, že zde představený pokus, i když se bude týkat vlastně jen tří proklamovaných znaků lidských práv, přinese dobré argumenty pro tvrzení, že lidská práva skutečně jsou diskursivním pojmem.⁵

² Pro toto vymezení diskursivních pojmů viz např. SOBEK, T. *Právní myšlení. Kritika moralismu*. Praha – Plzeň: Ústav státu a práva – Aleš Čeněk, 2011, s. 205 an.

³ Nenašel jsem starší text, který by explicitně tematizoval, že pojmy zakládající lidská práva (jako třeba bůh, svoboda, autonomie apod.) by mohly být diskursivní, než je článek FREEMAN, M. *The Philosophical Foundations of Human Rights*. *Human Rights Quarterly*. 1994, Vol. 16, No. 3, s. 491–514, ale je vysoce pravděpodobné, že mnohé argumenty, které jsou pro pojetí pojmu lidských práv jako diskursivního prezentovány, zde byly přítomny dávno předtím, než Gallie přišel s myšlenkou diskursivních pojmů v roce 1956.

⁴ Např. KINLEY, D. – SADURSKI, W. – WALTON, K. (eds). *Human Rights: Old Problems, New Possibilities*. Cheltenham – Northampton: Edward Elgar Publishing, 2014, je knihou, v níž se snaží různí autoři tematizovat protichůdné koncepce lidských práv (jakožto práv daných pozitivním právem v opozici ke koncepci morálních práv, práv negativních v opozici k právům pozitivním – k tomuto rozlišování viz níže, práv univerzálních v opozici k právům partikulárním, práv jednotlivce v opozici k právům skupin či práv postavených jako zábrany i proti demokratické většině v opozici k právům jakožto „produktu“ demokratických společností).

⁵ Inspirací mi přitom byly nejen zde citované texty, ale i společné diskuse s Tomášem Sobkem (při práci na grantovém projektu *Diskursivní pojmy v právu*), Davidem Černým nebo Pavlem Dufkem (zejména příspěvek Pavla Dufka *Je možné myslet lidská práva neideologicky?* přednesený na konferenci *Lidská práva, mezikulturní perspektivy a postnárodní konstelace*, která se konala 12. dubna 2016 na pražské právnické fakultě).

1. JSOU VŠECHNA LIDSKÁ PRÁVA SUBJEKTIVNÍMI PRÁVY? PŘÍKLAD PRÁVA NA BYDLENÍ

Na první pohled by se zdálo velmi zvláštní, pokud by nějaká lidská práva nebyla považována za subjektivní práva. Přesně k takovéto situaci však dochází, když někdo argumentuje, že vedle skutečných lidských práv (která nějak vymezí) jsou zde ještě nějaká „neskutečná“ či „iluzorní“ lidská práva, která za subjektivní práva považujeme v důsledku nějakého omylu (nejčastěji zaviněného ideologií). Ještě dříve než přejdu k pokusu o vysvětlení tohoto pojmového problému, pokusím se o vymezení pojmu subjektivního práva.

V české literatuře se subjektivní právo chápe většinou jako faktická či právní možnost chování subjektu práva nějakým způsobem související s objektivním právem (a to tak, že tato možnost chování se popisuje jako vyjádřená, dovolená, nezakázaná, zaručená, či chráněná).⁶ Toto vymezení je z mnoha důvodů problematické: Právní možnost může být samozřejmě něco jiného než možnost faktická – např. člověk, který je dlouhodobě v kómatu s velmi malou pravděpodobností, že se z něj probudí, má právní možnost třeba disponovat svým vlastnictvím, i když jeho faktické možnosti jsou více než omezené.⁷ Co se tedy rozumí právní možností? Snad to, že onen člověk v kómatu je chráněn objektivním právem v tom smyslu, že nikdo mu (bez dalších právem upravených důvodů) nemůže rušit jeho vlastnictví jakýmkoli způsobem. Právní možnost tedy nějak souvisí s právní povinností ostatních nerušit mne ve výkonu subjektivních práv, což se také běžně zdůrazňuje. Jestliže je tato právní možnost nezakázaná či dovolená objektivním právem, jde o stejnou situaci, jako kdyby tato možnost byla objektivním právem zaručená či chráněná? Rozdíl bude jistě ve vynutitelnosti – pokud jsou právní možnosti zaručené či chráněné, pak mohu mít vedle subjektivních práv i nároky, které se v české literatuře vymezují jako možnosti k „aktivaci“ institucionálního aparátu práva, pokud by mi někdo moje subjektivní práva narušoval. Když tedy mám kromě subjektivních práv i nároky, pak ti, kdo reprezentují institucionální aparát státu (typicky soudci) nesmí (bez dalších právem upravených důvodů) odmítnout vynucení mých právních možností – opět je tedy na jejich straně nějaká právní povinnost. Naopak, pokud mám právní možnosti „pouze“ dovolené či nezakázané a chybí mi nároky, pak ostatní vůči mně mají pouze tzv. naturální obligace, tedy povinnosti, které jsou nevynutitelné a které mohou být povinnostmi třeba morální povahy.

⁶ Např. u Knappa je subjektivní právo „*míra faktické možnosti chování subjektu, která je objektivním právem /zákonem/ chráněna*“ (KNAPP, V. *Teorie práva*. Praha: C. H. Beck, 1995, s. 194), u Gerlocha je to „*míra možného a dovoleného chování subjektu práva chovat se způsobem objektivním právem nezakázaným*“ (GERLOCH, A. *Teorie práva*. 5. upravené vydání. Plzeň: Aleš Čeněk, 2009, s. 149), u Boguszaka, Čapka a Gerlocha je to „*právní možnost (resp. míra možnosti) subjektu chovat se určitým způsobem, tj. možnost vyjádřená a zaručená objektivním právem, a tedy chráněná zvláštním způsobem stanoveným v právních normách*“ (BOGUSZAK, J. – ČAPEK, J. – GERLOCH, A. *Teorie práva*. 2. přepracované vydání. Praha: ASPI, 2004, s. 115).

⁷ Toto nejspíše vedlo některé autory v minulosti k tomu, že (pokud přirozená subjektivní práva chápali běžně jako *potestates* či *facultates* člověka podle objektivního přirozeného práva) zdravým lidem připisovali jiná přirozená práva než nemocným – např. Francisco de Vitoria, když odpovídá na otázku, zda je přirozený zákon (*lex naturalis*) stejný pro všechny, říká, že ačkoli je společný všem, „*v konkrétní aplikaci není tento zákon stejný pro všechny; není stejný pro nemocné a zdravé lidi*“. VITORIA, F. *Komentář k ST, I-II*, q. 94, a. 4. cit. dle VITORIA, F. *Political Writings*. In: PAGDEN, A. – LAWRANCE, J. (eds). Cambridge: Cambridge University Press, 1991, s. 171.

Z výše uvedeného tedy plyne, že pokud subjektivní práva vymežíme jako právní možnosti, pak nějak souvisí s právními povinnostmi ostatních, což jistě není žádnou novinkou. Dají se tedy subjektivní práva „přeložit“ do povinností ostatních, jak často tvrdí teze o korelaci práv a povinností? Tato teze bývá v české literatuře vyjadřována různě,⁸ pro účely tohoto článku je možné vymežit tuto korelaci tvrzením, že pokud má subjekt X nějaké subjektivní právo vůči subjektu Y, pak má subjekt Y nějakou povinnost vůči subjektu X, a zároveň by mělo platit i to, že pokud subjekt Y má nějakou povinnost vůči subjektu X, pak subjekt X má nějaké subjektivní právo vůči subjektu Y. Snadno nahlédneme, že první část tohoto tvrzení je obsahově shodná s Hohfeldovou definicí nároku (*claim*), přičemž Hohfeld poukázal na to, že subjektivními právy jsou *pouze* tyto hohfeldovské nároky⁹, a nikoli jiné právní pozice, které analyzoval.¹⁰

Pokud jde o druhou část tohoto tvrzení, domnívám se, že zde je situace poněkud složitější. Vezměme si následující odvození: Jestliže mám podle současného českého práva právní povinnost vůči své kočce, abych ji netýral, pak má moje kočka subjektivní právo vůči mně nebýt týrána. Mnozí z právníků nebudou souhlasit nejen s konsekvencem této implikace (protože kočka není subjektem práva, nemůže mít subjektivní práva), ale ani s antecedentem, protože budou poukazovat na to, že nemohu mít povinnosti vůči kočce, protože povinnosti mohou mít pouze vůči jiným subjektům práva.¹¹ Podobné to ostatně bude i s mými jinými právními povinnostmi, u nichž přesně nevím, vůči komu je mám¹² – mám třeba povinnost chránit životní prostředí vůči životnímu prostředí

⁸ Např. GERLOCH, A. *Teorie práva*, s. 150: „Možnost určitým způsobem se chovat musí být vždy spojena s povinností jiného chovat se adekvátně (tomu odpovídajícím způsobem). Právo a povinnost jsou proto korelátý.“ KNAPP, V. *Teorie práva*, s. 195: „Stejně jako je nemyslitelné subjektivní právo bez odpovídající mu povinnosti, je nemyslitelná subjektivní povinnost vůči nikomu, tj. povinnost, které by neodpovídalo žádné subjektivní právo někomu jiného.“ BOGUSZAK, J. – CAPEK, J. – GERLOCH, A. *Teorie práva*, s. 117: „Subjektivní právo je právo subjektu na jisté chování – jeho právo chovat se jistým způsobem, jakož i jeho právo požadovat od druhých subjektů odpovídající chování, které je předmětem jejich právní povinnosti.“

⁹ Hohfeldovy *claims* budu nazývat hohfeldovskými nároky, protože slovo „nárok“ má v českém právním diskursu jiný význam, jak bylo ostatně řečeno výše.

¹⁰ HOHFELD, W. N. *Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning*. COOK, W. W. (ed.). New Haven – London: Yale University Press, 1919, s. 38. K přehledu hohfeldovských pozic a korelací v české literatuře viz SOBEK, T. *Právní myšlení. Kritika moralismu*. Praha – Plzeň: Aleš Čeněk, 2011, s. 431 an., DUFEK, P. *Úrovně spravedlnosti. Liberalismus, kosmopolitismus a lidská práva*. Brno: MU, Mezinárodní politologický ústav, 2010, s. 86 an., anebo ONDŘEJEK, P. Několik poznámek k právně teoretickým aspektům lidských práv. In: ŠTURMA, P. (ed.). *Pojem a teorie lidských práv. Studie z lidských práv č. 1*. Praha: PF UK, 2013, s. 19 an. (Protože Pavel Dufek i Pavel Ondřejek používají pro překlad Hohfeldových právních pozic jinou terminologii než Tomáš Sobek, upozorňuji, že zde používám Sobkovu terminologii.) V tomto textu vycházím především z neohohfeldovské analýzy právních pozic tak, jak byla představena v RAINBOLT, G. W. *The Concept of Rights*. Dordrecht: Springer, 2006.

¹¹ Tato úvaha může být i podle současného českého práva pochybná – jestliže § 494 občanského zákoníku říká, že živé zvíře není věcí, protože má „zvláštní význam a hodnotu“, má toto ustanovení nějaké dopady podle mého názoru pouze tehdy, když je možné, aby měl člověk nějaké právní povinnosti *vůči* (alespoň některým) zvířatům, protože ta mají nějaký (být omezený) morální status a nějakou (být omezenou) důstojnost. Jestliže totiž jakékoli nakládání s (alespoň některými) živými zvířaty podle § 494 musí být prováděno tak, aby netrpěla (viz např. MELZER, F. – TĚGL, P. a kol. *Občanský zákoník – velký komentář. Svazek III. § 419–654*. Praha: Leges, 2014, s. 230 an.), pak se tak děje kvůli zájmu zvířete samotného, nikoli kvůli lidem, kteří odmítají utrpení zvířat, protože to typicky zraňuje jejich morální pocity. Podrobněji jsem o této otázce psal jinde – viz ŠEJVL, M. *Pojem subjektivních práv a právní subjektivity v kontextu práv zvířat*. In: MÜLLEROVÁ, H. – ČERNÝ, D. – DOLEŽAL, A. a kol. *Kapitoly o právech zvířat. „My a oni“ z pohledu filosofie, etiky, biologie a práva*. Praha: Academia, 2016, s. 458 an.

samotnému, nebo vůči ostatním lidem (kteří mají podle čl. 35 Listiny právo na příznivé životní prostředí), anebo vůči státu?¹³ Máme povinnosti vůči zemřelým lidem (kteří již po smrti nejsou subjekty práva) nebo ještě vůči nenarozeným lidem (kteří se subjekty práva teprve stanou, pokud se narodí živí), anebo máme povinnosti vůči ostatním žijícím lidem (v prvním případě vůči pozůstalým, ve druhém třeba vůči rodičům počatého dítěte)? Právě proto, že je na tyto otázky dle mého názoru velmi obtížné odpovědět, druhou část tvrzení o korelaci mezi právy a povinnostmi bych raději ponechal otevřenou.

Jsou tedy subjektivní práva totéž, co hohfeldovské nároky? Americký filozof George Rainbolt nás přesvědčuje, že nikoli, protože i hohfeldovská pozice uzavření (*immunity*)¹⁴ vede k normativním omezením (*normative constraints*) jiných, i když ze striktně pojmového hlediska tato normativní omezení nejsou povinnostmi, ale absencemi vlivu (*disability*).¹⁵ Právě proto, že i absence vlivu jsou normativními omezeními (tedy omezeními toho, co můžeme dělat vůči subjektům uzavření), jsou i uzavření podle Rainbolta subjektivními právy. Zde pouze dodejme, že z hlediska uvažování o lidských právech jsou uzavření našimi velmi důležitými lidskými právy – když např. již zmiňovaný čl. 1 Listiny říká, že základní práva a svobody jsou nezměnitelné, pak tím chce nejspíše říci, že některé naše hohfeldovské nároky (které právě nazýváme základními právy a svobodami) jsou uzavřeny před vlivem státu v tom smyslu, že stát je normativně omezen v tom nám je změnit.¹⁶ Za subjektivní práva tedy budu v následujícím textu považovat hohfeldovské právní pozice nároku a uzavření a dále i takové „komplexy“ hohfeldovských právních pozic, které budou obsahovat hohfeldovské nároky a uzavření.¹⁷

¹² Pro upřesnění je třeba poznamenat, že stejný problém může vznikat i v případě hohfeldovského nároku, protože i zde totiž nemusíme vědět, vůči komu svůj nárok máme. Je možné, že v případě lidských práv se tento problém ukazuje v případě tzv. horizontální aplikace lidských práv (mám některá lidská práva pouze vůči státu, anebo i vůči alespoň některým jednotlivcům?), ale je také možné, že v případě horizontální aplikace lidských práv nejde o problém s existencí práva, ale o problém s uplatňováním práva (uplatňuji některá lidská práva pouze vůči státu?). Je jisté, že „pes je zakopán“ ve vztahovém charakteru hohfeldovských pozic – tyto pozice jsou pro Hohfelda vždy pozicemi vůči někomu. Jestliže se však tento problém týká všech hohfeldovských pozic, proč je zde tematizován jen ve vztahu k povinnostem, a nikoli i ve vztahu k ostatním pozicím? Protože se mi zdá, že případy toho, kdy nevíme, vůči komu máme nějaké své povinnosti, je v realitě našich právních systémů častější než situace, kdy nevíme, vůči komu máme své hohfeldovské nároky. Je možné, že to souvisí s tím, že častěji uvažujeme o povinnostech vůči někomu, kdo subjektem práva aktuálně není (zvířata, lidské plody, zemřelí lidé atp.), než že bychom uvažovali o tom mít subjektivní právo vůči někomu, kdo subjektem práva aktuálně není. To je však neověřená hypotéza a zde není prostor se tomuto problému hlouběji věnovat.

¹³ Naposledy se v české literatuře, pokud vím, těmito otázkami zabývala Hana Müllerová – viz MÜLLEROVÁ, H. *Právo na životní prostředí: Teoretické aspekty*. Praha: ÚSP AV ČR, 2015.

¹⁴ Hohfeldovskou právní pozici uzavření lze definovat takto: Právní pozice PP (tedy nárok, volnost, vliv či uzavření) subjektu X je uzavřená vzhledem k jednání A subjektu Y tehdy a jen tehdy, když Y svým jednáním A nemá vliv na právní pozici PP subjektu X. O subjektu Y, který nemůže změnit PP, kterou má X, řekneme, že má pozici absence vlivu (*disability*). Uzavření tedy koreluje s absencí vlivu.

¹⁵ RAINBOLT, G. W. *The Concept of Rights*, s. 25 an.

¹⁶ V této souvislosti připomeňme, že Listina již byla jednou změněna „k naší tíži“, když se ústavním zákonem č. 162/1998 Sb. prodloužila doba zadržení z 24 na 48 hodin. Jak známo, tato změna byla chápána jako přípustná právě proto, že bylo „šetřeno podstaty a smyslu“ lidských práv podle čl. 4 odst. 3 Listiny. Širší hohfeldovský nárok byl tedy do budoucna zúžen, aniž se přitom toto zúžení dotklo nějaké „podstaty“ našeho práva na osobní svobodu, což jen ilustruje, jak jsou naše lidská práva *prima facie* subjektivními právy, z nichž je možné stanovovat výjimky, přičemž co je onou „podstatou“ subjektivního práva, může být diskutabilní – jestliže zadržení na 48 hodin nezasahuje do „podstaty“ práva, může zadržení třeba na 96 hodin již zasahovat do této „podstaty“? Diskuse nad tím by však vyžadovala podrobnější rozbor vztahu mezi lidskými právy a demokratickým rozhodováním (které právě mění naše „nezměnitelná“ práva), na což zde není místo.

Nyní se však vrátme k problému lidských práv, která za lidská práva považujeme pouze omylem, protože jsou nějak „neskutečná“ či „iluzorní“. Asi jeden z prvních autorů, který takto argumentoval, byl anglický filozof Maurice Cranston ve svém známém textu z roku 1967.¹⁸ Podle Cranstona jsou skutečnými lidskými právy ta tradiční práva jako právo na život, svobodu a spravedlivý proces, a naopak „nová práva“ („nová“ v tom smyslu, že o nich hovoří Všeobecná deklarace lidských práv v čl. 21 an.) jako právo na ochranu proti nezaměstnanosti (čl. 23 Všeobecné deklarace), starobní důchod, lékařskou péči (čl. 25) nebo placenou dovolenou (čl. 24) nejsou žádnými lidskými právy, a to z filozofických a politických důvodů. Tyto důvody jsou podle Cranstona následující: Lidská práva jsou podle něj morální práva, což (nejen) podle něj znamená, že nejsou výtvorem pozitivního práva, ale jsou nějakým způsobem morálně odůvodněná. Dále jde o univerzální práva v tom smyslu, že tato morální práva má každý člověk v každé situaci či roli, a to pouze z toho důvodu, že je člověk. A z tohoto vymezení lidských práv plyne první Cranstonův nesouhlas se zařazením výše zmíněných sociálních práv mezi lidská práva – nejsou totiž univerzální. Cranston výslovně poukazuje na právo na placenou dovolenou, které není univerzální proto, že ho mají pouze zaměstnanci, a nikoli zaměstnavatelé.¹⁹ Další námitka je ta, že práva musí být praktická (*practicability of rights*), přičemž výslovně poukazuje na to, že nemáme povinnost vykonat nemožné.²⁰ Podle Cranstona je prostě nemožné a absurdní, aby měl každý člověk právo na dovolenou na zotavenou. Zatímco ta práva, kterým Cranston říká občanská a politická, mohou být podle něj legislativou zaručena bez větších obtíží, sociální a hospodářská práva takto být podle Cranstona zaručena nemohou, protože kromě vydání příslušné legislativy, která „zpozitivní“ morální práva, musí stát vydávat i nemalé prostředky na jejich zajištění. Dále si Cranston nedokáže představit, že by k ochraně a vynucování sociálních a hospodářských práv mohly existovat podobné instituce jako třeba Evropský soud pro lidská práva k ochraně práv občanských a politických. Konečně třetí Cranstonova námitka spočívá v tom, že lidská práva se vyznačují prvořadou důležitostí (*paramount importance*), což je sice znak, který není tak jasný jako jejich univerzalita či praktičnost, ale stejně závažný – mezi lidská práva podle něj patří vlastně jen ta, která nás chrání proti velkému utrpení (*great distress*).²¹

¹⁷ Např. moje svoboda vyznání podle čl. 15 Listiny je komplexem následujících hohfeldovských pozic: 1) Protože nemám povinnost vůči ostatním, abych věřil či nevěřil v boha, mám tedy hohfeldovskou volnost (*liberty*, respektive *privilege*) věřit i nevěřit v boha, protože neexistuje žádný hohfeldovský nárok ostatních na to, abych věřil či nevěřil v boha. 2) Mám nárok vůči ostatním, aby se zdrželi jakéhokoli zasahování do mé víry či nevíry v boha, což znamená, že ostatní mají povinnost zdržet se (negativní povinnost) nucení mne k víře v boha nebo k nevíře v boha. 3) Konečně mám i hohfeldovské uzavření vůči státu, aby moje hohfeldovské volnosti 1) a moje hohfeldovské nároky 2) měnil – stát tedy nemůže vůči mně uplatnit svůj vliv (*power*), kterým by změnil mé hohfeldovské pozice 1) a 2). Svoboda vyznání dle čl. 15 Listiny je tedy nějaký „komplex“ minimálně tří hohfeldovských pozic (volností, nároků a uzavření), přičemž právě hohfeldovské nároky 2) a hohfeldovská uzavření 3) z ní dělají subjektivní právo.

¹⁸ CRANSTON, M. Human Rights, Real and Supposed. In: RAPHAEL, D. D. (ed.). *Political Theory and the Rights of Man*. Bloomington: Indiana University Press, 1967, s. 43 an. Pracoval jsem s reprintem ve WELLMAN, C. (ed.). *Rights and Duties. Vol. 5 – Welfare Rights and Duties of Charity*. New York: Routledge, 2002, s. 1 an. Naposledy se Cranstonovou kritikou sociálních a hospodářských práv jakožto práv lidských zabývala v české literatuře pravděpodobně MÜLLEROVÁ, H. *Právo na životní prostředí: Teoretické aspekty*, s. 45 an.

¹⁹ CRANSTON, M. *Human Rights, Real and Supposed*, s. 51.

²⁰ *Ibidem*, s. 50.

²¹ *Ibidem*, s. 51.

Protože sociální a hospodářská práva tato Cranstonova kritéria (univerzality, praktičnosti a prvořadě důležitosti) nespĺňujú, nejde vŕbec o lidská práva, a proto „je dŕsledkem Všeobecné deklarace, která je pŕetížena takzvanými lidskými právy, která vŕbec lidskými právy nejsou, to, že celý diskurs lidských práv je vytlačen z jasné sféry toho, co je morálně závažné, do soumravného svĕta utopických aspirací.“²² I když sám Cranston pŕipouští, že sociální a hospodářská „práva“ mohou být jakožto jisté morální ideály použita ke kritice toho, že se jich dostává pouze některým skupinám lidí,²³ pŕesto Cranston odmítá, abychom je nazývali „právy“, protože neexistuje povinnost k jejich zajištění.

Takovým „právnŕm“, s nimiž nekorelují povinnosti jiného, se v literatuŕe většinou říká „manifestní“ práva (*manifesto rights*) po vzoru amerického filozofa Joela Feinberga, který je asi poprvĕ tematizoval.²⁴ Pro Feinberga jsou „manifestní“ práva v podstatĕ nástrojem, kterým lidé vyjadŕují vŕči ostatním potŕebu (opŕenou o nějaké morální postoje), aby se tato práva stala „opravnými“ právy (kterým již korelují povinnosti, respektive jiná normativní omezení někoho jiného), aby je ostatní či státy uznali apod., pŕičemž právě takovĕto požadování je podle něj „pŕirozeným semenem, z něhož vyrŕstají práva“, a proto se domnívá (na rozdíl od Cranstona), že si mŕže dovolit „reŕtorickou licenci“ a nazývat je právy. V dalším textu budu tedy takovŕmto „právnŕm“, s nimiž nekoreluje normativní omezení jiného, říkat „manifestní“, i když se domnívám, že Cranstonovi šlo v jeho článku o něco jiného než Feinbergovi – myslím, že Cranston by se nejspíše stavĕl proti požadavkŕm na uznání sociálních a hospodářských práv právě proto, že morální dŕvody pro jejich zavedení chápal nejspíše jako slabĕ, nebo dokonce chápal jednání vedoucí k jejich splnění jako supererogatorní.²⁵ Feinberg oproti tomu nazývá „manifestní“ práva právy, protože považoval minimálně za morálně obhajitelnĕ to, že někdo bude „sepisovat manifesty“, aby požadavkem na uznání těchto práv opravdu docílil jejich skutečného uznání, a tedy aby se z „manifestních“ práv stala „opravná“ práva, kterým již korelují normativní omezení jiného.

Tyto Cranstonovy názory jsou dŕležitĕ ani ne tak proto, že je vyslovil jako jeden z prvních, ale proto, že na adresu hospodářských a sociálních práv jsou vyslovovány vlastně neustále a v nejrŕznĕjších podobách (napŕ. s vŕše citovanou pasáží o utopickĕm charakteru čl. 21 an. Všeobecné deklarace by i dnes jistĕ souhlasil nejeden konzervatívec, a to nejen v USA nebo u nás). Zde bych chtĕl podat jejich následující kritiku: Pokud jde o požadavek univerzality, je pŕinejmenším zvláštní, jak ji Cranston chápe. Na jedné stranĕ upírá univerzalitu právu na placenou dovolenou na zotavenou, protože ji mají pouze zamĕstnanci, na druhou stranu nejspíše implicitně pŕipouští univerzalitu práva na spravedlivŕy proces (což je podle něj tradičně uznávané občanskĕ právo),²⁶ pŕestože ho také mají jen ti, kteŕí jsou ŕčastníky nějakého procesu. Zdá se, jakoby mu nebyl jasnŕy rozdíl mezi extenzionální kategorií množiny a intenzionální kategorií (typicky role, vlastnosti

²² Ibidem, s. 52.

²³ Ibidem, s. 53.

²⁴ FEINBERG, J. The Nature and Value of Rights. *The Journal of Value Inquiry*. 1976, Vol. 4, s. 243–257.

²⁵ Napŕ. když se vĕnuje prvořadě dŕležitosti práv, píše: „Je prvořadou povinností zabŕánit velkĕmu utrpení, ale není prvořadou dŕležitostí někomu poskytovat potĕšení. Bylo by mou povinností zachŕánit topící se dĕtĕ v Richmondu, kdybych tam tehdy byl, ale není mou povinností dávat vánoční dárky sousedovŕm dĕtem.“ CRANSTON, M. *Human Rights, Real and Supposed*, s. 51.

²⁶ Ibidem, s. 43.

či úřadu), na základě níž byly prvky množiny vybrány.²⁷ Neboli – jestliže se někdo dostane do role zaměstnance, stane se prvkem množiny zaměstnanců, stejně tak jako se ten, kdo vede nějaký právní proces nebo s nímž je veden nějaký právní proces, dostane do role účastníka řízení. Ten, kdo se nikdy nedostane do role zaměstnance, také nikdy nebude požívat práva na placenou dovolenou podobně jako ten, kdo nikdy nebyl účastníkem řízení, nebude požívat práva na spravedlivý proces – ale to se netýká existence práv, nýbrž jejich uplatňování. Pokud bychom však Cranstona „vzali za slovo“ a jako lidská práva klasifikovali jen ta, která má člověk nezávisle na jakýchkoli intenzionálních kategoriích, které mu mohou být připisovány, pak budou lidská práva opravdu velmi „chudá“ – určitě by se dalo uvažovat o právu na život či lidskou důstojnost; již však třeba v případě politických práv bychom mohli váhat, zda se nevztahují pouze na ty z nás, kteří na sebe vzali roli voličů, členů politických stran, účastníků shromáždění, stěžovatelů písicích petice apod., což ostatně připouští i Cranston.²⁸ Naopak si lze představit, že by mezi tato „chudá“ práva mohlo patřit i právo na výživu či šatstvo (jak je upraveno např. v čl. 25 Všeobecné deklarace a v čl. 11 odst. 1 Mezinárodního paktu o hospodářských, sociálních a kulturních právech), protože to je to, co jakýkoli člověk k životu nutně potřebuje, pokud bychom to obhájili nějakou etickou teorií (což je možné, třeba dominantní variantou konsekvencialismu).²⁹

Tím se dostáváme ke znaku prvořadě důležitosti – je zjevné, že lze vést spory o tom, zda cílem alespoň některých hospodářských a sociálních práv přeci jenom není zajištění takových statků, které člověk opravdu nutně potřebuje k životu. Nemusí jít samozřejmě o Cranstonovy příklady práva na placenou dovolenou nebo na starobní důchod; půjde-li však třeba o právo na lékařskou péči nebo třeba na výživu, šatstvo a bydlení, pak se mohou někomu (třeba socialistovi) oprávněně jevit jako základnější než třeba právo na soukromé vlastnictví.³⁰

Jde-li o postulát praktičnosti, je opět zvláštní, že Cranston používá argument fyzickou nemožností³¹ k tomu, aby odůvodnil jejich problematickou realizovatelnost – je např. zcela zřejmé, že není fyzicky nemožné, aby každý člověk na zeměkouli pobíral nějaký starobní důchod (když překročí určitou věkovou hranici), ale je to naopak problematičtější

²⁷ K tomuto rozlišování právě v kontextu osobní působnosti právní normy (neboť o nic jiného zde nejde) v české právní literatuře viz SOBEK, T. Vymezení osobní působnosti právní normy. *Právník*. 2000, roč. 139, č. 4, s. 399–404.

²⁸ CRANSTON, M. *Human Rights, Real and Supposed*, s. 49.

²⁹ To mimochodem tvrdili již středověcí františkáni, kteří se chtěli vzdát svého práva na soukromé vlastnictví, a naopak postulovali nemožnost vzdát se užívání (*simplex usus facti*) toho, co člověk nutně potřebuje k životu – viz např. Vilém Ockham ve svém *Opus nonaginta dierum*. Může se dokonce zdát, že středověk byl k těmto aspektům zajištění „holé“ lidské existence daleko citlivější a vstřícnější než moderní doba, i když k tomu zdaleka neměl tolik prostředků jako současné lidstvo. Abychom však ze středověkých františkánů nedělali nějaké propagátory sociálních práv – Ockhamovi nejspíše nešlo o to, že by někdo měl poskytovat jinému prostředky nutné k životu (pozitivní subjektivní právo); snad mu šlo pouze o to, aby někdo nezasahoval jinému do užívání prostředků nutných k životu (negativní subjektivní právo).

³⁰ Mimochodem, není poněkud zvláštní, že právo na práci patří k sociálním a hospodářským „manifestním“ právům, zatímco právo na plody této práce, tedy právo na soukromé vlastnictví, patří ke „skutečným“ a podle naší Listiny i k základním právům?

³¹ CRANSTON, M. *Human Rights, Real and Supposed*, s. 50: „Práva jsou v jasném vztahu s povinnostmi. [...] Není mou povinností udělat to, co je pro mne fyzicky nemožné. Nemůžete mi rozumně říci, že bylo mou povinností skočit do Temže v Richmondu, abych zachránil tonoucí dítě, když jsem nebyl blízko Richmondu v době, když se dítě topilo.“

realizovatelné právě z důvodů omezených zdrojů. V tom druhém by možná Cranston mohl mít pravdu, nicméně praktická realizovatelnost sociálních a hospodářských práv je především otázkou ekonomickou. Neboli někdo jiný (třeba ekonom kritický k současnému stavu) by mohl argumentovat zcela opačně než Cranston, protože by poukázal na to, že i omezených zdrojů je na naší planetě v současné době dost, jenom jsou naprosto a skandálně nerovnoměrně rozděleny.³² Jiná argumentace by se zase mohla opírat o otázku, zda je nákladnější chránit bohaté obyvatele planety před těmi chudými (právními omezeními imigrace, silou apod.), než poskytnout chudým obyvatelům sociální zabezpečení, aby nemuseli realizovat své „právo na hledání štěstí“ v bohatších částech světa. Ale tyto úvahy přenechme ekonomům. Vůči Cranstonově námitce je však možné poukázat na etické teorie, které možná mohou dovést, že i sociální a hospodářská práva mohou být skutečnými právy – lze si např. velmi dobře představit, že v dominantní variantě současného utilitarismu (který Cranston nejspíše odmítá³³ a který postuluje, zjednodušeně řečeno, jako etický cíl maximalizaci *welfare* celého lidstva, případně i jiných bytostí s morálním statutem) je možné dovést, že bohatí lidé, jejichž základní potřeby jsou uspokojeny, mají morální povinnost poskytovat životně důležité statky ostatním lidem, jejichž základní potřeby uspokojeny nejsou, a tudíž, že chudí lidé mají právo vůči bohatým toto poskytování životně důležitých statků požadovat.³⁴

³² Finančních zdrojů by na světě možná mohlo být dost. Např. mezinárodní smlouvy o zamezení dvojího zdanění byly vytvořeny ve dvacátých letech 20. století, aby nadnárodní korporace opravdu nezdaňovaly své zisky ve dvou (či více) jurisdikcích. Časem však vedly k tomu, že tyto korporace neplatí daně vůbec a nejspíše jde o legální praxi – viz např. MOSSMAN, M. Paying Their Dues. How to Close Global Tax Loopholes. In: *Foreign Affairs* [online]. 25. 2. 2016. Dostupné z: <<https://www.foreignaffairs.com/articles/2016-02-25/paying-their-dues>>. Ekonom Gabriel Zucman v ZUCMAN, G. *The Hidden Wealth of Nations: The Scourge of Tax Havens*. Chicago – London: University of Chicago Press, 2015, především na základě uvolněných dat ze Švýcarska a Lucemburska odhaduje, že jmění v těchto „daňových rájích“ má hodnotu 7,6 bilionu dolarů, což představuje minimálně 8 % z celosvětového finančního majetku (*global financial wealth*). Daňovými úniky (včetně legálních forem daňové optimalizace) přicházejí státy podle Zucmana ročně o 200 miliard dolarů, přičemž pouze USA přicházejí ročně o 130 miliard dolarů. Majetek je také, jak všichni víme, velmi nerovnoměrně rozdělen: Např. majetek vlastněný jedním procentem nejbohatších lidí v USA od osmdesátých let 20. století narůstá vyšším tempem než majetek dolních 90 % (cca 3,4 % za rok v letech 1986–2012 oproti 0,7 % za stejné období). 16 tisíc rodin tvořících 0,01 % populace USA s průměrným čistým majetkem (*net worth*) na rodinu ve výši 371 milionu dolarů nyní kontroluje 11,2 % z celkového bohatství, stejně jako v roce 1916, kdy byl vůbec nejvyšší. Viz Forget the 1 %. *The Economist*. 8. 11. 2014, s. 79 an. Nejde jen o USA – článek PIKETTY, T. – ZUCMAN, G. Capital is back: Wealth-income ratios in rich countries, 1700–2010. *Quarterly Journal of Economics*. 2014, roč. 129, s. 1255–1310, dokazuje pro USA, Francii, Německo a Velkou Británii, že poměr mezi soukromým bohatstvím a národním důchodem by v těchto zemích v 18. a 19. století 600–700 %, poté byl snižován až na 200–300 % v roce 1970 a pak začal opět růst na současných 400–600 % v roce 2010. A podobný trend se týká i „komunistické“ Číny (kde z komunismu zbyla patrně pouze „vedoucí úloha KSČ“) – 10 % nejbohatších Číňanů vlastnilo v roce 2015 téměř 70 % soukromého majetku, zatímco v roce 1995 to bylo 40 %. Ještě rychleji v Číně narůstá příjmová nerovnost – zatímco příjem chudší poloviny obyvatelstva v USA mezi léty 1978 a 2015 klesl o 1 %, v Číně za totéž období klesl pětikrát. Viz ALVAREDO, F. – CHANCEL, L. – PIKETTY, T. – SAEZ, E. – ZUCMAN, G. *Global Inequality Dynamics: New Findings from Wid. World*. NBER Working Paper No. 23119. Dostupné z: <www.nber.org/papers/w23119>. Asi je to způsobeno tím, že z dlouhodobého hlediska míra návratnosti kapitálu může být značně vyšší než míra růstu důchodu – k dobře podloženým domněnkám, proč se tak děje, viz asi nejlépe PIKETTY, T. *Kapitál v 21. století*. Praha: Univerzum, 2015.

³³ CRANSTON, M. *Human Rights, Real and Supposed*, s. 51.

³⁴ Zde samozřejmě diskutuje nekončí: Můžeme se opět neshodovat, co jsou naše životně důležité potřeby a co jsou ony životně důležité statky, můžeme poukazovat na neintuitivnost dominantní varianty současného utilitarismu (která např. požaduje, aby v našich morálních úvahách hráli naši blízcí stejnou roli jako nám vzdálení chudí lidé na druhém konci světa), můžeme pochybovat o tom, zda i utilitarista bude považovat

Jako právník se však mohu vyjádřit k jinému aspektu praktické nerealizovatelnosti sociálních a hospodářských práv, a sice ke Cranstonově domněnce, že ochrana a zajištění těchto práv není možná skrze takové instituce, jako byly v jeho době Evropská komise pro lidská práva a Evropský soud pro lidská práva (dále ESLP). Nuže, jestliže je důležitým znakem takových mezinárodních institucí, že mají „pravomoci vyšetřovat a napravovat jakékoli tvrzené porušení práv“, jak píše Cranston,³⁵ pak je dobré si uvědomit, že takové pravomoci nemá ESLP ani dnes (když např. pomyslíme na obtížnou vynutitelnost jeho rozhodnutí prostředky mezinárodního práva orgány Rady Evropy). Pokud však za důležitý znak takových mezinárodních institucí budeme považovat to, že rozhodují o stížnostech jednotlivců a mohou vydávat rozhodnutí o tom, zda nějaký stát porušil či neporušil lidská práva zakotvená v nějaké mezinárodní smlouvě, lze říci, že takovéto instituce již existují i pro ochranu sociálních a hospodářských práv – konkrétně jde o Výbor pro hospodářská, sociální a kulturní práva, který má od května 2013 pravomoc rozhodovat o stížnostech jednotlivců (*communications*) vůči těm státům, které ratifikovaly Opční protokol k Mezinárodnímu paktu o hospodářských, sociálních a kulturních právech z roku 2009 (mezi něž třeba Česká republika nepatří, ale třeba Slovensko již ano).³⁶ Z hrstky rozhodnutí (*views*) o individuálních případech, které tento Výbor zatím vydal, je možné poukázat na jedno ve věci *I.D.G. proti Španělsku* z června 2015, které se týkalo práva na bydlení podle čl. 11 tohoto paktu.³⁷ Podle tohoto rozhodnutí porušilo Španělsko stěžovatelčino právo na bydlení tím, že nebyla dostatečně informována o tom, že její dům, který splácela z hypotéčního úvěru, bude prodán v soudní aukci (poté, co nezaplatila několik splátek úvěru bance), čímž jí bylo znemožněno, aby před soudem proti tomuto prodeji brojila. Domnívám se, že toto rozhodnutí poskytuje dobré argumenty pro to, že i právo na bydlení je „skutečným“ subjektivním právem, protože vůči paní I.D.G. mělo Španělsko nějakou povinnost, konkrétně povinnost adekvátně ji informovat o tom, že její dům bude prodán v aukci. Proto i sociální a hospodářská práva mohou „generovat“ normativní omezení (*normative constraints*) v podobě jasně vymezených povinností vůči jejich nositelům a nejde tak pouze o „přísliby budoucí realizace práv“, jak by naznačovalo znění čl. 2 odst. 1 Mezinárodního paktu o hospodářských, sociálních a kulturních právech (který bývá často vykládán jako projev principu tzv. progresivní realizace těchto práv). Tvrdit, že právo na bydlení je pouze

morální povinnost zajistit životně důležité statky těm, kterým se jich nejvíce nedostává, za povinnost adresovanou vůči někomu (vůči všem těm, kterým se jich nedostává, anebo si můžeme vybrat toho, vůči němuž ji uplatníme, podobně jako v případě morální povinnosti k dobročinnosti?) apod. Také je zde problém toho, zda od lidských práv neočekáváme příliš mnoho – proč bychom sociální či ekonomické problémy lidstva měli řešit zrovna lidskými právy?

³⁵ CRANSTON, M. *Human Rights, Real and Supposed*, s. 47.

³⁶ Někdo by mohl namítnout, že již sám fakt, že se můžeme dovolávat hospodářských a sociálních práv ve vnitrostátním právu, činí Cranstonovu námitku proti praktické realizovatelnosti těchto práv zbytečnou – tato práva se prostě již na vnitrostátní úrovni realizují. Někdo jiný však může argumentovat, že na vnitrostátní úrovni můžeme tato práva někdy opravdu chápat jako výtvořící státní moci (tedy nikoli jako lidská práva, jejichž „autorem“ není stát), navíc když jsou často mnohá z nich omezena jen na občany státu (viz např. čl. 30, 31 a 33 Listiny). K aplikaci hospodářských a sociálních práv vnitrostátními a mezinárodními orgány přehledově viz např. RAMCHARAN, B. G. (ed.). *Judicial Protection of Economic, Social and Cultural Rights: Cases and Materials*. Leiden – Boston: Martinus Nijhoff, 2005, nebo LANGFORD, M. (ed.). *Social Rights Jurisprudence. Emerging Trends in International and Comparative Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

³⁷ *Comunicación no. 2/2014, I.D.G. v. España, E/C.12/55/D/2/2014*.

„manifestním“ právem³⁸ poté, co paní I.D.G. úspěšně požadovala jeho uplatnění vůči své osobě (tedy provedla přesně to, co Feinberg považuje za funkci „manifestních“ práv a za znak lidské důstojnosti vůbec), se mi zdá poněkud málo. Není to ostatně tak dávno, kdy se i občanská a politická práva považovala za přímo neaplikovatelná (stejně jako ostatní normy ústavního práva) a za pouhé „monology zákonodárcovy“.³⁹ Je docela dobře možné, že s postupně se rozvíjející rozhodovací činností o individuálních stížnostech prováděnou podobnými orgány jako je Výbor pro hospodářská, sociální a kulturní práva se dočkáme dalších „přetavení“ sociálních a hospodářských práv do podoby skutečných subjektivních práv.⁴⁰

Co by však na takovouto „progresivistickou“ argumentaci řekl někdo podobný jako Cranston? Protože lidská práva lze chápat jako univerzální morální práva, nejspíše by odpověděl, že z toho, že nějaký orgán ve sféře pozitivního (mezinárodního) práva uznal povinnosti plynoucí z nějakého sociálního práva, které je prohlášeno za lidské právo, ještě nutně neplyne, že toto právo je opravdu právem morálním. Někdo jiný by zase použil právní argumentaci, podle níž ve věci I.D.G. nešlo o právo na bydlení, ale spíše o právo na spravedlivý proces,⁴¹ anebo o právo na soukromé vlastnictví (paní I.D.G. přišla o svůj vlastní dům). Nebo by poukazyval na to, že rozhodnutí Výboru i v individuální stížnosti nepředstavuje závazné rozhodnutí v tom smyslu, že Španělsko má jasnou povinnost vůči paní I.D.G. – vždyť Výbor vydává doporučení a jedinou povinnost, kterou na sebe stát bere, je informovat Výbor o tom, co učinil k nápravě stěžovatelské situace.⁴² Na tento argument zase někdo jiný může reagovat tak, že Výbor sám naopak ve svém rozhodnutí stanovil jasnou povinnost státu vůči stěžovateli.⁴³

Jinými slovy – neshoda na tom, zda všechna lidská práva (včetně těch sociálních a hospodářských) jsou subjektivními právy, nebo ne, bude přetrvávat, a zde jsou pouze naznačeny směry, kterými se diskuse může ubírat. Zároveň je třeba poukázat na to, že

³⁸ Jak se to často děje v případech téměř všech sociálních a hospodářských práv, viz např. NICKEL, J. Human Rights, In: ZALTA, E. D. (ed.). *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Winter 2014 Edition. Dostupné z: <<https://plato.stanford.edu/entries/rights-human/>>.

³⁹ Viz např. ŠEJVL, M. O čem vypovídá historie listin práv? In: KNOLL, V. (ed.). *Naděje právní vědy. Býkov 2010*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2011, s. 118–128.

⁴⁰ Tento vývoj může trvat velmi dlouho, jak je patrné třeba ze slavného příkladu přímé aplikace francouzské Deklarace práv člověka a občana z roku 1789. Zatímco v 19. století se ve francouzském právu obecně řečeno přímá aplikace Deklarace odmítala, v meziválečném období ji začali připouštět konstitucionalisté jako Hauriou či Duguit (k jejich názorům na aplikaci Deklarace viz např. CHEVALLIER, J. *L'État de droit*. 2. vydání. Paris: Montchrestien, 1994, s. 32 an.). Teprve když preambule francouzské ústavy z roku 1958 odkázala na Deklaraci práv člověka a občana z roku 1789 a vznikla Ústavní rada, objevila se možnost její přímé aplikace, ačkoli to patrně nebylo úmyslem ústavodárce (viz např. LECLERQ, C. *Droit constitutionnel et institutions politiques*. 7. vydání. Paris, 1990, s. 524). Slavné rozhodnutí Ústavní rady z roku 1971 změnilo situaci, když soud řekl, že preambule má také normativní funkci; v roce 1973 pak poprvé Ústavní rada prohlásila návrh zákona za protiústavní pro rozpor s Deklarací (k tomuto ústavnímu vývoji viz např. GICQUEL, J. *Droit constitutionnel et institutions politiques*. 11. vydání. Paris, 1991, s. 112 an.).

⁴¹ Možná podobně jako bylo porušením práva na spravedlivý proces dle čl. 6 Evropské úmluvy o lidských právech to, že trestanec Golder nemohl iniciovat soudní řízení ve vlastní věci – viz rozhodnutí ESLP ve věci *Golder proti Spojenému království*, stížnost č. 4451/70.

⁴² K (ne)závaznosti rozhodnutí kvazisoudních orgánů OSN viz např. ULFSTEIN, G. Individual complaints. In: KELLER – ULFSTEIN, H.-G. (eds). *UN Human Rights Treaty Bodies. Law and Legitimacy*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012, s. 92 an., nebo SMITH, R. K. M. *Textbook on International Human Rights*. 2nd edition. Oxford: Oxford University Press, 2005, s. 67 an.

⁴³ Viz § 16 výše citovaného rozhodnutí.

na rozhodnutí ve věci I.D.G. může být navázáno tak, že půjde opravdu o počátek nového trendu, anebo naopak tak, že toto rozhodnutí je pouze jistý „exces“ či výjimka a nadále budeme pracovat např. s tím, že většina práv v Mezinárodním paktu o hospodářských, sociálních a kulturních právech jsou opravdu pouze „manifestními právy“.⁴⁴

2. NEZADATELNÁ LIDSKÁ PRÁVA? POTÍŽE S „LEGÁLNÍMI“ A MORÁLNÍMI PRÁVY

Prvním atributem, který čl. 1 Listiny připisuje základním lidským právům a svobodám, je atribut nezadatelnosti, který je poněkud „tajuplný“ v tom smyslu, že nejspíše nevíme, co přesně znamená. Nejde přitom o to, že by pojem nezadatelných práv byl pojmem diskursivním, ale o to, že slova „nezadatelný“ či „nezadatelnost“ se v českém právním diskursu používají v různých významech, které však lze od sebe odlišit – „lidově“ řečeno: zatímco v případě diskursivních pojmů není možné říci, že „jeden mluví o koze a druhý o voze“, protože mluví o stejném (diskursivním) pojmu, v případě nezadatelnosti to možné je. Zde se pokusím ukázat alespoň nejčastější významy slov „nezadatelná“ nebo „nezadatelnost“.

Za prvé, „nezadatelná práva“ mohou být taková práva, která nepocházejí od státu v tom smyslu, že by byl jejich „dárce“ či autorem, a proto se může také tvrdit, že jde o práva morální či práva přirozená. Takto např. vysvětluje nezadatelnost práv Jiří Baroš: „*Nezadatelnost základních práv a svobod znamená, že jsou inherentní (vrozená) lidským bytostem. Jsou založena na hodnotě statusu lidských bytostí (tj. na důstojnosti člověka), který nikdo nemůže ztratit.*“⁴⁵ Podobně třeba i Gerloch,⁴⁶ anebo i jinde.⁴⁷

Druhý význam „nezadatelných práv“ souvisí s jejich nezcizitelností, tedy s tou vlastností, že nemohou být převedena na jiného. Tak např. Karel Klíma: „*Pojem ‚nezadatelnost‘ základních práv a svobod znamená ústavní zákaz jakéhokoli subjektivního předání těchto práv jiné soukromé osobě, a to ani dobrovolně, ani z přinucení. [...] ‚Nezcizitelnost‘ pak zajišťuje znemožnění jakéhokoli vynuceného či násilného odnětí těchto práv.*“⁴⁸ Z uvedené citace je, myslím, zřejmé, že mezi nezadatelností a nezcizitelností není vlastně velký rozdíl⁴⁹ a s párovým použitím obou atributů se můžeme setkat na mnoha místech.⁵⁰

⁴⁴ To, jestli nějaké rozhodnutí představuje „paradigmatický zlom“, anebo „exces“ či výjimku, se ukáže až ve světle toho, zda na ně budoucí rozhodnutí navážou, nebo ne. Např. známé rozhodnutí *House of Lords* ve věci *Donoghue v. Stevenson* ze třicátých let 20. století, které se považuje za počátek *strict liability* v britském právu, se tímto „paradigmatickým zlomem“ stalo až daleko později, kdy na ně navázala budoucí rozhodnutí.

⁴⁵ WAGNEROVÁ, E. – ŠIMÍČEK, V. – LANGÁŠEK, T. – POSPÍŠIL, I. a kol. *Listina základních práv a svobod. Komentář*. Praha: Wolters Kluwer, 2012, s. 70.

⁴⁶ Když se věnuje nezadatelnosti lidských práv, píše, že „*tato práva se nepovažují za výtvar státní moci, stát je však, chce-li být právním státem, musí uznat, aby získaly pozitivněprávní charakter.*“ GERLOCH, A. *Teorie práva*, s. 200.

⁴⁷ Např. v HENDRYCH, D. a kol. *Správní právo. Obecná část*. 8. vydání. Praha: C. H. Beck, 2012, s. 97 v kontextu práva na samosprávu se píše: „*místní samospráva je posuzována jako nezadatelné právo určitého společenství, které stát pouze uznává a potvrzuje.*“

⁴⁸ KLÍMA, K. a kol. *Komentář k Ústavě a Listině*. 2. díl. 2. rozšířené vydání. Plzeň: Aleš Čeněk, 2009, s. 935.

⁴⁹ Tak to tvrdil již např. Jiří Boguszak v BOGUSZAK, J. *Diferenciace lidských práv*. *Právník*. 2000, roč. 139, č. 3, s. 254.

⁵⁰ Tak např. KNAPP, V. *Teorie práva*, s. 21, píše, že z toho, že jsou základní práva a svobody nezcizitelné a nezadatelné, „*vyplývá, že jsou vynaty i z dispozice svého subjektu samého, takže jakýkoli úkon, kterým by se jich*

Někdy se vykládá „nezadatelnost práv“ v užším významu, než je nezcizitelnost, a sice v tom, že u nezcizitelnosti jde o (dobrovolný) převod práva, zatímco v případě nezadatelnosti jde o (dobrovolné) vzdání se práva.⁵¹ Jindy naopak se nezadatelnost chápe širěji než nezcizitelnost, tedy nejen jako zákaz dobrovolných převodů a vzdání se, ale i jako zákaz odebrání.⁵² Tento druhý význam (podle něhož je nezadatelnost vlastně totéž, co nezcizitelnost) je nejspíše starší než první, jak lze zjistit třeba nahlédnutím do předválečné judikatury Nejvyššího soudu ČR ve Vážného sbírce,⁵³ anebo do slovníků z této doby.⁵⁴ Lze si snad také zaspokulovat, že první význam se „objevil“ v češtině až dodatečně poté, co byl přijat čl. 1 Listiny a bylo vhodné rozlišit mezi atributem nezadatelnosti a atributem nezcizitelnosti.

Protože o atributu nezcizitelnosti bude pojednáno níže, zde bych se chtěl věnovat nezadatelnosti v prvním významu, tedy tomu, zda lidská práva (anebo alespoň některá jejich podmnožina, které Listina říká základní práva a svobody) jsou práva přirozená či morální. Dle mého názoru je pojem morálních práv širší než pojem přirozených práv, protože morální práva budou jakékoli hohfeldovské nároky či uzavření (případně i výše představená „manifestní“ práva), které lze mít podle nějaké „verze“ morálky, tedy v souladu s nějakou etickou teorií; naproti tomu přirozená práva budou takovými nároky, které plynou pouze z jedné etické teorie, kterou je teorie přirozeného práva (vedle třeba etiky ctnosti, konsekvencialistické etiky, kantovské etiky apod.) Zde samozřejmě není

vzdal, anebo se sám v nich ve prospěch jiného nebo ve prospěch společnosti nad míru zákonem dopouštěnou omezil, byl by toliko právním úkonem zdánlivým (non negotium) a nezpůsobil by žádné právní následky.“ Podobně se v jednom komentáři k § 16 občanského zákoníku píše, že jsou „*právní osobnost a svéprávnost vnímány jako nezadatelné a nezcizitelné, a to i z vlastní vůle osoby, tedy vlastním jednáním osoby*“ (LAVICKÝ, P. a kol. *Občanský zákoník I. Obecná část (§ 1–654). Komentář*. Praha: C. H. Beck, 2014, s. 141 an.). Ve stejném komentáři k § 493 se píše, že „*vzhledem k tomu, že lidská práva jsou dle čl. 1 LPS nezadatelná a nezcizitelná, není možné s lidským tělem úplatně nakládat, přičemž toto omezení platí i pro samotného nositele právní osobnosti, tedy člověka, o jehož tělo jde*“ (Ibidem, s. 1746).

⁵¹ Tak např. v nálezu Pl. ÚS 171/14, par. 58 se nezadatelnost používá ve významu nemožnosti vzdát se tohoto práva. V HENDRYCH, D. a kol. *Správní právo. Obecná část*, s. 88, v kontextu veřejných práv se píše, že „*veřejná práva jsou většinou nezadatelná a nepřenosná, osoby nemají možnost se jich vzdát, nebo je přenést na někoho jiného*.“

⁵² Tak např. v nálezu IV. ÚS 53/2000 se píše, že „*z ústavního principu nezávislosti soudců [...] vyplývá i nezadatelnost jejich práv na hodnocení důkazů, takže v tomto kontextu se nezadatelností rozumí to, že nikdo soudcům i bez jejich souhlasu nemůže zasahovat do jejich hodnocení důkazů*.“ V nálezu Pl. ÚS 13/99 se píše, že „*zákon č. 268/1998 Sb., [...], představuje podle názoru Ústavního soudu průlom do zmíněné nezadatelnosti práva soudců na nekrácení jim poskytovaných náhrad*“, takže opět jde o to, že soudcům nesmí být proti jejich vůli odebrány náhrady.

⁵³ Např. rozhodnutí sp. zn. R I 30/20 (Vážný, č. 406): „*tento nárok, příslušející nemanželskému dítěti podle § 166 obč. zák. proti jeho otci, jest právem nezadatelným, jehož vůbec vzdání se nemůže*.“ Rozhodnutí sp. zn. Rv II 175/22 (Vážný, č. 1818): „*Nárok na uznání otcovství jest nezadatelným právem dítěte, vzdání se ho se strany dítěte, ať bezúplatně ať za úplatu, jest neplatným*.“ Rozhodnutí sp. zn. R I 837/26 (Vážný, č. 6335): „*V projednávaném případě jedná se o rozvázání manželské smlouvy, o právo osobní, nezadatelné, manžel nemůže se nikdy napřed zavázat, že až v budoucnosti, t. j. za rok, nebude mít proti straně druhé odpor nepřekonatelný, zákonem [...] požadovaný a nemůže se předem vzdání svého práva, souhlas k rozluce za rok odeprítí*.“ Rozhodnutí Rv I 87/36 (Vážný, č. 16100): „*Domovník má v mezích možnosti nezadatelný nárok na bezplatný byt o dvou obytných místnostech, úmluva o úplatě za poskytnutí hodnotnějšího domovníckého bytu, pokud nepřesahuje dvě obytné místnosti, je nicotná*.“

⁵⁴ VÁŠA, P. – TRÁVNÍČEK, F. *Slovník jazyka českého. Svazek 1 (A–K)*. Praha: Fr. Borový, 1937, s. 237: „*Nikomu nezadáme svých práv (svá práva) = nepostoupíme, neustoupíme od nich; nezadatelné právo*.“ *Příruční slovník jazyka českého. Vydává třetí třída České akademie věd a umění. Díl III (N–O)*. Praha: Školní nakladatelství, 1938–1940, s. 559: „*nemohoucí býti zadán, odevzdán, postoupen někomu jinému n. pomínut*“.

prostor pro to, aby bylo pojednáno o pojmu lidských práv z hlediska všech etických teorií – místo toho zde pojednám nejdříve o přístupu, který v teoretické rovině u nás není příliš častý,⁵⁵ protože lidská práva nechápe jako práva morální, ale naopak jako „legální“ práva (*legal rights, juridische Rechte*),⁵⁶ tedy práva plynoucí z pozitivního práva (ať už vnitrostátního či mezinárodního);⁵⁷ tento názor pak samozřejmě nebude souhlasit s tím, že lidská práva jsou nezadatelná v prvním významu.

Tento „pozitivistický“ přístup se samozřejmě dostane do nesnázi tehdy, když by naprosto „primitivně“ tvrdil, že lidská práva jsou bezvýhradně závislá na svém vytvoření státem (či jinou formou politické autority), ať již ve formě pozitivního vnitrostátního práva (pak by je státní autorita mohla lidem kdykoli odebrat a pravděpodobně by na tom nic nezměnila ani případná „klauzule věčnosti“, nebo prohlášení alespoň některých práv za nezměnitelná), nebo ve formě mezinárodního práva (pak by třeba dospělá žena ze Saúdské Arábie „pouze“ nesměla být mučena a diskriminována, protože Saúdská Arábie ratifikovala Úmluvu proti mučení, Úmluvu o odstranění všech forem diskriminace žen a Úmluvu o odstranění všech forem rasové diskriminace, zatímco ostatní práva, která za lidská obvykle považujeme, by jí chyběla).⁵⁸ I kdybychom však ústavní „klauzule věčnosti“ a normy o nezměnitelnosti alespoň některých lidských práv brali vážně a pokusili se eliminovat možnosti odstoupení od mezinárodních smluv o lidských právech,⁵⁹ přesto by byl takový přístup problematický ještě z jiného důvodu – když akceptujeme,

⁵⁵ U praktiků to někdy, myslím, bývá naopak – často na začátku napíší, že lidská práva jsou přirozená apod., aby pak pokračovali texty právních předpisů, mezinárodních smluv, judikaturou soudních a kvazisoudních orgánů apod.

⁵⁶ Používám velmi krkolomný překlad *legal rights* jako „legální práva“ prostě proto, že mne nějaký elegantnější překlad nenapadl. Přesnější překlad – třeba „práva v právním smyslu“ nebo „práva plynoucí z pozitivního práva“ – mi připadá ještě krkolomnější a delší. Říkat *legal rights* tak jako třeba Cranston „pozitivní práva“ (Cranston staví do opozice *moral rights* a *positive rights*, kterými myslí práva daná či zaručená pozitivním právem) mi nepřipadá vhodné, protože sousloví „pozitivní práva“ se dnes často používá pro označení těch subjektivních práv (ať už morálních, nebo „legálních“), která korelují s povinností někoho k tomu, aby vykonal určité jednání – korelují jim tedy pozitivní povinnosti nebo závazky. Jako opoziční kategorie k pozitivním právům se používá kategorie negativních práv, kterou se označují taková subjektivní práva, kterým korelují povinnosti někoho ke zdržení se určitého jednání – negativní povinnosti či závazky.

⁵⁷ Pro úplnost je třeba dodat, že přístup k lidským právům se nemusí vyčerpávat dichotomií „legální“ vs. morální práva. O lidských právech je možné uvažovat i jako o právech, která nejsou ani výtvořem pozitivního práva, ani obhajitelná nějakou etickou teorií, ale jako o právech, která lze odůvodnit nutností koordinace jednání mezi dvěma či více subjekty, tedy když uvažujeme v rámci nějakých společných schémat jednání (*joint patterns of action*). K tomuto přístupu (který by mohl být nazýván „proto-právní“) viz PAVLAKOS, G. Proto-právní vztah: normativní kompas v globalizovaném světě. *Právník*. 2016, roč. 155, č. 6, s. 473–488.

⁵⁸ Pro úplnost je třeba pouze podotknout, že by mohla mít i ostatní lidská práva, pokud bychom dovodili (jak se někdy děje), že alespoň některá práva ze Všeobecné deklarace lidských práv se stala součástí práva obvyčejového nebo součástí *ius cogens*, přičemž nejčastěji se samozřejmě hovoří o zákazu mučení, otroctví či rasové diskriminace. Přitom se zdá, že právě mezinárodní právo lidských práv se jeví jako velmi důležitý zdroj kogentních pravidel, jak o tom nedávno psal Pavel Šturma (když mj. zdůrazňoval progresivní judikaturu Interamerického soudu pro lidská práva): „*Nejenom, že většina dodnes uznaných kogentních norem se týká ochrany základních lidských práv, ale právě v této oblasti se ukazuje největší potenciál pro rozšiřování počtu a materiálního obsahu kogentních norem.*“ Viz ŠTURMA, P. Lidská práva jako příklad kogentních norem obecného mezinárodního práva. In: ŠTURMA, P. – FAIX, M. (eds). *Lidskoprávní dimenze mezinárodního práva. Studie z lidských práv* č. 7. Praha: PF UK, 2015, s. 22.

⁵⁹ Minimálně je možné argumentovat, že od mezinárodní smlouvy o lidských právech není možné jednostranně odstoupit, pokud to taková smlouva výslovně neumožňuje – viz např. NALDI, G. J. – MAGLIVERAS, K. D. Human Rights and the Denunciation of Treaties and Withdrawal from International Organisations. *XXXIII. Polish Yearbook of International Law*. Warsaw: Scholar, 2014, s. 95–127.

že naše lidská práva jsou *prima facie* právy (tedy že mohou být v určitých situacích omezena veřejným zájmem nebo lidskými právy jiných osob) a uvědomíme-li si, že o přípustnosti takových omezení rozhodují soudy, které většinou podávají odůvodnění svých rozhodnutí (často za pomoci známých testů proporcionality a/nebo racionality), pak je dle mého názoru zřejmé, že soudní odůvodňování omezování *prima facie* práv se nakonec bude muset opírat o nějaké důvody, které budou nakonec vycházet z nějaké etické teorie (např. omezení veřejným zájmem se může opírat o nějaké verze welfarismu, ať už konsekvencialistické nebo i přirozenoprávní).

Zde však nehodlám mluvit o nějaké „primitivní“ verzi pozitivismu, která ve vztahu k lidským právům snad již (jak doufám) není příliš přesvědčivá,⁶⁰ ale o jiném přístupu, který v podstatě vychází ze známé Hartovy *social thesis* a zároveň zohledňuje genezi zakotvování lidských práv v pozitivním právu.⁶¹ Pokud jde o *social thesis*, je zřejmé, že v souladu s ní bude pozitivní právo jedním z normativních systémů vytvořených společností a bude obsahově nějak reflektovat hodnoty této společnosti, které by šlo nazvat (třeba po Benthamově či Austinově vzoru) „pozitivní morálkou“. Taková pozitivní morálka samozřejmě nemusí být nutně v souladu s nějakou etickou teorií, ba je dokonce vysoce pravděpodobné, že její hodnoty budou v mnoha etických teoriích neobhajitelné – např. otrokářské právo starověkého Říma nějak reflektovalo pozitivní morálku tehdejší společnosti, aniž by otroctví obstálo ve většině dnešních etických teorií. Pozitivní morálka také nebude nutně konzistentní, o což se naopak snaží etická teorie – lze si např. představit, že někdo obviní silně konzervativní společnosti (třeba v Saúdské Arábii nebo Texasu), že jejich pozitivní morálka je nekonzistentní, protože na jednu stranu chce chránit lidský život, takže zakazuje potraty, a na druhou stranu ho chránit nechce, když pro některé zločiny vyžaduje trest smrti. Lidská práva pak v takovéto verzi pozitivismu budou také výsledkem pozitivního práva (jakožto „legální“ práva), které bude nějak obsahově reflektovat pozitivní morálku některých, většinou západních společností, a to bez toho, že by musela být *nutně* opřena o nějakou etickou teorii.

Pokud jde o zohledňování geneze lidských práv, dle tohoto názoru je přinejmenším obhajitelný názor, že lidská práva (v té podobě, jak je přijímáme dnes) nevznikla ani tak důsledkem reflexe nějakých filozofických koncepcí přirozeného práva či přirozených práv, ale spíše v důsledku snahy o řešení politických problémů, která byla nakonec zakotvena v nějakých katalogích práv – tak např. středověké katalogy práv jako anglická *Magna Carta* nebo uherská *Bulla aurea* (v nichž by roli jakéhosi „předchůdce“ lidských práv mohly sehrát známý čl. 39 *Carty* a čl. II *Bully*) jsou důsledkem řešení konfliktů mezi panovníkem

⁶⁰ Tento „primitivní“ přístup podle všeho zastával již třeba Marsilius z Padovy ve svém slavném spise *Defensor pacis*, v němž vymezuje objektivní právo jako příkaz, který má být dodržován a který donucuje tím, že trestá nebo odměňuje – *Defensor pacis*, I, 10, 4. Viz MARSILIUS OF PADUA. *Defender of the Peace*. BRETT, A. (ed.). Cambridge: Cambridge University Press, 2005, s. 53 an. Toto objektivní právo dělí Marsilius na boží (jehož zákonodárcem je bůh) a lidské, přičemž boží právo podle Marsilia nehraje nejspíše žádnou roli ve vztazích mezi lidmi na tomto světě. Lidské právo se dělí na občanské (*ius civile*) a přirozené, přičemž rozdíl mezi nimi je ten, že občanské právo stanoví lidský zákonodárce pro ty země, jimž vládne, zatímco přirozené právo je to, co je ze všech lidských zákonodárných ustanovení stejné ve všech zemích. (*Defensor pacis*, II, 12, 7. Viz MARSILIUS OF PADUA. *Defender of the Peace*, s. 253 an.)

⁶¹ Při rozpracování tohoto přístupu jsem byl inspirován zejména CAMPBELL, T. *Human Rights: Moral or Legal*. In: KINLEY, D. – SADURSKI, W. – WALTON, K. (eds). *Human Rights: Old Problems, New Possibilities*, s. 1–26, a RAZ, J. *Human Rights Without Foundations*. In: BESSON, S. – TASIOLAS, J. (eds). *The Philosophy of International Law*. Oxford: Oxford University Press, 2010, s. 321–337.

a politickým „národem“ ztělesněným v té době především šlechtou,⁶² anglické *Petition of Rights* a *Bill of Rights* jsou zase pokusem o (nejdříve předběžné a pak již trvalé) řešení konfliktu mezi panovníkem a parlamentem, americké katalogy práv 17. a 18. století je možné chápat jako jisté zprostředkovatele idejí *Magny Carty* a na ni navazujících představ do amerického kontextu, v němž zase americkou *Bill of Rights* můžeme vidět jako plod politického konfliktu mezi federalisty a antifederalisty,⁶³ francouzskou Deklaraci práv člověka a občana zase jako výdobytek revoluce, jejímž cílem je primárně ustavit politický národ,⁶⁴ přičemž ta se stala inspirací třeba pro katalog práv v belgické ústavě a v tzv. kroměřížském návrhu ústavy⁶⁵ atd.⁶⁶ V tomto smyslu můžeme spatřovat i v dnešních katalogích lidských práv spíše nahodilou (ve smyslu podmíněnosti historickými okolnostmi) „směs“ subjektivních práv (včetně těch „manifestních“), kterými se na různých místech a v různých dobách řešily nějaké politické problémy, přičemž může být zajímavé, že toto „katalogizování“ práv je typické pro euroamerickou tradici, zatímco může být cizí tradicím jiným.⁶⁷ Takovýto pozitivistický přístup samozřejmě nemusí dovozovat, že současné katalogy práv jsou projevem „ideového imperialismu“ euroamerické civilizace nebo upírat lidská práva v těchto katalogích obsažená lidem žijícím v jiných civilizacích (z toho, že nějaká idea vznikla na jednom místě světa, ještě nutně neplyne její nepoužitelnost pro jiné části světa).⁶⁸ Může však vyslovovat pochybnost o tom, že lidská práva musíme *nutně* chápat jako práva morální v souladu s nějakou etickou teorií.

⁶² K významu *Magny Carty* pro pozdější vývoj lidských práv přehledově v české literatuře viz např. BLAHOŽ, J. *Magna Carta Libertatum – osmisté výročí. Právník*. 2015, roč. 154, č. 6, s. 449–464. Ke vzniku, významu a pozdější interpretaci Zlaté buly Ondřeje II. viz např. RADY, M. *Hungary and the Golden Bull of 1222. Banatica*. 2014, roč. 24, č. 2, s. 87–108.

⁶³ Viz např. LEVY, L. W. *Origins of the Bill of Rights*. New Haven – London: Yale University Press, 1999, nebo REED AMAR, A. *The Bill of Rights: Creation and Reconstruction*. New Haven – London: Yale University Press, 1998.

⁶⁴ Viz výstižně třeba Giorgio Agamben: „*Je načase přestat pohlížet na různé deklarace práv od roku 1789 po dnešek jako na proklamace věčných mimoprávních hodnot, které mají zavazovat zákonodárce k tomu, aby je respektovali, a začít je posuzovat podle toho, jaká je jejich funkce v moderním státě. [...] Na různé deklarace práv je tudíž třeba pohlížet jako na dokumenty, v nichž je zachycen přechod královské sverchovanosti božského původu k národní sverchovanosti. Zajišťují začlenění života do nového státního řádu, který bude následovat po zhroutění ancien régime.*“ AGAMBEN, G. *Prostředky bez účelu. Poznámky o politice*. Praha: SLON, 2003, s. 23 an.

⁶⁵ Např. URBAN, O. *Kroměřížský sněm 1848–1849*. Praha: Argo, 1998, s. 56 an., nebo RÁKOSNÍK, J. *Konstitucionalismus a právní kultura*. In: CERMAN, I. (ed.). *Habsburkové 1740–1918. Vznikání občanské společnosti*. Praha: NLN, 2016, s. 428 an.

⁶⁶ Takovýto pokus o genezi zakotvení lidských práv pozitivním právem samozřejmě není nijak nový – např. v případě práv zakotvených ve francouzské Deklaraci práv člověka a občana tak učinil již Georg Jellinek (když zejména dokazoval, že Deklarace nebyla primárně inspirována Rousseauovými myšlenkami, jak tvrdil třeba Boutmy, ale spíše americkými a anglickými katalogy) – viz JELLINEK, G. *The Declaration of the Rights of Man and of Citizens. A Contribution to Modern Constitutional History*. New York: Henry Holt and Co., 1901 (orig. 1895).

⁶⁷ Tak např. Jack Donnelly v DONNELLY, J. *Human Rights and Human Dignity: An Analytic Critique of Non-Western Conceptions of Human Rights. The American Political Science Review*. 1982, Vol. 76, No. 2, s. 303–316, poukázal na to, že sice mnohé nezápadní tradice rozvinuly koncepty lidské důstojnosti, které jsou pro ně zásadní, ale pouze Západ pracuje s konceptem lidských práv jakožto nároků (*entitlements*) vlastních všem lidským bytostem, přičemž tato koncepce lidských práv jakožto nároků je cizí islámským, africkým, čínským či indickým přístupům k lidské důstojnosti. Podobně třeba Paul Lauren sice argumentuje, že idea lidských práv je vlastní i jiným tradicím, ale zároveň připouští, že „katalogizování práv“ je cestou, kterou v historické perspektivě zvolila pouze tradice západní – viz LAUREN, P. G. *The Evolution of International Human Rights: Visions Seen*. 3. vydání. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 2011, s. 13 an.

⁶⁸ Ti, kdo popírají univerzalitu lidských práv a vidí ji jako kulturně relativní hodnotu [např. známá Huntingtonova teze, že Západ žije ve „falešném vědomí“ o univerzalitě „jeho“ hodnot, jako jsou typicky lidská práva –

I tento přístup je však vystaven některým námitkám, které zde pouze nastíním. Za první, problém nakonec morálního odůvodňování adjudikace ve věcech konfliktů a omezení lidských práv tento přístup *na první pohled* neřeší, protože jisté „závislosti“ adjudikace na morálních důvodech se nezbaví. Protože však je etických teorií (které lze použít k ospravedlnění lidských práv) více a nelze pravděpodobně očekávat, že soudci i na jednom místě světa v jednom čase budou provádět své „testy“ omezení lidských práv pouze podle jedné z nich, a protože soudobé etické teorie většinou nějak reflektují naše morální intuice⁶⁹ (které mohou být dány pozitivní morálkou, ale mohou být s ní také v rozporu, jako např. stoické učení stavící se proti přirozenosti otroctví ve starém Římě), může se snadno stát, že za použití jedné teorie se dojde k jinému výsledku než za použití teorie jiné. Kdybychom se např. soustředili jen na Alexyho vážící formuli⁷⁰ (jakožto poslední krok testu proporcionality), do jejíhož čitatele i jmenovatele dosazujeme mj. abstraktní váhu principů, jimiž podle Alexyho pravidelně budou různá lidská práva, to, jakou váhu budeme jednotlivým lidským právům připisovat, bude záviset mj. na tom, jakou etickou teorii budeme zastávat – např. v případě zákazu mučení a nelidského zacházení či trestání budou jedni úplně odmítat, aby toto právo vstupovalo do nějakých testů proporcionality, protože budou vycházet z Dworkinovy představy *rights as trumps* a postulovat je jako absolutní právo. Jiní budou naopak připouštět „vážení“ takového práva, budou mu vždy připisovat nejvyšší hodnotu a budou poukazovat na to, že jiné principy (třeba veřejná bezpečnost či ochrana práv jiných osob) nad ním převáží jen ve zcela extrémních situacích.⁷¹ A konečně v některých variantách konsekvencialismu možná může být myslitelné, že jiné principy převáží nad tímto právem i jindy.⁷²

Jiným příkladem, kdy naše hodnocení závisí na zvolených etických teoriích, může představovat třeba otázka lidských práv novorozeneckých dětí. Budeme v souladu s naší aktuální pozitivní morálkou trvat na tom, že novorozenci mají lidská práva, anebo jim (právě proto, že nemají rozvinuty ty vlastnosti, které obvykle považujeme za důvody

viz HUNTINGTON, S. *Střet civilizací. Boj kultur a proměna světového řádu*. Praha: Rybka Publishers, 2001 (orig. 1996), zejména s. 376 an.] se budou muset vypořádat jak s filozofickou kritikou tzv. kulturního relativismu (viz např. TALLBOT, W. J. *Which Rights Should be Universal*. Oxford: Oxford University Press, 2005, zejména s. 39 an.), tak s požadavky na respektování (alespoň některých) lidských práv, které vznášejí lidé z jiných civilizací.

⁶⁹ Reflektují je v tom smyslu, že se snaží o nalezení jakési „rozumné rovnováhy“ mezi morálními intuicemi a základními principy etické teorie, což vede k rozdílným výsledkům, protože se různé etikové neshodují na tom, jak má taková „rozumná rovnováha“ vypadat. Tak např. v kontextu případných práv zvířat se např. Tom Regan snaží o „reflexivní rovnováhu“ mezi morálními intuicemi a morálními principy a dochází k závěru, že zvířata mají práva. Naproti tomu třeba Peter Carruthers „ač ho s Reganem spojuje odpor vůči utilitarismu, východisko (morální intuice) i metoda (reflexivní rovnováha) – dospívá k radikálně odlišným závěrům: Zvířata nemají žádný morální status a naše jednání k nim je omezeno pouze vedlejšími (nepříliš silnými důvody).“ Viz ČERNÝ, D. Morální status zvířat. In: MÜLLEROVÁ, H. – ČERNÝ, D. – DOLEŽAL, A. a kol. *Kapitoly o právech zvířat. „My a oni“ z pohledu filosofie, etiky, biologie a práva*, s. 222.

⁷⁰ Viz např. ALEXY, R. Lidská důstojnost a princip proporcionality. *Právník*. 2015, roč. 154, č. 11, s. 867–878, nebo KLATT, M. – MEISTER, M. *The Constitutional Structure of Proportionality*. Oxford: Oxford University Press, 2012, WINTR, J. Alexyho vážící formule. *Právník*. 2016, roč. 155, č. 5, s. 446–461.

⁷¹ ALEXY, R. *Lidská důstojnost a princip proporcionality*, především s. 877. S absolutním charakterem zákazu mučení však nemusí nesouhlasit jen kantovec Alexy, ale třeba i přirozenoprávní welfarista – viz např. ČERNÝ, D. Teroristé, tikající bomba a mučení. *Lidové noviny*. 13. 8. 2016.

⁷² Pro ilustraci toho, jak rozdílně můžeme přistupovat k tak důležitému lidskému právu, jako je právě zákaz mučení, srov. např. rozhodnutí pátého senátu ESLP ve věci *Gäfgen proti Německu*, stížnost č. 22978/05, ze dne 30. června 2008 a rozhodnutí Velkého senátu v téže věci ze dne 1. června 2010.

pro existenci lidských práv jako je morální autonomie, inteligence apod.) budeme lidská práva upírat,⁷³ anebo budeme tvrdit, že mají potenciál k získání těchto vlastností v budoucnu, a proto mají lidská práva již dnes (na což někdo odpoví, že mnozí lidé mají jistě potenciál stát se třeba prezidentem – minimálně v této zemi –, a přesto se k nim jako k prezidentům nechováme), anebo ponecháme tuto otázku vůbec otevřenou?⁷⁴

Zde prezentovaný pozitivistický přístup se tedy nevyhne operaci morálními argumenty, ale může si situaci vždy „zjednodušit“ tím, že přijme nějaká institucionální řešení takovýchto morálních dilemat – mučení je prostě snad všemi právně závaznými dokumenty o lidských právech považováno za nepřijatelné bez výjimky a novorozenci lidská práva prostě mají. Neboli zde prezentovaný pozitivistický přístup zohledňující genezi obsahu současných katalogů lidských práv bude o mnohá dilemata „ochuzen“. Můžeme však opět diskutovat o tom, zda jde o prospěšné „ochuzení“.⁷⁵

Za druhé, jestliže tento pozitivistický přístup považuje lidská práva za výsledek politických konfliktů, jimiž prošla euroamerická civilizace, a za práva ukotvená v pozitivní morálce, je na první pohled zřejmé, že pojetí pozitivní morálky v jiných civilizacích budou produkovat jiná práva – např. žena ze Saúdské Arábie se mylí v tom, co je obsahem pozitivní morálky v její zemi, pokud požaduje po svém státě dodržování lidských práv podle „našeho“ euroamerického pojetí. Tento přístup bude mít proto tendenci popírat další důležitý znak lidských práv, a sice jejich univerzalitu. Nesmíme však zapomínat na to, že myšlenka lidských práv je do jisté míry i pro lidi z jiných civilizací často „svůdným“ ideálem⁷⁶ nebo že stejně jako se vyvíjí „naše“ civilizace i naše právo (např. v postoji k homosexualitě nebo transsexualitě), podobný vývoj lze očekávat i v jiných (i když je přinejlepším naivní a přinejhorším ponižující očekávat, že jiné civilizace jsou oproti nám nějak „pozadu“ a že je jim třeba pouze dopřát čas, aby nás „dohonily“ v uznávání našich „skvělých“ hodnot).⁷⁷

⁷³ Např. WELLMAN, C. *The Growth of Children's Rights*. ARSP. 1984, Vol. 70, No. 4, s. 441–453.

⁷⁴ Např. GRIFFIN, J. *On Human Rights*. Oxford: Oxford University Press, 2008, s. 88.

⁷⁵ Např. John Gray argumentuje, že nepřijatelné ochuzující je nejen jakékoli řešení morálních dilemat pozitivním právem, ale i jedinou etickou teorií – proto místo toho navrhuje hodnotový pluralismus, který počítá i s tím, že někdy budeme muset vykonat při řešení našich morálních voleb zlo. Viz GRAY, J. *Dvě tváře liberalismu*. Praha: MF, 2004 (orig. 2000).

⁷⁶ Viz např. ABOU EL FADL, K. *The Great Theft. Wrestling Islam from the Extremists*. New York: Harper Collins, 2007, s. 183: „Umírnění muslimové věří, že je věcí základního morálního principu, že respekt k lidským právům není falešnou univerzálií, ale má být vyžadován a sledován jako eticky žádoucí cíl. Ve skutečnosti mnoho umírněných muslimů věří, že ačkoli by bylo nepoctivé předstírat, že islámské právo nabízí seznam lidských práv připravený k okamžitému použití, lidská práva jako pojem a demokracie jako systém vlády jsou jako celek v souladu s islámskou teologií i právem.“

⁷⁷ Např. novinářka Laura Secor, dlouhodobě působící v Íránu, v SECOR, L. *Reading Hume in Tehran. The Iranian Revolution and the Enlightenment Children of Paradise: The Struggle for the Soul of Iran*. New York: Riverhead Books, 2016, argumentuje, že i mnozí íránští lidskoprávní disidenti považují dodržování lidských práv za důležité, ale především ve vztahu k muslimům vyznávajícím „ty správné“ muslimské hodnoty. Egyptský Američan Shadi Hamid v HAMID, S. *Islamic Exceptionalism. How the Struggle Over Islam is Reshaping the World*. New York: St. Martin's Press, 2016, zase tvrdí, že islámská civilizace (pokud o její jednotnosti lze možné vůbec hovořit) nedojde k sekulárnímu pojetí lidských práv a demokracie, protože neprodělá události analogické „naši“ reformaci či osvícenství, které mnozí považují za jeden z nejdůležitějších pramenů našeho současného pojetí lidských práv a demokracie. Hamid je i skeptický ke snahám některých moderních „progresivních“ vykladačů islámského náboženství a práva zachovat „ducha“ islámu bez toho, že by byla zachována „litera“ Koránu či suny: „Pro mnoho muslimů atraktivita islámu spočívá v tom, že je dostupný a přímočarý, minimálně ve svých širokých konturách [...]. Proč by měl věřící muslim riskovat s kontroverzními a heterodoxními

Za třetí, tato verze pozitivismu může zohledňovat vznik lidských práv, a dokonce i jejich „nekontrolované bujení“, které podle mnohých vede až k „inflaci“ lidských práv.⁷⁸ Stejně dobře však může znamenat i jejich případný zánik – třeba tehdy, když by současné, minimálně západní společnosti začaly ve své pozitivní morálce lidská práva masivně zpochybňovat a nakonec i nedodržovat a rušit svým pozitivním právem, což se může klidně stát (pokud se tak již neděje). Tomuto přístupu tedy chybí nějaká „robustní“ etická teorie, o níž by existenci lidských práv opřel, což však vzhledem k pluralitě těchto teorií (zmiňované výše) asi nebude velkým překvapením. Na druhou stranu tato verze pozitivismu nevyklučuje jakoukoli morální kritiku současného stavu lidských práv nebo jejich případné „inflace“ či naopak „eroze“ – vždyť i takový právní pozitivista jako třeba Jeremy Bentham, který lidská práva považoval za „nesmysl na chůdách“,⁷⁹ se nijak nezříkal morální kritiky pozitivního práva své doby (opřené o jeho verzi hédonistického utilitarismu) a považoval ji za hlavní cíl svého snažení.⁸⁰ Jinak řečeno: tento pozitivistický přístup vysvětluje současná lidská práva tak, jak podle současného pozitivního práva jsou, nikoli tak, jaká by měla být – etické teorie tematizující lidská práva se naopak snaží ukázat, jaká by být měla.

Druhá a třetí nevýhoda pozitivistického přístupu je jedním z hlavních důvodů, proč se jeví jako přesvědčivější nějaká etická teorie, podle níž jsou lidská práva právy morálními. Takové teorie však provázejí jiné problémy. Jedním z nich je, že etické teorie sice mohou vysvětlit, jaké hodnoty máme chtít, abychom vedli dobrý život, ale mohou mít problém s vysvětlením, proč tyto hodnoty mají být chráněny subjektivními právy.⁸¹ Podívejme se například na teorii Jamese Griffina, která je v současnosti považována za jednu z vlivných teorií lidských práv jakožto práv morálních. Podle ní se člověk liší od zvířat v tom, že má koncepci sebe sama, své minulosti i budoucnosti a také ve své schopnosti jednat (tedy nikoli „pouze“ chovat se), takže Griffin pracuje s tím, že jsme

interpretacemi posvátného textu, když se může spokojit s bezpečnějšími mainstreamovými přístupy, které jsou navíc podporovány naprostou většinou učenců?“. Viz HAMID, S. Is Islam „Exceptional? In: The Atlantic [online]. 6. 6. 2016. Dostupné z: <<https://www.theatlantic.com/international/archive/2016/06/islam-politics-exceptional/485801/>>.

⁷⁸ Např. George Letsas kritizuje jako příklad „inflace práv“ „právo na dobrý spánek“, které podle něj existuje jako důsledek (prvoinstančního) rozhodnutí ESLP ve známé věci *Hatton* – viz rozhodnutí třetího senátu ESLP ve věci *Hatton a ostatní proti Spojenému království*, stížnost č. 36022/97 – viz LETSAS, G. *A Theory of Interpretation of the European Convention on Human Rights*. Oxford: Oxford University Press, 2007, s. 126. Kai Möller uvádí (bez toho, aby je kritizoval) jako příklady „inflace práv“ práva, která dovedl německý ústavní soud z čl. 2 odst. 1 Základního zákona, konkrétně právo na krmení holubů v parku a právo na jízdu na koni v lese – viz MÖLLER, K. *The Global Model of Constitutional Rights*. Oxford: Oxford University Press, 2012, s. 4 an. Raz zase např. zmiňuje právo na sexuální požitek, sexuální výchovu či právo na globalizaci – viz RAZ, J. *Human Rights Without Foundations*, s. 322.

⁷⁹ BENTHAM, J. Anarchical Fallacies. In: WALDRON, J. (ed.). *Nonsense upon Stilts: Bentham, Burke and Marx on the Rights of Man*. London: Methuen, 1987, s. 46 an.

⁸⁰ Dle mého názoru je dokonce vysoce pravděpodobné, že na dnešní lidská práva by Bentham nepohlížel jako na onen „nesmysl na chůdách“, ale mohl by je přijmout jako součást pozitivního práva, protože jsou institucionálně zajišťována a někdy i vynucována. Mohl by přijmout i obhajitelnost lidských práv třeba v rámci utilitarismu pravidel (který poukazuje na to, že zakotvení a dodržování lidských práv na úrovni pozitivního práva vede k vyššímu *welfare* společnosti) nebo v rámci jiné konsekvenencialistické etiky – např. americký filozof William J. Talbot ospravedlňuje existenci velmi široké množiny lidských práv (včetně těch sociálních) v rámci své konsekvenencialistické teorie, která zohledňuje morální autonomii – viz TALBOTT, W. J. *Human Rights and Human Well-Being*. Oxford: Oxford University Press, 2010.

⁸¹ Viz např. CAMPBELL, J. *Human Rights: Moral or Legal*, s. 14.

autonomními morálními aktéry.⁸² Protože tyto znaky představují náš lidský morální status, lidská práva mají tento status (tedy především naši autonomii) chránit a mají chránit i podmínky nutné k uplatnění této autonomie, tedy nějaké alespoň minimální zdroje, alespoň minimální standard vzdělání a přístupu k informacím obecně nebo také požadavek, aby nás ostatní v mnoha aspektech této autonomie neomezovali, abychom své autonomní rozhodnutí mohli i reálně vykonávat (to nazývá Griffin svobodou). Toto vše tvoří podle Griffina naší osobnost a říká, že „*autonomie a svoboda mají pro nás zvláštní hodnotu, a proto požívají zvláštní ochrany práv.*“⁸³ Jak na to ovšem poukazuje třeba Joseph Raz, pokud bychom právy chránili vše, co má pro naši osobnost zvláštní hodnotu, snadno se můžeme ptát, proč nemáme třeba právo na lásku našich bližních, když tu mohou mnozí z nás považovat třeba i za nejvyšší hodnotu vůbec.⁸⁴ Když bychom naopak předpokládali, že lidská práva mají chránit jistou minimální „hranici“ naší lidské morální autonomie (v opozici k lásce, která může představovat jistou maximální „hranici“), pak bychom nutně nemuseli mít právo na to nebýt ztroceni nebo svévolně zatčeni či uvězněni, protože i otrok či člověk zbavený osobní svobody má jistou minimální možnost užívat své morální autonomie, protože svou schopnost intencionálně jednat neztratil.⁸⁵ Griffin předpokládá praktickou realizovatelnost naší morální autonomie, a právě proto požaduje minimální standard vzdělání či přístupu k informacím či zdrojům, což nám právě umožňuje prakticky realizovat to, pro co jsme se rozhodli. Opět však vzniká problém s tím, co považovat za tento minimální standard, který by asi měl být vyšší než standard otroka či vězně – kde najít hranici mezi tím, co je minimálním standardem povyšujícím autonomního lidského aktéra nad otroka či vězně, a tím, co již představuje nějaký „nadstandard“ typický třeba pro současnou evropskou variantu sociálního státu (která dnes již beztak podléhá „erozi“)? Kde je hranice mezi tím, co je nutné pro zachování naší osobnosti, a nějakým „volitelným nadstandardem“?

Teorie chápající lidská práva jako práva morální mohou mít vedle toho třeba ještě problémy s tím, že máme zřejmě práva na něco, co může být podle nějakých etických teorií zlé – např. máme právo na projev, který může jinému člověku uškodit (třeba když o nějakém politikovi řekneme pravdu), máme právo prohrát své peníze v kasinu místo toho, abychom je věnovali charitě (což je nemorální podle dominantní verze konsekvenencialistické etiky) apod.⁸⁶ Lze snad zakončit, že neshoda o tom, jestli je vhodnější lidská práva chápat „pouze“ jako práva „legální“, nebo zda se obracet k nějaké etické teorii, bude přetrvávat, což nevyřeší ani chápání lidských práv jako jakéhosi „sekulárního náboženství“, kterému je dobré věřit, protože se opět můžeme ptát, kterým lidským právům tedy máme opravdu věřit a kterým již nikoli.⁸⁷

⁸² GRIFFIN, J. *On Human Rights*, s. 32 an.

⁸³ *Ibidem*, s. 46 an.

⁸⁴ RAZ, J. *Human Rights Without Foundations*, s. 325.

⁸⁵ Pokud bychom chápali otroctví a uvěznění jako formy násilí páchaného na nás, můžeme si vzpomenout, že třeba někteří stoikové volili raději smrt, než by se zpronevěřili své morální integritě tím, že by podlehlí násilí. Podobně i Hegel píše, že člověk se dá donutit jen k tomu, k čemu se chce nechat donutit – viz HEGEL, G. W. F. *Základy filosofie práva*. Praha: Academia, 1992, § 91, s. 124.

⁸⁶ Viz typicky WALDRON, J. A Right to Do Wrong. *Ethics*. 1981, Vol. 92, No. 1, s. 21–39.

⁸⁷ Již zmiňovaný Gray navrhuje, abychom považovali za lidská práva pouze velmi „tenký“ základ, který nás má chránit před „univerzálními formami zla“ a zajistit tak *modus vivendi* mezi lidmi řídícími se napříč tradicemi a kulturami různými životními styly. Ani on však blíže nespecifikuje, jak mají tato „tenká“ lidská práva přesněji vypadat. Viz GRAY, J. *Dvě tváře liberalismu*. Praha: MF, 2004 (orig. 2000).

3. NEZCIZITELNÁ LIDSKÁ PRÁVA? PŘÍKLAD PRÁVA NA LIDSKOU DŮSTOJNOST

Jestliže je dalším atributem (alespoň některých) lidských práv jejich nezcizitelnost (v tom smyslu, že se jich jednotlivec nemůže ani dobrovolně vzdát),⁸⁸ je snad hned na počátku vhodné si uvědomit, že lidská práva jsou (jako ostatní subjektivní práva) většinou komplexy nějakých hohfeldovských právních pozic (jak bylo výše demonstrováno na příkladu práva na náboženskou svobodu), a to včetně hohfeldovských pozic vlivu (*power*) a uzavření (*immunity*). Tyto pozice druhého řádu jsou přitom zajímavé právě z hlediska nezcizitelnosti práva – pokud se totiž mohu vzdát svých práv, mám vliv na hohfeldovské pozice prvního řádu sebe sama nebo druhého (kterého v případě hohfeldovského nároku zbavím jeho povinnosti vůči sobě), zatímco pokud se jich vzdát nemohu, má pozice je uzavřena i vůči vlivům, které bych vykonal já sám. Nezcizitelné subjektivní právo je tedy takový komplex hohfeldovských pozic, který obsahuje uzavření nejen vůči cizím vlivům, ale především vůči vlivům sebe sama (sebe-uzavření). Např. moje právo na právní osobnost podle č. 5 Listiny je právo na to být subjektem všech možných subjektivních práv, které je uzavřeno vůči mému vlivu, jímž bych se jí vzdal (když bych se třeba prodal do otroctví). Znamená to tedy, že moje sebe-uzavření

⁸⁸ Možná je v této souvislosti vhodné připomenout, že nezcizitelnost nebyla atributem přirozených práv (která lze chápat jako jisté „pojmové předchůdce“ dnešních morálních práv) vždy – zmiňme třeba teorie Suáreze, Grotia, Hobbese nebo Rousseaua, které naopak pracovaly s apriorní zcizitelností přirozených práv, jež byla pojímána velmi široce. Suárez např. tvrdí, že člověk je pánem vlastní svobody (*dominus suae libertatis*), nic mu nebrání, aby ji úplně prodal nebo zcizil – *Tractatus de legibus ac Deo legislatore*, II, 14, 18. Viz SUÁREZ, F. *Selections from three works of Francisco Suárez, SJ. Volume Two: The Translation*. Oxford: Clarendon Press, 1944, s. 279. DOYLE, J. P. *Collected Studies on Francisco Suárez, S. J. (1658–1617)*. Leuven: Leuven University Press, 2010, s. 350 an. Podobně posuzuje dobrovolné otroctví i Grotius (i když ho nazývá tou „nejpoprvé vhodnější formou podrženosti“ – *subjectiois speciem ignobilissimam*) a připouští ho v zásadě tehdy, když se k němu člověk uchýlí z důvodů své slabosti a neschopnosti obstarat si samostatně živobytí. Pán také nemá jakékoli právo nad životem a smrtí otroka a otrok má také právo utéci, aby se vyhnul nadměrné krutosti – *De jure belli ac pacis*, II, 5, 27 an. Viz GROTIUS, H. *The Right of War and Peace*. In: TUCK, R. (ed.), [na základě Barbeyracovy edice]. Indianapolis: Liberty Fund, 2005, s. 556 an. Hobbes, jak známo, pracuje v *Leviathanovi* (na rozdíl od *De civie*) s tím, že poddaní učiní suveréna „*autorem všech jejich činů*“, takže i když se nejedná o úplné zcizení svobody, jde o situaci, kdy suverén jakožto reprezentant vykonává svobodu za poddaného, který ho k tomu společenskou smlouvou autorizoval – HOBBS, T. *Leviathan*. Praha: OIKOYMENH, 2009, kap. XVIII, 13, s. 120. Přesto však jisté zárodky nezcizitelnosti práv u Hobbese najdeme, když píše, že nikdo se nemůže vzdát či převést právo na odpor (sebeobranu) proti těm, kdo by člověka chtěli zbavit života, proti zraněním, poutům či vězením (ibidem, XIV, 8, s. 93 an.), neplatná je i úmluva, kterou by se někdo vzdal práva neobviňovat sebe či osoby, jejichž odsouzením upadne jedinec do bídy (rodiče, manžela) (ibidem, XIV, 29 a 20, s. 98 an.), nebo práva k životu nezbytných věcí (jídla, vzduchu, léků) (ibidem, XXI, 11 až 17, s. 151 an.). Ale viz i ibidem, XXVIII, 13, s. 217 an., kde se argumentuje, jak může suverén vystoupit proti revoltujícím poddaným nikoli dle trestního práva, ale práva válečného. Z toho nejspíše plyne, že právo na sebeobranu u Hobbese není hohfeldovským nárokem, ale pouze hohfeldovskou volností. Konečně je také známo, že Rousseau v případě „své“ společenské smlouvy hovoří o „*úplném zcizení každého člena společnosti se všemi jeho právy celému společenství*“, ale protože státní těleso jsou všichni občané jako celek, při tomto zcizení se vlastně „*nikdo ničeho nevzdává*“ – ROUSSEAU, J.-J. *O smlouvě společenské neboli o zásadách státního práva*. Praha: Linhart, 1949, s. 24 an. Zdá se tak, že jedním z prvních, kdo postuloval nezcizitelnost lidské svobody (a práv z ní plynoucích), byl asi Locke: „*Neboť člověk, který nemá moc nad svým vlastním životem, nemůže se smlouvou ani svým vlastním souhlasem dát do otroctví kohokoli druhého, aby mu odňal jeho život, když se mu zlíbí. Nikdo nemůže dát více moci, než má sám, a ten, kdo si nemůže vzít svůj vlastní život, nemůže dát druhému moc nad ním.*“ Viz LOCKE, J. *Druhé pojednání o vládě*. Praha: Svoboda, 1992, kap. IV, 23, s. 43. Lockovi nicméně nic nebránilo třeba postulovat absolutní moc velitele nad vojákem (ibidem, XI, 139, s. 113) nebo navrhnout *Fundamental Constitutions of Carolina*, která třeba s institutem (nedobrovolného) otroctví počítá ve svém čl. 110.

v případě nezcizitelného práva se týká *všech* mých hohfeldovských pozic, které tvoří moje nezcizitelné subjektivní právo? To zcela jistě ne, protože jinak bych byl až přes-příliš omezen ve své autonomii (kterou mnozí považují za jednu z hodnot chráněných právě našimi lidskými právy). Vezměme si třeba právo vlastnit majetek podle čl. 11 Listiny: Když např. prodám svou věc, uplatním svůj vliv tak, že na kupujícího převedu svůj hohfeldovský nárok, aby mne druzí nerušili v užívání, požívání, zničení apod. této věci. Mohu se pravděpodobně dokonce vzdát téměř všech svých aktuálních vlastnických práv k téměř všem svým aktuálním věcem (protože třeba hodlám vstoupit do mnišského řádu). Čeho se však vzdát nemohu, je moje subjektivní právo vlastnit majetek *jako takové*, což znamená, že se nemohu vzdát svého vlivu získávat třeba nové hohfeldovské nároky vůči ostatním tím, že budu typicky získávat vlastnictví dalších věcí. Podobně třeba v případě svého práva na odvolání v trestních věcech podle čl. 2 Protokolu č. 7 k Evropské úmluvě o lidských právech se mohu vzdát třeba práva na odvolání vůči všem rozsudkům v trestních věcech, které mne uznaly vinným z trestného činu, ale nemohu se vzdát práva na odvolání *jako takového*.⁸⁹

Nezcizitelnost v jisté *minimální* podobě tedy znamená, že se nemohu vzdávat *zcela a trvale* toho, co by se snad dalo nazvat (v souladu s čl. 4 odst. 4 Listiny) *podstatou či smyslem mého lidského práva*,⁹⁰ zatímco mnoha hohfeldovských pozic se vzdávat mohu. Tato podstata lidského práva je přitom výrazem morálních hodnot v tom smyslu, že jde o hodnoty, které jsou důvodem pro existenci subjektivních práv – např. na svobodu pohybu či pobytu se dá pohlížet jako na soubor subjektivních práv, která jsou odůvodněna základní hodnotou svobody apod. (Někdy jsou lidská práva objektem, tedy tím, na co máme právo, a zároveň onou podstatou – např. právo na život či na lidskou důstojnost jsou jistě subjektivními právy a zároveň jsou život a lidská důstojnost hodnotou, kterou je právo na život či na lidskou důstojnost odůvodněno.) Poukaz na morální hodnoty je přitom v případě nezcizitelnosti případný především proto, že trvalé a celkové vzdání se či zcizení nějakého nezcizitelného práva by znamenalo *úplné popření* takové morální hodnoty – např. moje morální autonomie může být jakkoli široká, ale nemůže jít tak daleko, abych se autonomně rozhodl pro úplné a trvalé vzdání se své morální autonomie do budoucna (třeba podobně jako by nějaký radikální demokrat argumentoval, že demokracie může rozhodovat o všem s výjimkou zrušení demokracie).

Je tedy možné argumentovat, že i nezcizitelnost je znakem lidských práv, na němž se můžeme neshodovat? Domnívám se, že to možné je, pokud bychom uvažovali typicky o eutanazii jako o úplném a trvalém vzdání se svého práva na život. Ačkoli se zde nehodlám pouštět do rozboru této velmi komplikované otázky,⁹¹ jen bych poznamenal,

⁸⁹ Toho si v české literatuře všiml třeba již Jiří Boguszak, když psal: „*Žádné své lidské právo však přirozeně nemůže nikdo zcizit jako takové, generálně, pro všechny případy a doby. Předběžně proto lze po mém soudu formulovat všeobecně tato pravidla: Za platné lze považovat jen úkony ad hoc, tedy omezené na konkrétní kauzy, nelze převést budoucí práva, při posuzování platnosti na úkony hledět, „jako by byly činěny s výhradou rebus sic stantibus.*“ BOGUSZAK, J. *Diferenciace lidských práv*, s. 256.

⁹⁰ Třeba Alexy tomu říká „*esenciální*“ nebo „*nezcizitelné jádro*“ subjektivního práva – viz ALEXY, R. *A Theory of Constitutional Rights*. Oxford: OUP, 2002 (orig. vydání 1986).

⁹¹ K eutanazii z etického hlediska v české odborné literatuře viz např. ČERNÝ, D. Aktivní a pasivní eutanazie: teoretická perspektiva. I. část. *Časopis zdravotnického práva a bioetiky*. 2016, roč. 6, č. 2, s. 1–19, a ČERNÝ, D. Aktivní a pasivní eutanazie: teoretická perspektiva. II. část. *Časopis zdravotnického práva a bioetiky*. 2016, roč. 6, č. 3, s. 33–51.

že pokud by eutanazie byla zakotvena v třeba v českém právním řádu, bylo by možné uvažovat o ní jako o výsledku uplatnění práva na lidskou důstojnost či přesněji práva na důstojný lidský život. Uplatnění eutanazie by tak byla nejspíše jedním z řešení konfliktu mezi právem na život a právem na lidskou důstojnost za pomoci „testu“ proporcionality, přičemž by šlo o řešení jistě tragické.

Vraťme se však k problému trvalého a úplného vzdání se práva a všimněme si, že trvalé (tedy směřující do budoucna) vzdání se pouze části svého subjektivního práva (tedy jen některých svých právních pozic) je stejně nepřipustné jako dočasné vzdání se celého subjektivního práva, což je patrné z následujících příkladů: Když třeba uzavírám smlouvy (např. pracovní nebo nájemní), zcizují části své svobody pohybu (např. 40 hodin týdně se nemám pohybovat jinde než na pracovišti) nebo pobytu (např. omezují se v pobytu ve svém bytě, protože jsem ho pronajal nájemníkovi) apod. a tudíž mi nějaké podstatné části těchto svobod zůstávají (např. v případě nájemní smlouvy jsem nadále vlastníkem bytu, v případě pracovní smlouvy jsem nadále svobodný po dobu, kdy nejsem povinen vykonávat závislou práci). Kdybych se však např. zavázal pracovní smlouvou na dobu neurčitou (tedy trvale), že ji nikdy nemohu vypovědět, byl by to zcela jistě také problém z hlediska nezcizitelnosti lidských práv, i když by mi stále zůstávalo dosti svobody (po pracovní době); podobně lze spekulovat, že kdybych se dobrovolně zavázal k doživotnímu (tedy trvalému) zbavení své osobní svobody uvězněním (třeba jako ve známé Čechovově povídce *Sázka*⁹²), opět by pravděpodobně šlo o porušení mého sebe-uzavření.⁹³

Zdá se tedy, že *i trvalé vzdání se je vždy zásahem do podstaty* lidského práva, a to i tehdy, když se trvale vzdávám jen části svého lidského práva, tedy jen některých svých hohfeldovských pozic z celého komplexu. Oproti tomu v případě částečného a dočasného vzdání se se dostáváme do situací, kdy se můžeme velmi dobře neshodovat v tom, které částečné vzdání se již zasahuje do podstaty práva (a je tudíž nepřipustné) a které nikoli. Jistě bychom považovali za nepřipustné třeba dočasné otroctví, ale v jiných situacích si již nemusíme být tak jisti: Je třeba dočasné (ale úplné) vzdání se práva na soukromí, k němuž dochází v televizních reality show typu *Big Brother*, v rozporu s nezcizitelností práva na soukromí, nebo nikoli? Jsou praktiky provozované v nějakých sadomasochistických klubech, v nichž se lidé nechávají (dočasně) dobrovolně ponižovat, v rozporu s nezcizitelností práva na lidskou důstojnost, nebo nikoli? Je jednorázové vzdání se volebního práva výměnou za peníze v rozporu s nezcizitelností volebního práva?⁹⁴

⁹² ČECHOV, A. P. *Vybrané povídky*. Praha: SPN, 1959.

⁹³ Někdo by mohl namítat, že se mohu trvale a zcela vzdát svého práva na život tím, že spáchám sebevraždu, což nijak neporušuje současné české pozitivní právo. Na tuto námitku se dá odpovědět poukazem na to, že práva jakožto komplexy hohfeldovských pozic jsou vždy orientována vůči někomu jinému (jak jsme viděli výše). V případě sebevraždy však nikoho jiného nezbavuji svým vlivem jeho povinností nerušit mne v užívání mého života, a proto na tento případ sebe-uzavření nedopadá. V případě eutanazie může docházet k poněkud jiné situaci – pokud by moje „právo na důstojnou smrt“ znamenalo, že mohu požádat někoho o pomoc se sebevraždou, pak je eutanazie v tomto smyslu v rozporu s mým sebe-uzavřením, jak bylo řečeno výše. Vedle současného českého práva však můžeme uvažovat i o jiném objektivním právu (typicky náboženském), podle něhož mám nikoli „pouze“ právo na život, ale také povinnost žít, a proto podle nějakého náboženského práva (třeba kanonického) je sebevražda i eutanazie zakázána.

⁹⁴ Někdo (minimálně ten, kdo svůj hlas „prodává“) by přece mohl spatřovat jistou racionalitu v tom, že získání okamžitého benefitu (peníze) je výhodnější než spoléhat se na (často nesplněné) sliby budoucích benefitů, které provádějí ti, již se o voličovu přízeň ucházejí – jinak by tento prodej nedělal. Samozřejmě, že politiku bychom neměli chápat jako činnost spočívající v pouhém „něco za něco“, ale současná politická praxe nám možná nedává mnoho důvodů myslet si to.

Je smlouva o tzv. náhradním mateřství uzavřená mezi matkou dítěte a těmi, kdo jsou jeho biologickými rodiči, v rozporu s nezcizitelností práva na lidskou důstojnost, nebo nikoli?

Možná by bylo dobrým příkladem, na němž lze demonstrovat potíže s částečným a dočasným vzdáváním se lidských práv (tedy problém, které částečné vzdání se zasahuje do podstaty a které ne), jedno z našich nejdůležitějších lidských práv, které se někdy považuje za základ mnoha ostatních lidských práv (pokud ne úplně všech) – právo na lidskou důstojnost, např. podle čl. 10 Listiny. Právníkům, kteří alespoň zavadili o judikaturu z oblasti práva lidských práv, v této souvislosti jistě vytanou v paměti případy jako házení „trpaslíkem“ (které bylo zakázáno, protože odporuje lidské důstojnosti),⁹⁵ tzv. „hry na zabíjení“ (které byly zakázány, protože odporují lidské důstojnosti)⁹⁶ nebo případy konsensuálního sadomasochistického sexu (které byly zakázány, protože odporují právu na soukromí).⁹⁷

Problém samozřejmě nepředstavuje jen to, co jsme viděli výše, totiž fakt, že různé „testy“, pomocí nichž budeme řešit konflikt mezi autonomií člověka a jeho sebe-uzavřením, budou s vysokou pravděpodobností produkovat rozdílné výsledky. Problém totiž může spočívat již v samotném pojmu lidské důstojnosti.

Asi ihned zavrhneme třeba představu aristokratické důstojnosti, která stojí na cti jakožto výjimečnosti, kterou se šlechtic liší rodem i chováním od jiných,⁹⁸ anebo hobbe-

⁹⁵ *Arrêt de Conseil d'Etat, Assemblée, du 27 octobre 1995, 136727, publié au recueil Lebon*. Přestože „trpaslík“ (člověk trpící tzv. nanismem) přišel o práci, s níž dobrovolně souhlasil, a stal se nezaměstnaným, Francie neporušila Mezinárodní pakt o občanských a politických právech, protože Výbor neměl pravomoc rozhodovat o otázce případného narušení jeho důstojnosti (protože před francouzskými soudy nenamítal porušení čl. 17 Paktu, takže nevyčerpal vnitrostátní možnosti nápravy), tudíž posuzoval jenom, zda zákaz házení „trpaslíky“ na cíl byl diskriminační. Usoudil, že nikoli, neboť zákaz se opíral o objektivní a rozumná kritéria – viz Communication no. 854/1999 ve věci *Manuel Wackenheim proti Francii*, no. CCPR/C/75/D/854/1999, § 6.4 (pokud jde o nevyčerpání opravných prostředků) a 7.4. a 7.5 (pokud jde o případnou diskriminaci). K interpretaci tohoto rozhodnutí v kontextu etických teorií „dobrého života“ – viz SOBEK, T. *Právní rozum a morální cit. Hodnotové základy právního myšlení*. Praha: ÚSP AV ČR, 2016, s. 239 an.

⁹⁶ Rozsudek Soudního dvora EU ve věci C-36/02, *Omega Spielhallen- und Automatenaufstellungs-GmbH v. Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn*.

⁹⁷ Rozhodnutí ESLP ve věci *Laskey, Jaggard and Brown proti Spojenému království*, stížnosti č. 21627/93; 21628/93; 21974/93, rozhodnutí ve věci *K. A. a A. D. proti Belgii*, stížnosti č. 42758/98 et 45558/99. Přestože Evropská úmluva o lidských právech neobsahuje explicitní právo na lidskou důstojnost, mnoho případů, které se lidské důstojnosti týkají, je posuzováno podle čl. 8 Úmluvy. Viz i KMEC, J. – KOSAŘ, D. – KRA-TOCHVÍL, J. – BOBEK, M. *Evropská úmluva o lidských právech. Komentář*. Praha: C. H. Beck, 2012, s. 896 an. Je přitom zajímavé, že podle některých názorů soud v zásadě připustil, že právo na skupinový sadomasochistický sex spadá do rámce čl. 8, protože to explicitně nevyloučil. Viz MÖLLER, K. *The Global Model of Constitutional Rights*, s. 4. Takto toto rozhodnutí ostatně chápal i soudce Pettiti, jak je patrné z jeho konkurenčního stanoviska, v němž mj. zdůraznil, že „ochrana soukromého života znamená ochranu intimity a důstojnosti osoby, nikoli ochranu hanebnosti (indignité) nebo kriminální nemorálnosti (immoralisme délictuel)“. Minimálně tedy podle soudce Pettitiho odporuje konsensuální sadomasochistický homosexuální sex lidské důstojnosti.

⁹⁸ I když třeba Montesquieu z ní udělal ctnost, na níž stojí celá francouzská monarchie. Je spojena se „slávou monarchy a slávou státu.“ (MONTESQUIEU, Ch. *O duchu zákonů*. Dobrá Voda: Aleš Čeněk, 2003, XI, 5, s. 189). Aristokratické pojetí cti je sice do velké míry falešné, „ale tato falešná čest prospívá tak veřejnosti, jako by pravda prospívala jednotlivci, kdyby existovala.“ (Ibidem, II, 7, s. 58.) „Činy lidské se tam neposuzují jako dobré, nýbrž jako krásné; ne jako spravedlivé, nýbrž jako vznešené; ne jako rozumné, nýbrž jako neobyčejné.“ čest žádá i pravdu, ale nikoli pro ni samu, ale proto, že „člověk, který je zvyklý ji mluvit, se zdá odvážným a svobodným.“ (Ibidem, V, 2, s. 63.) Tato čest má své základy ve dvornosti, která se nejlépe projevuje v galantním chování vůči ženám.

sovské pojetí, podle něhož má člověk důstojnost podle toho, jak je užitečný pro stát,⁹⁹ protože odporují našim současným představám, že lidé jsou si ve své důstojnosti rovni. Máme však přijmout koncepci lidské důstojnosti postavené na heteronomním základu toho, že jsme byli stvořeni bohem, který nám dal naši důstojnost v podstatě jako úkol (povolání), který máme splnit? Záleželo by pak samozřejmě na tom, ve kterého boha věříme. Např. podle katolického pojetí v encyklice *Evangelium vitae* z roku 1995 by byly nemorální třeba interrupce, umělé oplodňování a jiné nakládání s embryi, antikoncepce či eutanazie a kdokoli by se těchto činností dopustil, prohřešoval by se proti nezczitelné lidské důstojnosti. Podle islámského pojetí by bylo možné dovodit, že proti lidské důstojnosti bude užívání jakýchkoli drog, ale třeba interrupce by mohla být za určitých okolností povolena, protože život vstupuje do plodu až po určité době po početí (v době, kdy se tak přesně děje, se autority neshodují),¹⁰⁰ s čímž však jiné autority nesouhlasí (i když ji většinou nezakazují úplně),¹⁰¹ podobně je to s antikoncepcí (která je třeba saúdskoarabskými autory v některých situacích považována za přípustnou, ale jinak jde podle nich o „sionistickou propagandu“)¹⁰² nebo s eutanazií (kdy mnoho islámských učenců v minulosti argumentovalo tak, že zabití někoho se souhlasem dotyčného je sice hříchem, ale ten má trestat jedině bůh, a nikoli lidé)¹⁰³ atd. A mohli bychom pokračovat s pojetími lidské důstojnosti jiných náboženství, kolik jich jen na světě je.

Anebo máme lidskou důstojnost chápat třeba kantovsky jako morální autonomii,¹⁰⁴ která umožňuje každému člověku stanovit si vlastní morální pravidla pod podmínkou, že projdou „testem“ obou formulací kategorického imperativu? Pokud ano, měli bychom zároveň přijmout ten důsledek, že nejen ve třech zde zmiňovaných reálných případech se jejich aktéři provinili proti lidské důstojnosti (protože připustili, aby s nimi bylo zacházeno jako s prostředky, nikoli jako s cíli), ale že se proti ní projevuje např. i člověk, který lže (což odporuje první formulaci kategorického imperativu)¹⁰⁵ nebo třeba kouří cigarety či nezřízeně holduje alkoholu (protože také zde člověk zachází sám se sebou jako s prostředkem k dosažení požitku) a snad by byla nemorální i ta závislá práce, u níž dochází ke zvččňování (redukci člověka na prostředek), tedy třeba úmorná práce dělníka u pásu – připomeňme si ostatně v této souvislosti, že Kant vyhrzoval ve své filozofii práva volební právo (tedy možnost být „spoluzákonodárcem“) pouze majetným mužům (pánům sebe sama), kteří nejsou závislí na vůli jiných lidí, pokud jde o to, co je živí,

⁹⁹ „Veřejná hodnota člověka, což je hodnota, kterou mu přikládá stát, je to, čemu lidé obvykle říkají důstojnost.“ HOBBS, T. *Leviathan*, X, 18, s. 64.

¹⁰⁰ Viz např. KAMALI, M. H. *The Dignity of Man: An Islamic Perspective*. Cambridge: Islamic Texts Society, 2002, s. 26.

¹⁰¹ Např. saúdský lékař Ar-Rumaikhaan podrobně vyjmenovává medicínské důvody, kdy je interrupce přípustná a kdy ne (aniž by nějak argumentoval) – viz AR-RUMAUKHAAN, A. S. *Guidelines and Fataawa Related to Sickness and Medical Practice*. Walthamstow: Invitation to Islam, 2004, s. 64.

¹⁰² Ibidem, s. 74 an.

¹⁰³ Viz např. CHALEBY, K. S. *Forensic Psychiatry in Islamic Perspective*. London: The International Institute of Islamic Thought, 2001, s. 102 an.

¹⁰⁴ Jak to již tvrdil třeba Pico della Mirandola, když podle něj bůh stvořil člověka nadaného svobodnou vůlí a právě v ní spatřuje Pico důstojnost člověka: „Přirozenost ostatních stvoření je vždy pevně určena a rozvíjí se pouze v mezích, které jsou stanoveny mnou předepsanými zákony. Ty si však budeš, aniž bys byl jakkoli omezoán, určovat svou přirozenost podle své vlastní svobodné vůle, do jejíž péče jsem tě stvořil.“ VIZ PICO DELLA MIRANDOLA, G. *O důstojnosti člověka*. Praha: OIKOYMENH. 2005, s. 57.

¹⁰⁵ KANT, I. *Základy metafyziky mravů*. Praha: Svoboda, 1974 (orig. 1785), s. 34.

takže třeba dělník pracující u pásu by volební právo zcela jistě neměl.¹⁰⁶ A protože pro Kanta má morální charakter pouze jednání konané z (autonomně přijaté) povinnosti, bylo by pro něj jistě problémem třeba i sebeobětování se pro druhého z lásky.

Je vhodné vycházet ze sofistikovanejší teorie lidské důstojnosti, třeba té, kterou představil nedávno Alexy (na Kantově základě) jakožto „dvojitě triadický“ pojem osoby, podle něhož je osobou ten, kdo má inteligenci, citění a vědomí, přičemž vědomí je definováno pomocí reflexivity kognitivní (člověk je objektem vlastního poznání), volní (člověk je schopen určovat své jednání a tím utvářet sebe sama) a normativní (člověk je schopen své jednání sám hodnotit jako dobré či špatné)?¹⁰⁷ Pak bychom dle mého názoru měli jistý problém přiznávat plnou lidskou důstojnost třeba malým dětem (jak jsme to ostatně viděli výše) nebo lidem trpícím demencí (kteří již mnohé z vlastností Alexyho „dvojitě triády“ bohužel pozbyli).¹⁰⁸ Nebo máme jako kritérium morálního statusu (a tedy i důstojnosti jakožto výrazu tohoto statusu) považovat schopnost sentience (tedy schopnosti cítit či prožívat něco subjektivně), jak si to představují filozofové (typicky Peter Singer) a pak nevidět jakýkoli zásadní rozdíl mezi morálním statusem zvířat a lidí?

Není tedy divu, že při hledání pojmu lidské důstojnosti došli někteří k závěru, že jde o diskursivní pojem,¹⁰⁹ s čímž by souhlasil i autor tohoto textu. Je také dobré uvědomit si, jak s tímto pojmem zacházejí nikoli pouze etické teorie, ale i pozitivní právo. Ačkoli postulujeme pro všechny lidi rovnost v důstojnosti, zároveň přijímáme, že zásahy do ní posuzujeme různě u různých skupin lidí – např. politik, novinář či zpěvačka se musí smířit s tím, že kvůli svému dobrovolnému „angažmá“ ve veřejné sféře se zásahy do jejich lidské důstojnosti budou posuzovat méně přísně,¹¹⁰ zatímco třeba v případě herce (který se také dobrovolně „ukazuje na veřejnosti“, mnohdy dokonce v daleko intimnějších situacích) se mohou zásahy do jeho lidské důstojnosti (třeba kritika jeho zjevu) posuzovat přísněji (protože fyzický vzhled je u herce zvláště důležitý),¹¹¹ což působí poněkud rozporně. Výstižným příkladem nesouhlasu v tom, co ještě považujeme za nepřijatelný zásah do lidské důstojnosti, by mohlo být třeba rozhodnutí ÚS o ústavnosti legislativy týkající se mj. veřejné služby (podle níž uchazeči o zaměstnání měli za povinnost vykonat po dobu 20 hodin týdně práci v rámci tzv. veřejné služby, pokud nechtěli být vyřazení z evidence uchazečů o zaměstnání a přijít tak o výplatu podpory v nezaměstnanosti).

¹⁰⁶ Ve spise zkráceně nazývaném *Teorie a praxe* z roku 1793 takovéto obyvatele státu nazývá Kant spoluúčastníci státní ochrany (viz KANT, I. *K věčnému míru. O obecném rčení: Je-li něco správné v teorii, nemusí se to ještě hodit pro praxi*. Praha: Oikoymenth, 1999, s. 73), později v *Metafyzice mravů* z roku 1797 jím Kant říká pasivní občané – viz KANT, I. *The Metaphysics of Morals*. Cambridge: Cambridge University Press, 1991, s. 126. Podle mého názoru lze argumentovat, že toto omezení volebního práva není Kantovou „úlitbou“ době, v níž žil, ale jedním z důsledků jeho etické teorie – ten, kdo zachází sám se sebou jako s prostředkem (tedy ten, kdo vykonává závislou práci), není morální, a proto nemůže být plnoprávný (stejně jako dnes volební právo nedáváme třeba dětem, když nemají plně rozvinutou svou morální osobnost).

¹⁰⁷ ALEXY, R. *Lidská důstojnost a princip proporcionality*, s. 873 an.

¹⁰⁸ Takto argumentuje třeba SCHULMAN, A. *Bioethics and the Question of Human Dignity*. In: *Human Dignity and Bioethics. Essays Commissioned by the President's Council on Bioethics*. Washington, 2008, s. 11.

¹⁰⁹ BAGARIC, M. – ALLAN, J. *The Vacuous Concept of Dignity*. *Journal of Human Rights*. 2006, Vol. 5, s. 257–270, RODRIGUEZ, P.-A. *Human Dignity as an Essentially Contested Concept*. *Cambridge Review of International Affairs*. 2015, Vol. 28, No. 4, s. 743–756.

¹¹⁰ Pro případ zpěvačky viz např. nález ÚS sp. zn. I. ÚS 367/03, obecně ke kritériím posuzování intenzity zásahu do osobnosti a důstojnosti člověka viz např. nález ÚS sp. zn. II. ÚS 2051/14.

¹¹¹ ONDŘEJOVÁ, E. *Ochrana cti a důstojnosti v britském právu*. *Právní rozhledy*. 2012, roč. 20, č. 11, s. 397 an., pozn. č. 9.

Zatímco třeba pro veřejného ochránce práv může představovat zásah do lidské důstojnosti již to, když je uchazeč „nucen“ vykonávat práci, která neodpovídá jeho kvalifikaci,¹¹² disentující soudci naopak nevidí ve výkonu třeba úklidových prací nic rozporného s lidskou důstojností, protože nejde o ponižující činnost;¹¹³ zatímco většina soudců kvalifikovala povinnost veřejné služby jako nucenou práci, jedna disentující soudkyně odmítá ztotožňovat veřejnou službu s tábory nucených prací či gulagy.¹¹⁴ V této souvislosti je možná vhodně poznamenat, že většina závěrů o tom, co je či není v rozporu s lidskou důstojností, je v tomto rozhodnutí prováděna bez odkazu na nějakou propracovanější koncepci lidské důstojnosti, takže čtenář může docela dobře získat dojem, že jde o závěry do vysoké míry intuitivní (snad posílené obrazem toho, jak by vypadal ten, kdo by veřejnou službu vykonával, který tatáž soudkyně označila za stereotypní).¹¹⁵

Snad z výše řečeného vyplynulo, že pokud bychom uvažovali o eutanazii, nezcizitelnost (alespoň některých) lidských práv by byla znakem, na němž bychom se rozumně neshodovali. Pokud bychom připustili, že kromě trvalého a/nebo úplného vzdání se či zcizení lidského práva nezcizitelnost znamená i nepřipustnost dobrovolné dočasné a/nebo částečné „manipulace“ s hohfeldovskými pozicemi tvořícími subjektivní právo, pak se velmi pravděpodobně budeme neshodovat v tom, kdy je tato nezcizitelnost narušena a kdy nikoli, což bylo demonstrováno na příkladu práva na lidskou důstojnost, přičemž sám pojem lidské důstojnosti také můžeme chápat jako pojem diskursivní.

ZÁVĚR

Samozřejmě, že problém toho, které znaky lidských práv jsou diskutabilní v tom smyslu, že na nich může panovat rozumná neshoda, se nevyčerpává diskusí nad výše prezentovanými znaky. Můžeme se neshodovat např. v tom, zda jsou lidská práva pouze právy jednotlivce a skupinová (kolektivní) práva (např. právo národa na sebeurčení, práva menšin) jsou jen jakousi „zkratkou“ pro označení práv, která má jednotlivec z důvodu příslušnosti ke skupině, anebo zda mohou mít skupiny jako takové svá „vlastní“ subjektivní práva odlišná od práv členů skupiny.¹¹⁶ Můžeme diskutovat o tom, zda lidská práva primárně uplatňujeme vůči státu (typicky proto, že nás naše vlastní dějiny přesvědčily,

¹¹² Nález ÚS sp. zn. Pl. ÚS 1/12, bod 100.

¹¹³ Odlišné stanovisko soudce Stanislava Balíka a odlišné stanovisko soudkyně Ivany Janů.

¹¹⁴ Odlišné stanovisko soudkyně Janů.

¹¹⁵ Nález ÚS sp. zn. Pl. ÚS 1/12, bod 252 a odlišné stanovisko soudkyně Janů: „*Odmítám stereotypní představu většiny pléna, z jehož úvah se rýsuje postava nezaměstnaného intelektuála v předdůchodovém věku, který je za všeobecného opovržení nucen zametat listí v jedné řadě s trestanci a jemuž koště a žlutá reflexní vesta vtiskla společenského stígmata*“.

¹¹⁶ Např. podle Rainbolta jsou skupinová práva onou „zkratkou“ označující některá práva jednotlivců, tedy členů skupiny – viz RAINBOLT, G. W. *The Concept of Rights*, s. 198 an. Naopak podle některých teoretiků skupinového jednání (*group agency*) mohou být skupiny autonomními morálními aktéry, jejichž postoje nejsou redukovatelné na postoje jejich členů (lidově řečeno, skupiny mohou mít vlastní vůli odlišnou od vůle všech jejich členů). A morální postoje jsou pak důvodem pro existenci morálních práv. Např. podle teoremu Lista a Pettita neexistuje žádné agregační pravidlo týkající se soudů (tedy intencionálních postojů k logicky spojeným propozicím), které by současně splňovalo následující požadavky: požadavek univerzální domény (žádné preference členů skupiny nejsou dopředu vyloučeny), kolektivní racionality (tranzitivita preferencí, která nám umožňuje vyhnout se známému Condorcetovu paradoxu), anonymity (preferance každého člena skupiny mají stejnou hodnotu) a systematicity (postoj skupiny ke každé propozici závisí pouze na postojích

že právě tento „leviathan“ je pro naši lidskou svobodu nejnebezpečnější, anebo zda je uplatňujeme i vůči jiným aktérům (tzv. horizontální aplikace lidských práv), když nás třeba současnost přesvědčuje, že stát již nutně nemusí představovat to největší ohrožení naší svobody (notabene když je právě tím aktérem, který nám má zajišťovat naše pozitivní práva). Můžeme se samozřejmě neshodovat v tom, jak daleko může zajít demokratické rozhodování ve změnitelnosti našich *prima facie* práv, o nichž třeba v čl. 1 Listiny říkáme, že jsou nezměnitelná. Snad však výše prezentovaná diskuse o tom, jak se neshodujeme v tom, zda jsou všechna lidská práva „skutečnými“ subjektivními právy, zda jde o práva morální nebo „legální“, či o tom, v čem nakonec spočívá nezczizitelnost těchto práv, dostatečně přesvědčila čtenáře, že lidská práva jsou diskursivním pojmem.¹¹⁷

Co však plyne z toho, že o lidských právech prohlásíme, že jde o diskursivní pojem? Především to neznámá, že by šlo o pojem nesmyslný, nepoužitelný nebo zbytečný, ba právě naopak – tím, že vedeme diskusi o nějakém pojmu (nejen o pojmu lidských práv, ale třeba i o pojmu umění, spravedlnosti či svobody), poukazujeme na primárně hodnotový charakter pojmu, tedy jinými slovy na to, že nám na něm záleží. (Lze si naopak představit někoho, komu pramálo záleží např. na tom, že velrybu klasifikuje chybně jako rybu.) Lidská práva (snad ještě stále) hrají roli v naší sociální interakci a diskuse o nich znamená, že nám na nich (snad ještě stále) záleží velmi mnoho. Z chápání lidských práv jako diskursivního pojmu naopak plyne, že ten, kdo lidskými právy argumentuje, by měl nejdříve vyjasnit, ke které koncepci pojmu lidských práv se sám hlásí. Zacházet s lidskými právy jako s jakýmsi naprosto samozřejmým a jasným „monolitem“, jak se často děje,¹¹⁸ prostě nejspíše nejde. Uvědomit si to právě v naší současnosti, kdy se argumentace lidskými právy používá k různým i naprosto pochybným účelům (např. k ospravedlnění války), je možná důležitější než kdy jindy.

členů k dané propozici, nikoli na jejich postojích k jiným propozicím). [Třeba většinové rozhodování (typické pro demokracii) splňuje všechny tyto požadavky kromě požadavku kolektivní racionality – může se tedy stát, že dojde k tomu, že skupina preferuje x před y, y před z, z před x atd.] To může na jednu stranu znamenat, že vůbec odmítneme skupinové akty a jejich práva (a tím např. odmítneme, že by mohl existovat nějaký veřejný zájem), anebo že odmítneme nějaký požadavek na pravidla řídící agregaci (List a Pettit navrhuji odmítnout požadavek systematicity). Viz LIST, CH. – PETTIT, P. *Group Agency. The Possibility, Design, and Status of Corporate Agents*. Oxford: Oxford University Press, 2011.

¹¹⁷ Pro úplnost je třeba poznamenat, že někdo by s tímto závěrem mohl nesouhlasit a argumentovat by mohl takto: Celý problém s pojmem lidských práv spočívá v tom, že jde o velmi nesourodou skupinu práv (včetně těch „manifestních“). Když bychom naopak hovořili o jednotlivých lidských právech, velmi často by k neshodám nedocházelo. Ke zde diskutovaným znakům lidských práv by kritik mohl poznamenat, že pojem lidských práv je vágní (tedy „nejasný v okrajích“), nikoli diskursivní – hospodářská a sociální práva možná nejsou „skutečnými“ právy, ale mnoho ostatních práv jistě „skutečnými“ právy je; lidská práva jsou morální práva, protože rozdíl mezi mnoha etickými teoriemi nejsou tak velké, aby byla všechna lidská práva zpochybněna; konečně i eutanazie nebo ostatní problémy spojené s lidskou důstojností se týkají pouze okrajových případů. Zde však opět není místa k tomu, abych se s touto námitkou důsledněji vypořádal.

¹¹⁸ Např. když postulujeme lidská práva jako určitou mez, do níž ani demokracie nemůže zasahovat.

OSOBA JAKO „BOD PŘÍČITELNOSTI“

Karel Beran*

Abstrakt: Cílem tohoto článku je objasnit, v čem spočívá chápání osoby jako bodu přičitatelnosti. Být osobou v právu z tohoto pohledu znamená být „jakýmsi bodem“, kterému přičítáme práva a povinnosti. To, co dělá osobu bodem přičitatelnosti, je podle autora právě přičitatelnost. Z tohoto úhlu pohledu je také přičitatelnost totožná s právní subjektivitou, respektive právní osobností. Osoba však není jen pouhým statickým bodem přičitatelnosti již existujících práv a povinností, nýbrž také a především subjektem, který vznik právních povinností způsobuje. Z toho plyne, že osobu nelze chápat jen jako personifikaci již existujících povinností a práv, nýbrž je třeba jí z dynamického hlediska také přičítat oprávnění, respektive dovolení právě k tomu, aby práva a povinnosti mohly vznikat. Tuto dynamiku však nezpůsobuje pouze to, že k tomu má osoba teoreticky „kompetenci“ (že je jí to dovoleno), nýbrž i to, že je jí také přičítán rozum a vůle. Osobě jako bodu přičitatelnosti je takto nutné přičítat:

- i. rozum a vůli,
- ii. oprávnění stanovit jiné osobě povinnost,
- iii. právo požadovat po jiném splnění existující, tj. platně stanové povinnosti (tj. být oprávněným subjektem) nebo
- iv. povinnost vykonat existující tj. platně stanovenou povinnost (tj. být povinnostním subjektem).

Klíčová slova: osoba, fyzická osoba, člověk, personifikovaný soubor norem, bod přičitatelnosti, Kelsen, Weyr, ryzí nauka právní, právní normativismus

ÚVOD

Nepochybný jazykový význam slovesa „přičítání“ spočívá v tom, že se k určité číselně vyjádřené kvantitě přičítá další číselně vyjádřená kvantita. V tomto významu se také „přičítání“ nachází v českém právním řádu, konkrétně v § 127 odst. 3 zákona č. 141/1961 Sb., trestního řádu v platném znění, kde je stanoveno: „Každý člen senátu musí hlasovat, i když byl v některé předchozí otázce přehlasován. Při hlasování o trestu se však mohou hlasování zdržet ti, kdo hlasovali pro zproštění obžaloby; jejich hlasy se přičítají k hlasu pro obžalovaného nejpříznivějšímu.“ Od účinnosti zákona č. 418/2011 Sb., o trestní odpovědnosti právnických osob a řízení proti nim (dále také jen jako „z. t. p. o.“), však „přičítání“ nacházíme i v tomto zákoně, a to hned na několika místech: Konkrétně např. v § 8 odst. 2, kde je stanoveno: „Právnické osobě lze přičítat spáchání trestného činu uvedeného v § 7, jestliže byl spáchán,“¹ jakož i v § 9 odst. 2, který říká: „Pachatelem trestného činu je právnická osoba, které lze přičítat porušení nebo ohrožení zájmu chráněného trestním

* Doc. JUDr. Karel Beran, Ph.D. Autor působí na katedře teorie práva a právních učení Právnické fakulty Univerzity Karlovy. Tento článek byl zpracován v rámci projektu Grantové agentury ČR reg. č. 16-22016S *Právní jednání a odpovědnost právnických osob*. E-mail: beran@prf.cuni.cz.

¹ „Právnické osobě lze přičítat spáchání trestného činu uvedeného v § 7, jestliže byl spáchán a) jednáním orgánů právnické osoby nebo osob uvedených v odstavci 1 písm. a) až c), nebo b) zaměstnancem uvedeným v odstavci 1 písm. d) na podkladě rozhodnutí, schválení nebo pokynu orgánů právnické osoby nebo osob uvedených v odstavci 1 písm. a) až c) anebo proto, že orgány právnické osoby nebo osoby uvedené v odstavci 1 písm. a) až c) neprovedly taková opatření, která měly provést podle jiného právního předpisu nebo která po nich lze spravedlivě požadovat, zejména neprovedly povinnou nebo potřebnou kontrolu nad činností zaměstnanců nebo jiných osob, jimž jsou nadřizeny, anebo neučinily nezbytná opatření k zamezení nebo odvrácení následků spáchaného trestného činu.“

zákonem způsobem uvedeným v tomto zákoně.“ Od účinnosti zákona č. 89/2012 Sb., občanského zákoníku (dále jen „o. z.“), se však s přičítáním můžeme setkat i v jeho § 17 odst. 2, kde je stanoveno: „*Zřídí-li někdo právo nebo uloží-li povinnost tomu, co osobou není, při čte se právo nebo povinnost osobě, které podle povahy právního případu náleží.*“

Je patrné, že jak v případě z. t. p. o., tak případě o. z. se přičítá něco úplně jiného, než je „číselně vyjádřená kvantita“. V případě z. t. p. o. se právnické osobě „přičítá“ konkrétně vymezené lidské jednání, což vede k tomu, že se této právnické osobě zároveň též „přičítá“ spáchání trestného činu. Jinými slovy to znamená, že v důsledku „přičteného“ protiprávního jednání se právnické osobě „přičítá“ povinnost plynoucí právě ze spáchání trestného činu. Podle o. z. se však přičítají nejen povinnosti, nýbrž i práva. V obou případech tak můžeme mluvit o osobě jako o bodu přičitatelnosti. V obou případech však tento „bod přičitatelnosti“ vypadá úplně jinak: Ze z. t. p. o. by mohlo plynout, že se přičitatelnost vztahuje pouze k právnickým osobám a vede pouze k přičitatelnosti trestného činu. Z o. z. naopak plyne, že přičitatelnost se vztahuje ke všem osobám – jak fyzickým, tak právnickým – a neomezuje se pouze na přičítání povinností, nýbrž i přičítání práv. Není tedy zcela jasné, co znamená být osobou jako bodem přičitatelnosti, protože není jasné, co všechno se může „přičítat“, co vlastně přičítání znamená ani to, komu se co může přičítat. Je patrné, že osoba jako bod přičitatelnosti představuje teoretický pojem, který nelze vysvětlit, a tedy ani pochopit pouze na základě platného práva.

Jestliže je v platném právním řádu pojem přičítání používán v jiném významu, než je přičítání čísel, pak je třeba vysvětlení tohoto pojmu hledat v teorii, která tento pojem zavedla, vysvětlila a také systematicky používala. Touto teorií je ryzí nauka právní² tak, jak je obsažena v dílech jejích protagonistů Hanse Kelsena, Františka Weyra a Josefa Slezáka. Vycházet z právního normativismu však není úplně jednoduché, ryzí nauka právní se totiž na rozdíl od tradiční právní vědy dívá na stejné instituty z jiného úhlu pohledu.³ Tento pohled je abstraktní, a tedy obtížně pochopitelný. Kritici této teorie se proto často domnívali a domnívají, že ryzí nauka právní vlastně jen složitými větnými a pojmovými konstrukcemi sděluje to, co už stejně víme, a pokud sděluje něco nového, pak to vlastně nepotřebujeme. V obecném právním povědomí tak vzniká dojem, že na právní normativismus nic nenavazuje⁴ a pokud se tak setkáme s pojmy, jako je „přičitatelnost“, je to jen náhoda, kterou lze přehlédnout.

Tento názor nesdílím. Naopak se domnívám, že koncept osoby jako bodu přičitatelnosti představuje dobrou příležitost, jak ukázat sílu normativní teorie a jejího analytického přístupu k právnímu řádu. Přístupu, který může být účelnou pomůckou pro pozná-

² Pojmům „ryzí nauka právní“, „normativní teorie“, popřípadě „normativismu“ připisuji shodný význam. Jsem si vědom, že původního označení „normativní teorie“ bylo v návaznosti na Kelsena, tedy zejména v německy psané literatuře (a následně též v jejích anglických překladech), nahrazeno pojmem ryzí nauka právní (*Reine Rechtslehre, Pure Legal Theory*). Důvod pro to spočíval kromě jiného ve zdůraznění, že jde o teorii, která se vztahuje k právu, respektive k právním normám. Vzhledem však k tomu, že čeští zastánci ryzí nauky právní vesměs i nadále používali pojem normativní teorie, používám těchto pojmů *promiscue*, neboť se stejně jako Weyr domnívám, „že jde konec konců jen o pouhý vnější problém terminologický“. K tomu srovnej WEYR, F. *Teorie práva*. Brno – Praha, 1936, s. 347–348.

³ V případě osoby tak např. nevidí člověka, nýbrž „bod přičitatelnosti“.

⁴ Takový dojem je však minimálně z hlediska právní teorie nesprávný. K tomu např. viz: WEINBERGER, O. – KRAWIETZ, W. *Reine Rechtslehre im Spiegel ihrer Fortsetzer und Kritiker*. Wien – New York: Springer-Verlag, 1988.

vání každého, tedy i toho současného právního řádu. Ambicí tohoto článku však není jen aplikace poznatků ryzí nauky právní na současný právní řád. Cílem tohoto článku je především kriticky zhodnotit, kam tato teorie dospěla, vysvětlit otázky, na které tato teorie nepodala odpověď, a navázat na ni.⁵

1. ČLOVĚK A OSOBA

K odpovědi na otázku, co znamená chápat osobu jako bod přičitatelnosti, je třeba nejprve vyjasnit otázku, co znamená být osobou v právu. Přitom je třeba si uvědomit jednu zvláštní věc: už sám způsob, jakým na tuto otázku odpovídáme, je odlišný od způsobu, jakým se odpovídá například na otázku, kdo je to věřitel, co je to smlouva o úvěru nebo plná moc. V případě, že máme odpovědět na posledně položené otázky, potom odpovídáme vždy na základě právního řádu – platného práva – a vycházíme z toho, že věřitel, smlouva o úvěru nebo plná moc je právě to, co konkrétní právní řád stanoví. V případě, že máme odpovědět na otázku, co je to osoba, potom se nám „jaksi“ nechce vycházet z toho, že osoba je to, co stanoví platné právo, a hledat tak odpověď pouze v právním řádu. Důvodem je pravděpodobně skutečnost, že vědomě, nebo spíše nevědomě zaměňujeme „osobu“ za „člověka“ a právě z těchto důvodů se nám nechce říci, že osoba, respektive člověk, je (jen) to, co stanoví právo. Pokud bychom to totiž řekli, znamenalo by to, že člověk v právním řádu nemusí existovat, respektive že člověk vlastně v právním řádu „fakticky neexistuje“, neboť jeho „právní existence“ ve skutečnosti znamená „platnost“. Představa, že člověk může existovat jinak než fakticky, tj. že snad „platí“, musí nám všem intuitivně připadat jako nesprávná. Důvodem je, že jsme lidé a svoji existenci dennodenně zažíváme. Zkušenost své vlastní existence má každý, *prožitek své vlastní „platnosti“ však nemá nikdo*. Skutečnost, že bychom neměli existovat, ale „platit“, nám tak intuitivně musí připadat jako nesmyslná, absurdní a nesprávná. Ostatně z tohoto tradičního myšlenkového vzorce vychází například i § 19 českého občanského zákoníku,⁶ který má svůj ideový základ v § 16 všeobecného občanského zákoníku z roku 1811.⁷ Jestliže totiž práva náležejí „člověku“, potom to může svádět k představě, že i v rámci právního řádu můžeme poznávat člověka jako reálnou bytost z masa a kostí. To je také pravděpodobně důvodem, proč se při odpovědi na otázku, co znamená být osobou, často nevychází z právního řádu, nýbrž ze světa reality, který je poznatelný našimi smysly. Takový intuitivní závěr je však nesprávný. „Osoba“, stejně tak jako „věřitel“, „smlouva“ nebo „plná moc“ totiž nemůže existovat, pokud neexistuje právní norma, která platí a stanoví, že něco jako osoba, věřitel, smlouva nebo plná moc existuje, tj. platí. Z toho plyne závěr, že *člověk jako osoba v právním řádu neexistuje fakticky, nýbrž pouze normativně, tj. „platí“*.

⁵ Konkrétně jde o to, že osobě se nepřičítají jen práva a povinnosti (jak to tvrdila ryzí právní nauka), nýbrž i možnost oprávnit jinou osobu, aby si stanovila povinnost, ze které na základě smluvního konsenzu plyne oprávnění stanovit jiné osobě povinnost. Z „praktických“ důvodů je také třeba osobě přičítat rozum a vůli jako nezbytný předpoklad pro to, aby povinnosti a práva mohly být realizovány ve vnějším světě.

⁶ § 19 odst. 1 stanoví, že „Každý člověk má vrozená, již samotným rozumem a citem poznatelná přirozená práva, a tudíž se považuje za osobu. Zákon stanoví jen meze uplatňování přirozených práv člověka a způsob jejich ochrany.“

⁷ „Každý člověk má vrozená, již rozumem poznatelná práva, a nutno jej tudíž považovati za osobu. Otroctví nebo nevolnictví a k tomu se vztahující výkon moci nejsou v těchto zemích dovolena.“

Proto také Kelsen⁸ tvrdí, že fyzická (přirozená) osoba nepředstavuje přirozenou realitu, nýbrž právní konstrukci.⁹ Jestliže tak chceme poznávat osobu z hlediska práva, tj. platného právního řádu, potom nám skutečně nezbývá než analyzovat, co to znamená být osobou z hlediska právních norem, které normativně existují, a tedy platí. Poznávat člověka jako reálnou bytost totiž lze z hlediska biologie, psychologie¹⁰ či sociologie, rozhodně ho však nelze poznávat z hlediska jeho „platnosti“. Takové zkoumání by jistě všem přišlo jako nesmyslné a absurdní. Problém však spočívá v tom, že opačně to neplatí. Mnohdy se má za to, že „osobu“ lze zkoumat nejen z hlediska právní vědy, ve které osoba „platí“, nýbrž např. z hlediska „právní psychologie“ či „právní sociologie“. V takovém případě však předmětem našeho poznání není osoba, nýbrž člověk. Na problematičnost tohoto postupu jak ve vztahu ke státu, tak ve vztahu k člověku upozornil Weyr, podle něhož: *„Stát ve smyslu sociologickém (přírodovědeckém) či historicko-politickém má se k pojmu státu ve smyslu normativním podobně jako člověk ve smyslu přírodovědeckém (biologickém) k osobě ve smyslu normativním, t. j. k povinnostnímu subjektu. Praktický normotvůrce je ztotožňuje, t. j. připíná k přírodnímu faktu své normativní konstrukce, což znamená na př., že prohlašuje biologickou jednotku ‚člověk‘ za povinnostní subjekt (právní). Tím nestávají se však oba teoreticky týmž předmětem (roz. poznávání). Nemůže tedy na př. praktický normotvůrce stanovití, kdy vzniká člověk ve smyslu biologickém, t. j. svými normami snad způsobiti (kauzálně) jeho vznik; může arcit stanovití, kdy vzniká ‚právní osobnost‘ onoho člověka, na př. zásadou, že ji dlužno považovat za vzniklou okamžikem, kdy oddělí se plod od těla mateřského. Stanovením této zásady nezpůsobuje ovšem vznik člověka pro obor vědy přírodní (v tomto případě lékařské nebo biologické). Podobně nemůže norma – roz. právní – způsobiti vznik státu ve smyslu sociologickém.“*¹¹

Jestliže tak poznáváme právní řád, který existuje normativně, tj. platí, nemůžeme zároveň poznávat člověka, který existuje fakticky. Proto vychází ryzí nauka právní z toho, že předmětem jejího zkoumání může být pouze právo – právní řád, tedy právní normy. Způsob poznávání toho, co existuje ve světě právních norem, tj. platí, totiž musí být úplně jiný než poznávání toho, co nalézáme v reálném světě, tj. toho, co existuje fakticky. *Právě proto není možné zaměňovat „osobu“ a „člověka“.*¹² Právě proto je člověk „považován“ za osobu, která v právním řádu neexistuje fakticky, nýbrž normativně. Právě proto je třeba se ptát, co znamená normativní existence osoby z hlediska právního řádu, ve kterém osoba jakožto bod počítatelnosti „platí“.

⁸ KELSEN, H. *General Theory of Law and State*. New Brunswick: Transaction Publishers, 2007.

⁹ *„The physical (natural) person is, thus, no natural reality but a construction of juristic thinking. It is an auxiliary concept that may but need not necessarily be used in representing certain – not all – phenomena of law. Any representation of law will always ultimately refer to the actions and forbearances of the human beings whose behavior is regulated by the legal norms.“* (KELSEN, H. *General Theory of Law and State*, s. 96).

¹⁰ K tomu viz Kelsen: *„To define the physical (natural) person as a human being is incorrect, because man and person are not only two different concepts but also the results of two entirely different kinds of consideration. Man is a concept of biology and physiology, in short, of the natural sciences. Person is a concept of jurisprudence, of the analysis of legal norms.“* (KELSEN, H. *General Theory of Law and State*, s. 94).

¹¹ WEYR, F. *Teorie práva*. Brno – Praha, 1936, s. 94.

¹² K tomu viz Kelsen: *„That the statement ‘the physical (natural) person is a human being’ is incorrect is obvious also from the fact that what is true of the human being who is said to be a ‘person’ is by no means always true of the person.“* (KELSEN, H. *General Theory of Law and State*, s. 95).

2. OSOBA JAKO „BOD PŘÍČITATELNOSTI“

Jestliže máme zkoumat osobu z hlediska platného práva, potom je třeba začít u toho, co právní řád o osobě stanoví, respektive jak ji vymezuje. V českém právním řádu se o osobě zmiňuje zejména § 17 o. z., který stanoví:

- „(1) *Práva může mít a vykonávat jen osoba. Povinnost lze uložit jen osobě a jen vůči ní lze plnění povinnosti vymáhat.*
- (2) *Zřídí-li někdo právo nebo uloží-li povinnost tomu, co osobou není, přičte se právo nebo povinnost osobě, které podle povahy právního případu náleží.“*

Z § 17 odst. 1 plyne, že subjektivní právo nebo povinnost je podle občanského zákoníku pojmově spjata s osobou, které musí náležet.¹³ Být osobou tak znamená být způsobilým nositelem práv a povinností. To lze vyjádřit také tak, že ten, kdo je osobou, je *způsobilý mít práva a povinnosti*. V § 17 odst. 2 je pak vyjádřeno, že nemůže existovat subjektivní právo, které by nenáleželo nějaké osobě. Pokud by se tak snad nedopatřením stalo, bude takové právo nebo povinnost přičteno osobě, které podle povahy právního případu náleží.

Co to znamená být osobou z hlediska § 17 o. z.? Klíč k odpovědi se skrývá v § 17 odst. 2, který lze analyticky rozložit na hypotézu a dispozici takto:

Hypotéza:

- i. *Zřídí-li někdo právo nebo uloží-li povinnost tomu, co osobou není,*

Dispozice:

- ii. *přičte se právo nebo povinnost osobě, které podle povahy právního případu náleží.*

Z toho však musí zároveň plynout:

Hypotéza:

- i. *Zřídí-li někdo právo nebo uloží-li povinnost tomu, co osobou ~~není~~ je a zároveň platí, že*
- ii. *„Práva může mít a vykonávat jen osoba (§ 17 odst. 1), tj. každé právo musí někomu náležet a zároveň nemůže náležet nikomu jinému než osobě,*

Dispozice:

- iii. *přičte se právo nebo povinnost této osobě, ~~kteřé podle povahy právního případu náleží~~.*

Z toho plyne, že § 17 odst. 1 lze s pomocí slova „*přičítat*“ vyjádřit takto:

Hypotéza:

- i. *Pouze tomu, co je osobou,*

Dispozice:

- ii. *Lze přičítat právo nebo povinnosti.*

¹³ K pojmu přičitatelnost srov. HURDÍK, J. Komentář k § 17. In: ŠVESTKA, J. – DVOŘÁK, J. – FIALA, J. – ZUKLÍ-NOVÁ, M. a kol. *Občanský zákoník. Komentář. Svazek I.* Praha: Wolters Kluwer, 2014.

Být osobou tak podle platného práva musí znamenat být „čímsi“, čemu přičítáme práva a povinnosti. Pro pochopení toho, co máme rozumět pod pojmem osoby, tak nemá z normativního hlediska smysl vycházet z (apriorního) pojmu osoby, nýbrž z toho, co způsobuje, že „něco“ můžeme za osobu považovat. A právě v tom se liší ryzí nauka právní od tradiční právní vědy. Ta totiž vychází z toho, že osoba představuje jakýsi předpoklad, subjekt či substrát, kterému jako jeho vlastnost či atribut přičítáme práva a povinnosti. Pojem osoby je tak apriorní, zatímco pojem právní subjektivity je aposteriorní.¹⁴ Myšlenkové schéma ryzí nauky právní je však odlišné. Nevychází totiž z kauzálně ontologické metody poznání, ve které jsou předpoklady a následky, nýbrž z normativní metody, ve které právní povinnosti existují, a tedy platí, nebo neplatí, a tedy neexistují. Jak bude ještě vysvětleno, být osobou tak znamená být souborem povinností a práv. Abychom tento soubor povinností a práv mohli identifikovat a odlišit od jiného souboru povinností a práv, pracujeme s pojmem přičitatelnosti. Bod, ke kterému právní řád tyto povinnosti a práva vede, tak izolovaně bez povinností a práv také vůbec neexistuje. Není to tedy tak, že by osoba existovala jako první a jí přičítaná práva a povinnosti vznikaly teprve následně. Oba tyto pojmy vznikají a zanikají (tj. platí) současně. Nemůže totiž existovat bod přičitatelnosti, ke kterému právní řád nevede žádná práva a povinnosti, což však platí i naopak. Jestliže právní řád k nějakému bodu povinností a práva vede, pak tento bod existuje (platí) současně spolu s povinnostmi a právy, která jsou k němu vedena. To, co to způsobuje, je právě přičitatelnost. „Přičitatelnost“ je pak pojmem, se kterými operuje právě ryzí nauka právní, aby vysvětlila, co se osobou vlastně míní.¹⁵ Není podstatné, zdali ono „cosi“, čemu přičítáme práva a povinnosti, budeme označovat jako „osobu“, „subjekt“, „nositele“, „bod“, nebo dokonce „kotvu“.¹⁶ Podstatné je, že onomu bodu „přičítáme“ práva a povinnosti. Pojem přičitatelnosti tak má pro pochopení pojmu osoby centrální význam.

Z toho plyne, že přičitatelnost nemůžeme chápat pouze v tom smyslu, v jakém je používán v platném právu, např. v § 17 o. z. Přičitatelnost totiž představuje abstraktní teoretický pojem, pod který lze podřadit všechny případy, kdy dochází k „přičítání povinností a práv“ (jak se však ukáže nejenom jich) k určitému bodu, který tradičně označujeme jako osobu. Není tedy podstatné, zdali je použito přímo výrazu „přičítání“,

¹⁴ BERAN, K. Proč a kdy byla nahrazena „osoba“ právním subjektem? *Časopis pro právní vědu a praxi*. 2011, č. 2, s. 108–117. HURDÍK, J. *Osoba a její soukromoprávní postavení v měnícím se světě*. Brno, 2004, s. 18. HURDÍK, J. Pojem osoba a geneze jeho obsahu jako základ konstrukce osob v právním smyslu. *Časopis pro právní vědu a praxi*. 2000, č. 3. LÜBTOW, U. Zur Theorie des Rechtssubjektes und ihrer geschichtlichen Entwicklung. In: *Festschrift für Ernst Wolf*. Köln, 1985, s. 448 an.; ve vztahu k právníkům osobám srovnej též: ELIÁŠ, K. Masky a démoni (o přístupech soukromého práva k právníkům osobám). *Právník*. 2010, č. 11, s. 1098 an.; ELIÁŠ, K. Novodobý rozměr starého právního sporu. *Právník*. 1993, č. 1, s. 33.

¹⁵ Pojem přičitatelnosti vysvětluje např. Weyr jako vztah mezi normou a tím, „kdo se podle obsahu normy má zachovat [...]“. Zmíněný vztah je představou ryze normativní. Možno jej obecně zvatí přičetností neboli přičitatelností. To znamená: ve své vlastnosti povinnostního subjektu jest tento subjekt přičetný, t. j. normu lze mu „přičítati“, norma pak vzhledem k povinnostnímu subjektu jest přičitatelná. Není-li někdo „přičetným“, znamená to, že není vzhledem k té či oné normě povinnostním subjektem; není-li určitá norma „přičitatelnou“, znamená to, že určitý subjekt, který jest snad „přičetný“ vzhledem k jiné normě, nemá povinnosti vzhledem k této určité normě.“ (WEYR, F. *Teorie práva*, s. 36).

¹⁶ K tomu viz Pelikán: „Právní subjekt je v první řadě bodem přičitatelnosti subjektivních práv a povinností, ko t o u, ke které se v právní realitě jednotlivá práva a povinnosti vážou, přičemž žádné právo ani povinnost nemůže existovat bez ní.“ (PELIKÁN, R. *Právní subjektivita*. Praha: Wolters Kluwer, 2012, s. 51).

podstatné je jen to, že na základě dotyčného výrazu k přičítání skutečně dochází. Zároveň je však třeba zdůraznit, „že přičetnost a přičitatelnost musí být stanovena normou. Úsudek, že zde jest, nelze čerpat odjinud“.¹⁷

To lze opět demonstrovat na platném právu ČR a vztahu mezi osobou a právní osobností. Jestliže totiž být osobou znamená mít a vykonávat práva stejně tak jako způsobilost být nositelem vymahatelných povinností, potom se klade otázka, jaký je vztah mezi osobou jakožto jediným subjektem způsobilým k přičítání práv a povinností a „právní subjektivitou“. Právní subjektivita je v občanském zákoníku vymezena v § 15 odst. 1, kde se říká: „Právní osobnost je způsobilost mít v mezích právního řádu práva a povinnosti.“¹⁸ Způsobilost „mít v mezích právního řádu práva a povinnosti“ nemůže znamenat nic jiného než *způsobilost přičítat dotyčné osobě práva a povinnosti, respektive to, aby byla dotyčné osobě přičítána práva a povinnosti*.¹⁹ Jinými slovy z toho plyne, že pojem přičitatelnosti je ve skutečnosti obsahově shodný s pojmem právní osobnosti, respektive právní subjektivity.²⁰

Z toho plyne závěr, že každé osobě musí náležet právní osobnost (aby mohla být osobou), což znamená schopnost přičítat dotyčné osobě práva a povinnosti. Že tomu tak je, potvrzuje § 20 o. z., ve kterém se dozvídáme že, „*právnícká osoba je organizovaný útvar, o kterém zákon stanoví, že má právní osobnost, nebo jehož právní osobnost zákon uzná*“, stejně tak jako § 23 o. z., kde je stanoveno, že „*člověk má právní osobnost od narození až do smrti*“. Vzhledem k tomu, že jiná než fyzická nebo právnícká osoba podle § 18 o. z. neexistuje, musí z toho plynout závěr, že každé osobě náleží právní osobnost, kterou můžeme chápat také jako způsobilost k přičítání práv a povinností. Proto se domnívám, že *přičitatelnost je z tohoto úhlu pohledu totožná s právní subjektivitou, respektive právní osobností*. Osoba pak ze stejného úhlu pohledu není ničím víc než bodem, kterému se přičítá, kterému náleží právní osobnost. Z toho plyne praktický závěr: osoba bez osobnosti, stejně tak jako osobnost bez osoby, nedává rozumný smysl. Proto je dobře a teoreticky správně, že se v našem občanském

¹⁷ V této souvislosti je třeba doplnit, že Weyr chápe „přičetnost“ v jiném významu, než jak je chápána dnes, když říká: „*Vztah, který zde byl označen jako přičetnost (přičitatelnost), předpokládá teoreticky nutně – a tím projevuje svou typicky normativní povahu – že mezi povinnostním subjektem, a skutkovou podstatou není spojení ve smyslu kausálním, t. j. kausální nutnosti. Každá norma připouští – aspoň logicky – možnost stavu, který je protikladem stavu jím požadovaného.*“ (WEYR, F. *Teorie práva*, s. 37).

¹⁸ K tomu srovnej např.: HURDÍK, J. *Komentář k § 15*. In: ŠVESTKA, J. – DVOŘÁK, J. – FIALA, J. – ZUKLÍNOVÁ, M. a kol. *Občanský zákoník. Komentář. Svazek I*. Praha: Wolters Kluwer, 2014.

¹⁹ V této souvislosti je třeba upřesnit, že způsob přičítání práv a povinností se liší v případě heteronomní a autonomní normotvorby. V prvním případě má někdo „heteronomně“ „*způsobilost přičítat dotyčné osobě práva a povinnosti*“. Ve druhém případě zůstává zachováno, že práva a povinnosti lze osobě přičítat zvnějšku, zároveň se tak musí stát na základě jejího souhlasu, tj. dotyčná osoba má způsobilost, „*aby jí byla přičítána práva a povinnosti*“. Oba mody, činný a trpný, tak v autonomní normotvorbě splývají, v heteronomní však nikoli.

²⁰ K tomu viz Weyr: „*Pojem právní osobnosti jest takto teoretickým pojmem regulativním a systematickým. Jím zaručuje se především jednotnost určité mnohosti právních norem: všechny normy, pocházející od téhož normotvůrce, nebo všechny normy, zavazující týž povinnostní subjekt, tvoří systematickou jednotku normového souboru či komplexu. Jeho může použití také praktický normotvůrce, aby ulehčil a usměrnil aplikaci (praktické používání) právního řádu, a to tak, že připouští možnost utvoření řady pevných bodů – právních osob – které vystupují ve směsi nespočetných právních vztahů (= jednotlivých konkrétních norem druhotných) jako pevné jednotky. Za takovou jednotku prohlašován bývá především fyzický jednatel (člověk), vedle něho pak řada právnických osob, jimž přísluší samostatná právní osobnost.*“ (WEYR, F. *Teorie práva*, s. 115).

zákoníku na rozdíl od zahraničích²¹ nevyskytují entity, které sice nejsou osobami, avšak mají v jistém smyslu právní osobnost. Řešení takové prapodivné situace může spočívat jedině v tom, že se na tyto entity „hledí jakoby osobami byly“.

Položme si proto otázku, co to znamená být bodem přičitatelnosti práv a povinností. Tím se však nutně dostáváme k otázce, *co to znamená „mít právo“ a co to znamená „mít povinnost“*? Odpověď se zdá být až směšně jednoduchá: *Mít právo*²² znamená být oprávněn požadovat *po jiném splnění povinnosti*, která tomuto právu odpovídá.²³ Je tomu tak doopravdy? Vždyť přece existují situace, kdy mám právo, avšak neexistuje nikdo, po kom bych byl oprávněn vyžadovat splnění povinnosti. Jde např. o situaci, *kdy jsem sám doma a rozhodnu se, že se podívám, jak vypadá uvnitř můj budík*, tedy vykonávám svoje právo věc zničit. Zdá se, že neexistuje nikdo takový, kdo by měl povinnost odpovídající mému právu podívat se do budíku. Jsem jenom já a budík. Budík je však věcí, která žádnou povinnost mít nemůže, zatímco já mám právo, které vykonávám. Taková úvaha však nejde správným směrem.²⁴ Mému oprávnění věc zničit (stejně jako jakémukoliv jinému oprávnění plynoucímu z absolutního subjektivního práva) musí odpovídat povinnost, která se vztahuje vůči všem – *erga omnes* zdržet se zásahů do výkonu mého absolutního práva. „Splnění povinnosti“ v tomto případě spočívá v povinnosti všech chovat se omisivně a zdržet se zásahu do mého práva (bránit mně, abych se do budíku podíval). Jakmile kdokoliv splnění této povinnosti poruší, ukáže se, že ji měl. *Mít povinnost* pak naopak znamená nutnost splnit (vykonat) to, co je oprávněn požadovat ten, kdo má právo.

Mít práva a povinnosti tak lze analyticky rozložit buď na:

- i. možnost požadovat *po jiném splnění povinnosti* (tj. být oprávněným subjektem), nebo
- ii. *nutnost splnit povinnost* (tj. být povinnostním subjektem).

Zdá se tedy, že být osobou znamená buď požadovat po jiné osobě splnění povinností, nebo tyto povinnosti sám vykonávat. Tím se vysvětluje i stanovisko normativní právní teorie, podle které je osoba *souborem povinností a práv*.²⁵ Avšak tam, kde je povinnost,

²¹ K tomu viz Eliáš, který uvádí: „Některé zahraniční úpravy znají entity, které sice nejsou osobami, ale přesto se k nim právo chová jako by jimi byly (takovými jsou např. veřejné obchodní společnosti podle švýcarského práva nebo – v jisté míře – i ležící pozůstalost podle rakouského práva). Vzhledem k tomu, že i tyto útvary mohou působit také na našem území – mohou zde uzavírat smlouvy, způsobit škodu nebo být poškozeny aj., tudíž mohou i žalovat a být žalováni, stanovil § 3024 odst. 2 o. z., že takovým entitám přiznává náš právní řád způsobilost nabývat práva a zavazovat se k povinnostem ve stejném rozsahu jako jejich domovský právní řád.“ (ELIÁŠ, K. K první větě občanského zákoníku: Prolegomena ke každému příštím komentáři občanského zákoníku. *Právník*. 2014, roč. 153, č. 6, s. 440 an.).

²² Vycházím z tzv. aletické koncepce subjektivních práv (na rozdíl od koncepce volitivní) k tomu viz KNAPP, V. *Teorie práva*. Praha: C. H. Beck, 1995, s. 193–194. RADIN, M. Natural Law and Natural Rights. *Yale Law Journal*. 1949–1950, roč. 59, s. 218. K souvislosti s lidskými právy pak srovnej ONDŘEJEK, P. *Princip proporcionality*. Praha: Leges, 2012, s. 48 a 49.

²³ K otázce tematizace vztahu subjektivního práva a povinnosti z hlediska angloamerické právní kultury srovnej HOHFELD, W. N. In: COOK, W. W. (ed.). *Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning*. New Haven – London: Yale University Press, 1919. Hohfeld totiž vedle práva – „right“ – rozlišuje též „privilege“, „power“ a „immunity“. K přehledu hohfeldovských pozic a korelací v české právněfilozofické literatuře viz SOBEK, T. *Právní myšlení. Kritika moralismu*. Praha – Plzeň: Aleš Čeněk, 2011, s. 431 an.

²⁴ K tomu srovnej BERG, J. Of Elephants and Embryos. A Proposed Framework for Legal Personhood. *Hastings Law Journal*. 2007–2008, roč. 59, s. 372 („First, our current system of law is set up to focus exclusively on the rights of persons and not of other entities. Persons have rights, duties, and obligations; things do not.“).

musí být podle normativní teorie také *norma*.²⁶ Soubor povinností a práv tak nemůže být podle této teorie ničím jiným než *souborem právních norem*.²⁷

Z toho pak plyne logický závěr, že osoba je souborem právních norem. Protože tento soubor právních norem nazýváme osobou, tedy připodobňujeme jej k člověku, dodává k tomu ryzí nauka právní, že se jedná o *personifikovaný soubor právních norem*.²⁸ Tím chce říci, že se z normativního hlediska o žádnou „osobu“ jakožto jakousi analogii člověka v jeho roli „osoby“ nejedná. To, že v určitém souboru právních norem vidíme osobu, neznamená, že by tento soubor právních norem ve skutečnosti osobou byl. Osobou je jen proto, že tento soubor právních norem, který chceme poznávat, sám poznávající subjekt „personifikuje“.

Ona personifikace však není ničím, co by nezbytně nutně náleželo k pojmu osoby. Z toho důvodu má také *personifikovaný soubor právních norem* do jisté míry pejorativní nádech.²⁹ Normativní teorie tím dává najevo tradiční právní vědě,³⁰ že při poznávání právního řádu do něj vkládá něco, co tam ve skutečnosti není. Podle ryzí nauky právní si totiž tradiční právní nauka připodobňuje soubor právních norem k obrazu svému a hledá v něm něco, tj. člověka, respektive osobu, která tam z normativního hlediska není, a ani být nemůže.³¹ To je také důvod, proč normativní teorie při vysvětlování

²⁵ K tomu viz Kelsen „*In reality, however, the legal person is not a separate entity besides 'its' duties and rights, but only their personified unity or – since duties and rights are legal norms – the personified unity of a set of legal norms.*“ (KELSEN, H. *General Theory of Law and State*, s. 93).

²⁶ K tomu viz Weyr: „*Hledisko, které vidí v normě především výtvar normotvůrcův (postulát), nemožno označiti za obdobně subjektivní jako hledisko, které v ní spatřuje především povinnost (roz. subjektivní) povinnostního subjektu. Proti těmto hlediskům stojí hledisko objektivní, které nespatřuje v normě více než výraz něčeho, co má býti, bez ohledu na to, kdo jej stanovil a kdo jest jím povinován. Obě subjektivní hlediska mohou vésti k personifikaci předmětu normativního poznávání (normy): v jednom případě jest norma personifikována v normotvůrci, v druhém v povinnostním subjektu.*“ (WEYR, F. *Teorie práva*, s. 53).

²⁷ K tomu viz Kelsen „*since duties and rights are legal norms – the personified unity of a set of legal norms.*“ (KELSEN, H. *General Theory of Law and State*, s. 93).

²⁸ Viz Kelsen, *ibidem*.

²⁹ K tomu viz Weyr: „*Hypostase předmětu poznávání, t. j. jeho personifikace čili zdvojení, je vždy následkem nepřipustného metodového synkretismu. V oboru přírodovědeckém jeví se v tom, že personifikovaná příroda, t. j. činitel za ní stojící, považován jest (více méně, jasně či nejasně) za činitele volního, chtějícího, který svou vůli projevuje normativně: to, co způsobuje, nezpůsobuje příčinami, nýbrž normami (rozkazy).*“ (WEYR, F. *Teorie práva*, s. 54).

³⁰ Pojmu tradiční právní věda používám ve významu, v jakém jej používali právní normativisté v situacích, kdy se proti této „tradiční“ vědě vymezovali. Tímto pojmem nemá být řečeno, že se má právní nauka dělit na normativní teorii a tradiční právní vědu. V takovém případě by totiž mohly vzniknout pochybnosti o tom, co to vlastně je „tradiční právní věda“? Nenormativistická sféra totiž nepochybně představuje v právní teorii řadu nejrůznějších proudů od volnoprávní školy po marxismus, přičemž ani jeden z uvedených směrů není v právní teorii „tradiční“. Pojem „tradiční právní věda“ tak, jak je použit a myšlen v tomto článku, má vyjádřit pouze to, že jde o všechny ostatní směry právní vědy, které nevycházejí ze striktního metodologického východiska ryzí právní nauky, kterým je odlišování toho, „co je“, od toho, co „býti má“, přičemž předmětem zkoumání ryzí právní nauky je pouze to, co „býti má“, tj. právní normy, a proto je ryzí, zatímco všechny ostatní směry právní vědy takto striktní nejsou a z tohoto hlediska jsou „tradiční“.

³¹ K tomu viz Havel: „*Při zvažování, zda totiž lze aplikovat na korporace, je nutno vyjít z jejich podstaty. Dovození, že korporace je fikce projektující se do reality jako soubor obligací, tedy ačkoliv tento jev personifikujeme nebo reifikujeme, stále v reálném bytí nemá vůli a nemá osobnost. Chtěli-li bychom jí přičítat lidské vlastnosti, dopouštíme se synkreze. Jistě, i fyzická osoba je v tomto smyslu fikce, ale ta je obrazem člověka, nikoliv jeho derivátem. Korporace je maska, která má vůli jen proto, že jí přičítáme vůli lidskou, a která se dopouští jen toho jednání, které provedou její správci, tedy lidé.*“ (HAVEL, B. *Obchodní korporace ve světle proměn (Variace na neuzavřeném téma správy obchodních korporací)*. Praha: Auditorium, 2010, s. 66).

pojmu osoby ze svého (normativního) hlediska používá neutrálního pojmu *bod přičitatelnosti*.³²

Jestliže chápeme osobu jako pouhý bod přičitatelnosti, těžko si pod ní můžeme představit člověka z masa a kostí. Osobu personifikovat lze, ale bod přičitatelnosti jen těžko. Bod přičitatelnosti je totiž jen pouhé abstraktní vyjádření skutečnosti, že právní řád vede k určitému bodu práva a povinnosti a tento soubor pojmenovává (identifikuje) jako osobu. *Personifikovaný soubor právních norem* stejně jako *bod přičitatelnosti* tak mají vystihnout stejnou normativní skutečnost. Odlišné výrazy, kterých se používá pro vystižení totožného pojmu, jsou tak odůvodněné různým kontextem. Jednou se tohoto pojmu používá pro vypořádání se s tradiční právní naukou, jednou pro vysvětlení vlastního koncepčního pojetí osoby v právu.³³

Pohled na osobu jako bod přičitatelnosti je z analytického hlediska jistě možný a zřejmě také správný. Lidský intelekt, který je zvyklý poznávat reálné skutečnosti a ty abstraktní si jako ty reálné představovat, však takovému pojetí klade tuhý odpor a přímo se jim vzpírá. Domnívám se, že prakticky zaměřený intelekt si totiž pod pojmy jako je *personifikovaný soubor právních norem* nebo *bod přičitatelnosti* nedokáže představit vůbec nic. Pokud si pod ním nedokáže nic představit, potom takové pojmy obvykle nechápe, a pokud je nechápe, potom je jen logické, že je odmítá.³⁴ To je také pravděpodobně důvodem, proč se pojmosloví užívané normativní teorií neuchytilo. Není to však důvod jediný.

3. CO JE TO OSOBA ZE „STATICKÉHO A DYNAMICKÉHO HLEDISKA“?

Slabinou výše uvedeného pohledu je i skutečnost, že pokud se tímto způsobem podíváme na osobu, potom se na ni musíme podívat z tzv. *statického hlediska*, což je další pojem používaný normativní teorií. Statický pohled na právní řád je něčím, co je ve světě reality zcela nemožné, i když teoreticky představitelné. Jedná se o situaci, kdy se *zastaví čas*. Čas se však v našem reálném světě zastavit nemůže a z toho plyne i obtížná představa toho, jak by se mohl v nějakém jiném světě zastavit. Pravdou však je, že tam, kde existují, tj. platí právní normy, tedy v jakémsi „normativním světě“ (což samozřejmě žádný svět není – spíše se jedná o jakousi dimenzi abstraktního poznávání), se čas zastavit může a také se zastavuje. Každý, kdo aplikuje právo, totiž takové zastavení musí provést ve fázi zjišťování právních otázek (*questiones iuris*).³⁵ Právě v této fázi je třeba zjistit, kdo má jaké právo a kdo má jakou povinnost. K poznání práva je totiž takové zastavení nezbytně nutné. Ten, kdo právo aplikuje, se z normativního hlediska také podílí na jeho vzniku (vytváří tzv. odvozené a konkrétní právní normy). To však nemůže udělat v situaci, kdy se předmět jeho poznání neustále proměňuje. Nezbyvá mu tedy, než aby „zastavil čas“ a ze statického hlediska poznal, jaká práva a povinnosti určitému *geometrickému*

³² K tomu viz Weyr: „V oblasti abstraktní normologie jest tento subjekt rovněž abstrakcí (bod přičitatelnosti), kterou nelze explikativně definovat po způsobu přírodovědeckém. Tento povinnostní subjekt stává se v právní teorii tzv. právní (právníckou) osobou.“ (WEYR, E. *Teorie práva*, s. 112).

³³ WEYR, F. *Teorie práva*, s. 113–114.

³⁴ Ke kritice normativní teorie srovnej zejména: ČERMÁK, V. *O podstatě práva*. Praha: Knihovna Sborníku věd právních a státních, 1940, s. 44 an.

³⁵ Viz § 154 Občanského soudního řádu, k pojmu rozhodný okamžik srov. LAVICKÝ, P. Komentář k § 154. In: LAVICKÝ, P. a kol. *Občanský soudní řád: Praktický komentář*. Praha: Wolters Kluwer, 2016.

vodu – *vodu* přičitatelnosti nebo *personifikovanému souboru právních norem* vlastně náleží.³⁶

Tento pohled je sice nutný, avšak nikoliv jediný možný. Na základě statického hlediska sice můžeme zodpovědět otázku, kdo má a kdo nemá nějakou povinnost, nemůžeme však již odpovědět na otázku, *z čeho tato povinnost plyne*. Jestliže nemůžeme odpovědět na otázku, *z čeho povinnost plyne*, nemůžeme ani odpovědět na otázku, *jakým způsobem lze povinnost stanovit, respektive jakým způsobem vznikají normy*. Jak již bylo řečeno, vznik a zánik povinností (norem) zároveň také nutně znamená změnu předmětu poznávání. Zaregistrovat změnu předmětu poznávání nelze v případě, že tento předmět pozorujeme ze statického hlediska. Z toho důvodu byla také normativní teorie nucena opustit původně pouze statický pohled na právo a v návaznosti na Merklovu nauku³⁷ o stupňovité výstavbě právního řádu doplnit o pohled dynamický.

Dynamický pohled na právní řád souvisí s jeho proměnou v čase. Přestože lze totiž v normativním světě „zastavit čas“, neznamená to, že by v tomto světě čas neplynul, tj. že by zde povinnosti nevznikaly, neměnily se a nezanikaly. Pouze z dynamického hlediska lze odpovědět na otázku, *co je důvodem vzniku povinnosti, respektive kde se taková povinnost vzala*. Z dynamického pohledu totiž nestačí pohlížet na osobu pouze jako na bod přičitatelnosti, nýbrž také jako na subjekt, který vznik právních povinností (a tedy norem) způsobuje. Dynamické hledisko podle Weyra totiž předpokládá, „*pravidlo, které stanoví, jakým způsobem mohou vznikat, zanikat nebo měnit se normy, přináležející normovému souboru, jenž jest předmětem našeho poznávání. Je-li hledisko to zároveň subjektivní, připouští i představu mnohosti normotvorných subjektů, povolanych podle onoho pravidla ke tvorbě, rušení a změně norem.*“³⁸

Jestliže tak ze statického hlediska pohlížíme na osobu jako na oprávněný subjekt, který může požadovat po jiné osobě splnění povinnosti, nebo jako na povinnostní subjekt, který je povinen splnit povinnost, potom si z dynamického hlediska musíme položit otázku, *kde se taková povinnost vlastně vzala? Ze statického pohledu na právo tuto otázku odpovědět nelze* – právní řád se jeví jako „zamrzlý, nehybný či strnulý“ soubor právních norem. Z tohoto pohledu povinnosti a práva buďto existují (tj. platí), nebo neexistují (tj. neplatí). Co je důvodem vzniku práv a povinností, je proto ze statického hlediska nepoznatelné.

4. CO JE DŮVODEM VZNIKU POVINNOSTI?

Co je tedy důvodem vzniku povinnosti? Odpověď na tuto otázku lze dát buď z té nejvyšší možné abstraktní úrovně, která se táže, *z čeho lze v poslední instanci odvodit*

³⁶ Podle Weyra „*statické hledisko je vlastním, imanentním způsobem normativního poznávání. Znamená, že představujeme si a předpokládáme normu nebo normový soubor jako hotový, nehybný předmět a tážeme se, co podle něho platí, t. j. co má být. Statickým poznáváním zjišťujeme tudíž řadu skutkových podstat povinnovaných a po případě, t. j. nevychází-li poznávání to z přísně objektivního názoru, řadu povinnostních subjektů, jinými slovy: poznáváme, co má být a kdo má subjektivní povinnost toto ‚co‘ přivoditi. Představa ‚normotvůrce‘, jak již bylo shora naznačeno, pro toto hledisko není potřebná, předpokládajíc, že předmět našeho poznávání jest přesně ohraničený, t. j. že víme, které normy do něho patří a které nikoliv.*“ (WEYR, F. *Teorie práva*, s. 48).

³⁷ MERKL, A. *Die Lehre von der Rechtskraft, entwickelt aus dem Rechtsbegriff*. Leipzig – Wien, 1923.

³⁸ WEYR, F. *Teorie práva*, s. 49.

platnost práva,³⁹ nebo naopak (jak se domnívám) z té nejnižší normativní úrovně, kdy se můžeme ptát, z čeho plyne platnost smluvně stanovené právní povinnosti.

4.1 Co je posledním a nejvyšším důvodem vzniku povinnosti?

Odpověď normativní teorie, z čeho lze v poslední instanci odvodit platnost práva, spočívá v konceptu tzv. základní normy (*Grundnormy*).⁴⁰ Tato základní norma je vrcholem pomyslné pyramidy právního řádu a posledním důvodem platnosti, ze které se tato platnost vyvozuje.⁴¹ Jedná se o pouhý abstraktní předpoklad, který je ze své povahy „metanormativní“ a nevysvětlitelný. Důvod, proč je tento předpoklad záhadou, kterou nemůžeme pochopit, spočívá z normativního hlediska ve faktu, že na této nejvyšší úrovni nelze vznik normy odvodit z žádné normy vyšší. Z toho důvodu musí dojít k něčemu, co lze nazvat vytvoření *něčeho z ničeho*. K něčemu takovému však není způsobilý nikdo menší než Bůh.⁴² Úvahy nad posledním důvodem platnosti normy tak jsou z normativního hlediska nutně úvahami „metanormativními“.

Máme-li pochopit, co má normativní teorie vlastně na mysli, nezbyvá než přistoupit k metafyzickým úvahám.⁴³ Ty lze ukázat na biblickém vylíčení vzniku světa. Co tedy bylo na počátku, když nebylo nic? Odpověď zní, *na počátku bylo slovo, neboť: „I řekl bůh: Budiž světlo! A bylo světlo.“* Slovo, kterým Bůh tvořil, spočívalo v tom, co „má být“. Forma, kterou Bůh stvořil svět a člověka, tak spočívala v rozkazu, jinými slovy v preskriptivní větě. Na počátku tak ve skutečnosti nebylo pouhé slovo, nýbrž *norma*, která stanovila, co má být. Komu to ale Bůh rozkazoval? Jestliže Bůh někomu stanovil povinnost, musel tak rozkazovat „Někomu“. Komu ale, když nebylo nic a nikdo kromě Boha samotného? Jiná možnost než ta, že Bůh stanovil povinnost sám sobě, není. Jinými slovy, když Bůh tvořil svým slovem, stanovil *povinnost sobě samému*. Způsob normotvorby, při které ten, který stanoví povinnosti, je sám zavázán, však není vyhrazen jen Bohu, ale i Člověku. Jedná se totiž o tzv. *autonomní normotvorbu*,⁴⁴ jejímž prototypem a nejjistší formou je právě situace, kdy ten, kdo normu tvoří, zároveň zavazuje pouze a jedině sám sebe. V takovém případě se jedná o tzv. povinnost mravní, jejíž porušení je otázka svědomí, nikoliv sankce ze strany kohokoliv třetího.

³⁹ P. Holländer se domnívá, že „v právním myšlení není přítomen pouze jeden pojem platnosti, nýbrž vícero, a to v závislosti od úhlu pohledu, z něhož je vymezován.“ (HOLLÄNDER, P. *Filosofie práva*. 2. vydání. Plzeň, 2012, s. 154).

⁴⁰ K tomu srovnej též: KELSEN, H. *Ryzí nauka právní. Metoda a základní pojmy*. Praha: Orbis, 1933, s. 32 an.

⁴¹ Podle Weyra si lze normotvornou činnost všech normotvůrců, náležejících témuž normovému souboru, obrazně představit „jako jehlan (pyramidu), v němž obsažena jest nejen mnohost vytvořených norem, nýbrž i normotvůrců a na jehož vrcholu nachází se onen prvotní normotvůrce (původní, srchovaný), jehož původní (vrcholná) norma nejen dodává normotvornou schopnost všem ostatním normotvorným subjektům, nýbrž i normativní relevanci (= normativní existenci) všem normám, jimi vytvořeným. Tyto subjekty a jejich normy tvořily by pak obsah jehlanu.“ (WEYR, F. *Teorie práva*, s. 50).

⁴² KELSEN, H. Gott und Staat, Logos. *Internationale Zeitschrift für Philosophie der Kultur*. 1922–1923, Bd. 11, s. 261–284; KELSEN, H. The Soul and the Law. *The Review of Religion*. 1937, 1, s. 357–360; POHL, W. Kelsens Parallele: Gott und Staat. *Zeitschrift für öffentliches Recht*. 1924–1925, Vol. 4, s. 571–609; PITAMIC, L. Kritische Bemerkungen zum Gesellschafts-, Staats- und Gottesbegriff bei Kelsen. *Zeitschrift für öffentliches Recht*. 1921–1922, Vol. 3, s. 531–554.

⁴³ K tomu srovnej WEYR, F. *Teorie práva*, s. 54.

⁴⁴ K tomu srovnej zejména SOBEK, T. Právo jako sféra autonomie vůle. In. SOBEK, T. (ed.). *Právní myšlení. Kritika moralismu*. Praha: Ústav státu a práva AV ČR, 2011, s. 421 an.

Metafyzická a svým charakterem záhadná situace, která byla na počátku, se v jistém smyslu stále a stále opakuje. Netýká se však Boha, nýbrž Člověka, respektive Osoby. Kdykoliv totiž dojde k situaci, *kdy je „stvořena“ povinnost, která nemá oporu v žádné normě vyšší*, dochází k situaci, která byla na počátku. Z ničeho je stvořeno „něco“, respektive povinnost. Tato povinnost tu předtím nebyla a najednou tu je. Každý, kdo poruší své vlastní předsevzetí, tedy autonomně stanovenou normu, si může uvědomit, že ji porušil, a jeho svědomí je svědkem toho, že se tak stalo.

Vznik povinnosti, kterou nelze odůvodnit žádnou vyšší normou nebo autoritou, je právě situací vzniku *něčeho z ničeho*. Situací, která je nevysvětlitelná a nepochopitelná. Právě proto je z normativního hlediska považována za „meta-normativní“, neboť je metodami poznávání práva nepoznatelná. Pokud se tyto meze pokoušíme překročit, potom začínáme uvažovat nikoliv z právního, tedy normativního, nýbrž z metafyzického hlediska. Jestliže se právní věda nemá stát teologií, potom není možné, aby tímto způsobem poznávala právní normy. Z těchto důvodů je třeba, aby právní věda přiznala, že vznik právní normy z ničeho nemůže ani poznat, ani vysvětlit. Právě proto přišel také Kelsen s koncepcí základní normy, která je sice předpokladem poznávání právních norem, kterou však nelze poznat, vysvětlit ani pochopit.⁴⁵

4.2 Smlouva jako důvod vzniku heteronomně stanovené povinnosti

Výše uvedené úvahy na nejvyšší možné míře abstrakce nejsou (*a priori*) nezbytné nutné, pokud budeme problém zkoumat z opačné strany. V případě, že uvažujeme o osobě, je možné pokusit se odpovědět otázku, co je důvodem vzniku právní povinnosti z té nejnižší normativní úrovně jako projevu dispoziční autonomie osob.

Základním východiskem je skutečnost, že právní povinnost, na rozdíl od povinnosti mravní (ryze autonomní), spočívá kromě jiného i v tom, že povinnost, která vzniká, *vzniká osobě, která je odlišná od toho, kdo je povinen takovou povinnost splnit*. Jinými slovy každá právní povinnost *musí být „stanovena“*, čímž se myslí, že je dotyčné osobě *stanovena zvnějšku (tj. heteronomně)*.⁴⁶ Otázka, kterou musíme v této souvislosti zodpovědět, zní: Může (soukromá) osoba stanovit jiné (soukromé) osobě povinnost? Obvykle se má totiž za to, že z vnějšku (tj. heteronomně) stanovit povinnost přece nemůže nikdy jeden „soukromník“ druhému „soukromníkoví“, nýbrž vždy a pouze subjekt, který je nadřazen ve vztahu k subjektu podřízenému. Soukromé osoby si přece povinnosti nestanovují, nýbrž dohadují, respektive smlouvají. Smluvní autonomie (svoboda)⁴⁷ je přitom považována za tzv. autonomní tvorbu práva, která se s „heteronomním stanovením smluvní

⁴⁵ K tomu viz Weyr: „Představa, že někdo tvoří (roz. z ničeho) to, co stává se pak předmětem poznávání, jest v oboru poznávání kausálního představou metafyzickou, t. j. problémem imanentní metodou přírodovědeckou (fyzikální v širším slova smyslu) vůbec neřešitelným. Je to představa někoho, kdo tvoří z ničeho, tedy tvůrce světa či přírody, a má své místo jako pojem Bůh v ovzduší náboženském.“ (WEYR, F. *Teorie práva*, s. 80).

⁴⁶ K tomu srovnej: KNAPP, V. O právu kogentním a dispozičním (a také o právu heteronomním a autonomním). *Právník*. 1995, č. 1, s. 1; HOLLÄNDER, P. Dvoji povaha dispoziční právní normy. In: *Veřejná správa a právo. Pocta prof. JUDr. Dušana Hendrychovi*. Praha: C. H. Beck, 1997, s. 207; BERAN, K. Kdy je norma kogentní a kdy dispoziční? *Právní rozhledy*. 2009, roč. 17, č. 19, s. 685–692.

⁴⁷ K tomu srovnej zejména SOBEK, T. Smlouva jako slib. In: SOBEK, T. (ed.). *Právní myšlení. Kritika moralismu*. Praha: Ústav státu a práva AV ČR, 2011, s. 453 an., kde Sobek rozebírá zejména koncepci Charlese Frieda. K tomu viz: FRIED, CH. *Contract as promise. A theory of Contractual Obligation*. Harvard University Press, 1981.

povinnosti“ musí z povahy věci vylučovat, respektive je tím, co nejenom právníci nazývají *contradictio in adiecto*.

Odpověď na otázku, zdali také smluvní závazek znamená „heteronomní stanovení práva“, lze nejlépe ukázat na praktickém příkladu vzniku konkrétní smlouvy. Nejprve je však třeba vyjasnit, *zdali tomu, kdo smluvně vstupuje do právního poměru k jiné osobě, musí nutně vzniknout vůbec nějaká povinnost?* Zdá se totiž, že pokud jde například o darovací smlouvu,⁴⁸ vzniká povinnost pouze dárci, zatímco obdarovaný nemá povinnost žádnou. Tato intuitivní představa však není správná. Darovací smlouva, stejně jako jakákoliv jiná smlouva, je důvodem vzniku závazku. Tam, kde je závazek, tam je i povinnost. V případě darovací smlouvy tato povinnost primárně obnáší povinnost dárce předat dar. Ten, kdo má povinnost, však musí být zároveň vždy také oprávněn tuto povinnost splnit. Tomuto oprávnění proto musí odpovídat povinnost druhé smluvní strany, tj. v tomto případě obdarovaného, poskytnout součinnost a dar převzít.⁴⁹ Jestliže je darovací smlouva platná, pak je povinnost dar převzít vymahatelná úplně stejně jako povinnost dar poskytnout. Z toho plyne závěr, že:

- i. každá smlouva znamená vznik závazku,
- ii. závazek implikuje povinnost,
- iii. každá povinnost v sobě obsahuje i oprávnění k jejímu splnění,
- iv. tomuto oprávnění musí odpovídat povinnost druhého smluvně zavázaného subjektu.

V okamžiku, kdy je smlouva důvodem vzniku závazku,⁵⁰ nemůže nastat situace, že by smluvně zavázané osobě nevznikla žádná povinnost. Z toho také plyne, že izolovaná vůle jedné smluvní strany, tj. např. dárce k tomu, aby darování vzniklo, nestačí. K tomu je nutně třeba i souhlas toho, kdo má být obdarován. Právní povinnost, která je na straně obdarovaného, tak především spočívá v povinnosti dar převzít. Bez toho, že by obdarovaný s uzavřením darovací smlouvy, a tedy i s převzetím daru, souhlasil, žádná darovací smlouva nemůže vzniknout. Lze proto uzavřít, že *každá smlouva musí zakládat právní povinnost každé ze smluvně zavázaných stran*.

Tím jsme se však jen dostali k otázce, jak tato smluvní povinnost vznikla, tj. zda byla skutečně v jistém smyslu stanovena *zvnějšku* (tj. *heteronomně*). K odpovědi na tuto otázku je třeba ukázat, co všechno zahrnuje *konsenzus*,⁵¹ který je nezbytnou podmínkou

⁴⁸ K tomu srovnej: ELISCHER, D. *Darování a jeho podoby v soukromém právu*. Praha: Wolters Kluwer, 2016.

⁴⁹ Mohlo by se zdát, že v určitých, poněkud kuriózních případech povinnost dar převzít nenajdeme. Nabízí se otázka, jak převzít dar bez hmotné podstaty, např. pokud někdo dostane darem píseň, kterou živě zazpívá Karel Gott, anebo ohňostroj pořádaný na jeho počest na Hradčanském náměstí. Domnívám se, že i v těchto případech musíme nalézt povinnost. Protože je však předmět daru nehmotný, bude i povinnost, kterou ponese obdarovaný, odpovídat nehmotné podstatě daru. Jestliže tak předmět daru spočívá v zážitku, pak jej obdarovaný musí „převzít“ buď sám (svým poslechem či pohledem) anebo alespoň zprostředkovaně, tak že se dozví, že dar byl předán. V takovém případě se povinnost obdarovaného projeví především v povinnosti strpět (i kdyby byl nevidomý a nic neviděl a neslyšel), že o sobě dárce bude prohlašovat, že obdarovanému „něco“ daroval. Právě proto, že byla uzavřena darovací smlouva, nebude moci obdarovaný tvrdit, že žádný dar nedostal, protože si Karel Gott jen tak, sám pro sebe zazpíval, nebo že někdo náhodou provedl ohňostroj.

⁵⁰ Pokud smlouva není důvodem vzniku žádného závazku, potom se nejedná o smlouvu z hlediska práva.

⁵¹ Okamžik vzniku smlouvy je v platné úpravě primárně definován v § 1725. Obsah pojmu konsenzus lze dovodit z ustanovení § 1740 občanského zákoníku, tedy jako přijetí nabídky bez výhrady, či s výhradami, které podstatně nemění podmínky nabídky, pokud navrhovatel bez zbytečného odkladu takové přijetí neodmítne. Na újmu konsenzu není ani jinými slovy formulované znění nabídky v odpovědi příjemce.

vzniku každé, tedy např. i darovací smlouvy. Předpokladem konsenzu je přítom dispoziční autonomie. V rámci dispoziční autonomie se přítom rozlišují čtyři kategorie, kterými se rozumí autonomie vůle:⁵²

- a) *jako svoboda rozhodnutí, zda učinit nebo neučinit právní úkon,*
- b) *jako svobodná volba adresáta práva,*
- c) *jako svobodná volba obsahu právního úkonu,*
- d) *jako svobodná volba formy právního úkonu.*

K tomu, aby vznikla platná smlouva, musí konsenzus zahrnovat všechny čtyři výše uvedené kategorie, jinými slovy musí být jasné zda, s kým a v jaké formě bude smlouva uzavřena, jakož i to, jaká konkrétní práva a povinnosti budou jejím obsahem. Konsenzus, který se vztahuje k otázce „zda, s kým a v jaké formě“ se však vztahuje k něčemu jinému než konsenzus, který se týká již vlastního obsahu smlouvy. Konsenzus, který se vztahuje k otázce „zda s kým a v jaké formě“ se totiž vztahuje k *dovolení* vzájemně si stanovit práva a povinnosti, které jsou obsahem smlouvy. Tím mám na mysli, že v okamžiku, kdy se smluvní strany svobodně rozhodnou, že uzavřou smlouvu, nemůže to znamenat nic jiného než to, že si vzájemně „dovolují“, že si na základě smlouvy stanoví právní povinnosti. Jestliže má totiž vzniknout právní povinnost, tj. povinnost jiného subjektu, je nezbytně nutné, aby tomu, kdo tuto povinnost stanovuje, bylo takové stanovení povinnosti *dovolené*.⁵³ To, co se jeví z hlediska povinného subjektu jako „dovolení“, je z hlediska druhé smluvní strany *oprávněním*. Z toho lze učinit dílčí závěr, že být osobou znamená *možnost oprávnit jinou osobu, aby si stanovila povinnost* – tj. například povinnost dárce předat dar obdarovanému.

Stačí však „možnost oprávnit jinou osobu, aby si stanovila povinnost“ k tomu, aby byla uzavřena smlouva, a tedy i stanovena právní povinnost? Pokud by tomu tak bylo, znamenalo by to, že *souhlas obdarovaného* k uzavření darovací smlouvy by spočíval pouze v tom, že

- i. *opravňuje dárce, aby si sám (ryze autonomně) stanovil povinnost předat dar a zároveň*
- ii. *stanoví sám sobě jakožto obdarovanému (ryze autonomně) povinnost dar převzít.*

Ze strany *dárce* by souhlas k uzavření darovací smlouvy spočíval v tom, že

- i. *opravňuje obdarovaného, aby si sám (ryze autonomně) stanovil povinnost dar převzít a zároveň*
- ii. *stanoví sám sobě jakožto dárce (ryze autonomně) povinnost dar předat.*

Výše analyzována situace popisuje stav, ve kterém sice strany opravňují jedna druhou k tomu, aby si „samy pro sebe“ stanovily povinnosti, stále ještě se však nemůže jednat o povinnosti právní. Nejsou to totiž povinnosti v rámci právního poměru, nýbrž stále

⁵² HURDÍK, J. – FIALA, J. Princip autonomie vůle subjektů občanskoprávních vztahů jako výraz ústavního principu svobody a rovnosti v právech. In: *Realizace Listiny základních práv a svobod v právním řádu ČR* (sborník z vědecké konference). Brno: Masarykova univerzita, 1994, s. 91.

⁵³ K tomu viz Bezouška, podle kterého se na svobodu dá nahlížet jako na absenci vnějšího nátlaku, avšak „Sebeurčení jedince skrze jeho vlastní volní projevy není možné bez zaručení toho, že jeho vůle bude dalšími členy společnosti respektována.“ In: BEZOUŠKA, P. *Autonomie vůle. Soukromé právo na cestě. Eseje a jiné texty k jubileu Karla Eliáše*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2010, s. 30).

pouze „ryze“ autonomní povinnosti, které umožňují uzavření smlouvy, samy o sobě však k uzavření smlouvy dostatečné nejsou. Z toho vyvozují, že konsenzus v sobě musí zahrnovat vzájemné zmocnění (tj. dovolení) smluvních stran stanovit jedna druhé konkrétní právní povinnosti chovat se určitým způsobem. Tento závěr podporuje i úvaha, že smluvně stanovená povinnost může nahradit povinnost, která je obsažena v dispozitivní právní normě. Dispozitivní právní norma však má – jak výslovně upozornil P. Holländer – „*dvojí podobu*“. Podle něj je totiž dispozitivní norma zároveň „*normou zmocňovací i normou chování (přičemž norma chování nastupuje subsidiárně v případě neuplatnění normy zmocňovací)*. Adresátem obou je však stejný subjekt, resp. stejné subjekty, proto zmocňovací norma dispozitivní právní normy představuje zmocnění k autonomní úpravě právního vztahu.“⁵⁴ Jestliže může smlouva nahradit dispozitivní právní normu, pak musí na normativně⁵⁵ nižší úrovni obsahovat totéž, co obsahuje dispozitivní právní norma. Proto se domnívám, že *konsenzus zakládající smlouvu má taktéž dvojí charakter*: jednak musí obsahovat zmocnění – dovolení ke stanovení právní povinnosti – a zároveň musí obsahovat konkrétní povinnosti, které tvoří obsah smlouvy. Konkrétně to znamená, že jen proto, že si dárce a obdarovaný vzájemně dovolili stanovit si povinnost, má dárce povinnost vůči obdarovanému předat dar, které musí korespondovat povinnost obdarovaného dar převzít.

Z toho vyvozují, že v okamžiku konsenzu se autonomní „možnost oprávnit jinou osobu, aby si stanovila povinnost“ musí *transformovat v heteronomní oprávnění stanovit povinnost vůči druhé, smluvně zavázané osobě*.⁵⁶ Jestliže si tak subjekt nestanovuje povinnost sám pro sebe, nýbrž na základě smlouvy někomu jinému, nemůže se již jednat o „ryzí“ autonomní povinnost. Je tomu tak proto, že i v případě vzniku povinnosti na základě smlouvy je třeba vždy dovolení druhé strany. Právo ke stanovení povinnosti tedy subjekt nemá ze sebe (tj. autonomně), nýbrž z vnějšku, tj. heteronomně. Jistá míra heteronomie, spočívající v závislosti na souhlasu druhé smluvní strany, je tak přítomna v každé smlouvě. Jakkoli lze smluvní tvorbu povinností považovat za tu nejvíce autonomní formu vzniku právních povinností, přesto v ní *vždy musíme nalézt heteronomní prvek „dovolení“* druhé smluvní strany, neboť bez souhlasu osoby, které je povinnost stanovována, tato povinnost prostě nemůže vzniknout.

Závěr, že každá osoba, která chce vstoupit do právního poměru s jinou osobou, musí být v okamžiku, kdy dojde ke konsenzu, oprávněna stanovit této druhé osobě smluvní, (tj. právní) povinnost, je poznatkem důležitým, neboť neodvozeným z vyšší právní normy. O tom, že osoba může být oprávněna (autorizována) stanovit jiné osobě heteronomně určitou povinnost, nemůže být pochyb. V takovém případě se však pomocí otázky: „Co ji k tomu opravňovalo?“ nezbytně nutně dostaneme až k vrcholu oné pomyslné pyramidy právního řádu, kde se musíme ptát, co vedlo onoho prvního normotvůrce ke stanovení prvotní normy (*Grund-* nebo také *Ur-Normy*). Jedině díky této nejvyšší normě,

⁵⁴ HOLLÄNDER, P. *Dvojí povaha dispozitivní právní normy*, s. 209.

⁵⁵ Normativně nižší úroveň v tomto případě znamená, že dispozitivní právní norma je obecná a vztahuje se na všechny případy stejného druhu, ve kterých si smluvní strany nesjednaly odchylnou právní úpravu, zatímco smlouva – a povinnosti v ní stanovené – se vztahují pouze vůči individuálně určeným, tj. smluvně zavázaným osobám.

⁵⁶ I tato transformace je svým způsobem záhadná. Předtím, než vznikl konsensus, žádné oprávnění vůči individuálně určené osobě stanovit povinnost neexistovalo, a najednou tu je.

kteřá však musí vést až k oné patě pomyslné pyramidy, tedy k osobě, můžeme zdůvodnit ono oprávnění stanovit jiné osobě povinnost. Jestliže však postupujeme opačným způsobem, tj. pokud se tážeme, proč musí každé stanovení povinnosti spočívat v dovolení, potom nutnost takového dovolení můžeme dovést z konsenzu, který zakládá smluvní závazek, a tedy právní povinnost. Je totiž sice pravdou, že osoba musí být na základě právního řádu oprávněna k uzavírání smluv,⁵⁷ zároveň je však také pravdou, že samo o sobě takové oprávnění není dostatečné ke vzniku konkrétní smlouvy, a tedy i stanovení individuální povinnosti.⁵⁸

Předpokladem takového závěru je však právní řád, ve kterém nacházíme *subjekty, které jsou ke smluvní tvorbě práva oprávněny*. Hypoteticky si lze představit i takový právní řád, kde budou práva a povinnosti přiřítány osobám jen vrchnostenským aktem, právní řád, kde nebude vůbec žádný prostor pro dispoziční autonomii. Je třeba připustit, že v právním řádu, kde by neexistovala smluvní tvorba práva, by ani nemohly existovat subjekty, které jsou k takové tvorbě práva oprávněny, subjekty, které jsou tradičně označovány jako osoby. V takovém právním řádu by existoval pouze jeden suverén, který by stanovoval povinnosti všem ostatním povinnostním subjektům.⁵⁹ Tyto povinnostní subjekty by měly však mnohem blíže k právnímu postavení „otroka“ než k právnímu postavení „osoby“. Skutečnost, že teoreticky v právním řádu vůbec nemusejí existovat osoby, ale pouze povinnostní subjekty, neznamená, že není možné analyzovat „osobu“ z hlediska právního řádu, ve kterém jsou osoby nadány dispoziční autonomií. Plyne z toho však to, že závěry, ke kterým jsem dospěl, budou platit pouze pro právní řád, kde se vyskytují osoby, které jsou oprávněny ke smluvní tvorbě práva. Pro právní řád, ve kterém se žádné takové osoby vyskytovat nebudou, tyto závěry ani platit nemohou.⁶⁰ S touto výhradou proto považují výše vyvozený závěr, že *způsobilost udělit dovolení ke stanovení právní povinnosti je nezbytným atributem osoby*, za korektní.

Z výše uvedených úvah plyne, že normativní existence právní povinnosti musí logicky teprve navazovat na její vznik. Oprávnění uzavřít smlouvu a na jejím základě tedy stanovit povinnost je tedy apriorním předpokladem pro možnost vzniku subjektivního práva a povinnosti. Vymezení pojmu osoby, tak jak vyplynulo ze statického hlediska, je tedy třeba doplnit o hledisko dynamické.

⁵⁷ Oprávnění k uzavírání smluv lze v jistém smyslu chápat jako kompetenci (kompetenční normu). Tato kompetence je však odlišná v tom, že na rozdíl od „orgánu“, který je obvykle nejen oprávněn, ale i povinen svoji kompetenci vykonávat, osoba takovou povinnost nemá. Oprávnění k uzavírání smluv tak lze teoreticky chápat jako kompetenci se zcela neomezenou diskrecí, která v sobě obsahuje i oprávnění tuto kompetenci vůbec nevyužít a která je navíc (a hlavně) vždy vázána na souhlas druhé smluvní strany v konkrétním případě.

⁵⁸ Z výše uvedených důvodů se neshodují s Kelsenem, který tvrdí: *„For nobody can create rights for himself, because the right of the one presupposes the obligation of the other, and such legal relation can regularly only be established in the field of private law, according to the legal order by an agreement of two individuals. And even then only if the legal order conferred upon the agreement a law-creating function. Therefore the legal determination ultimately originates in the objective law and not in the legal subjects subordinated to it. Consequently there is no full self-determination even in private law.“* (KELSEN, H. *Pure Theory of Law*. Berkeley: University of California Press, 1967, s. 170–171).

⁵⁹ Takový hypotetický právní řád by však po mém soudu nemohl existovat v rámci lidského společenství. To je totiž založeno na dělbě práce. Dělbá práce však vždy jistou, i když třeba minimální autonomií (a ještě ne pro všechny) vyžaduje.

⁶⁰ Pokud bych vycházel z takového hypotetického právního řádu, nemělo by ani smysl analyzovat osobu jako bod přiřítatelnosti, neboť osoba, tak jak ji známe, by neexistovala.

Být osobou tak znamená nejenom mít práva a povinnosti, tj.

- i. požadovat *po jiném splnění povinnosti* (tj. být oprávněným subjektem), nebo
- ii. *splnit povinnost*⁶¹ (tj. být povinnostním subjektem),

nýbrž to musí nutně znamenat i oprávnění ke stanovení povinnosti jiným. Z toho plyne, že pojmové vymezení osoby je třeba doplnit takto:

Být osobou znamená možnost:

- i. oprávnění stanovit jiné osobě povinnost (jakožto oprávnění ke stanovení povinnosti, a tedy normotvorbě, což je logické *prius*),
- ii. právo požadovat *po jiném splnění existující, tj. platně stanovené povinnosti* (tj. být oprávněným subjektem), nebo
- iii. *povinnost vykonat existující, tj. platně stanovenou povinnost* (tj. být povinným subjektem), (jakožto právo (ii) *požadovat*, nebo (iii) *povinnost splnit* již existující povinnost, což je logické *posterius*).

Z výše podaného vymezení plyne, že k pojmu osoby totiž patří nejen „povinnost“, kterou nacházíme v bodech (ii) a (iii), nýbrž i oprávnění, respektive dovolení právě k tomu, aby taková povinnost vznikla v bodě (i). Z toho také plyne, že při poznávání právního řádu si nelze vystačit (tak jak se domníval Weyr) pouze s pojmem povinnosti. Povinnost, k jejímuž stanovení není nikdo oprávněn, je z povahy věci nemyslitelná a z toho důvodu je také nezbytné zahrnout tzv. slabou modalitu normativnosti – dovolení či oprávnění – k poznávacímu instrumentáriu právní vědy.

5. PŘÍČITATELNOST ROZUMU A VŮLE

Právní normativismus nerozlišuje jen mezi statickým a dynamickým pohledem na právní řád, nýbrž také mezi tzv. *teoretickým a praktickým poznáváním* právního řádu. Předmětem teoretického poznávání je to, co má být, tedy právní norma. Z tohoto teoretického hlediska je také zcela lhostejné, zdali se norma bude, či nebude realizovat ve vnějším, tj. reálném světě. Proto je také teoreticky přípustné, aby norma stanovila povinnost, která se nikdy realizovat ve vnějším světě nemůže.⁶² Příkladem, který uvádí sám Weyr, je, pokud by norma stanovila, že lidé mají být 3 metry vysokí.⁶³ Taková norma je

⁶¹ V této souvislosti je třeba podotknout, že dokonavý tvar slovesa „splnit“ není u řady povinností přesný (např. u povinnosti jednat v právním styku poctivě nebo u prevence atp.).

⁶² Opačný názor zastává P. Holländer, který dochází k závěru, „že nemožnost určitého chování implikuje neexistenci (a to buď formou neplatnosti, anebo nesplnitelnosti) příkazu k takovému chování, jakož i oprávnění takové chování vyžadovat. Nutnost určitého chování implikuje neexistenci jeho zákazu i oprávnění vyžadovat chování opačné. Právní povinnosti i oprávnění k určitému chování implikují jeho (kauzální) možnost.“

Druhá a třetí teze je přitom důsledkem teze první, jež má, jde-li o právní řád splňující alespoň minimální požadavky racionality a spravedlnosti, pravidelně buď své přímé legislativní vyjádření, anebo platí v pozici nepsaného principu. In: HOLLÄNDER, P. *Filosofie práva*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2012, s. 196. K tomu srovnej též: HOLLÄNDER, P. Logical Models of the Relation Between Duty and Necessity, Permissibility and Possibility. *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*. 1992, Vol. 78, Heft 2, s. 242–258; KUBEŠ, V. *Nemožnost plnění a právní norma*. Praha – Brno, 1938, s. 169; opačně pak WEYR, F. *Teorie práva*, s. 34–36.

z teoretického hlediska plně myslitelná, z hlediska praktického normotvůrce nesmyslná, neboť ukládá povinnost, kterou nelze realizovat. Z hlediska teoretického poznávání právního řádu není totiž vůbec podstatné, zdali to, „co má být“, je reálně splnitelné, nýbrž pouze to, zdali je norma platná.⁶⁴

Tím mělo být jen vysvětleno, že otázka, zdali lze normu z praktického hlediska realizovat, nesouvisí, respektive nemusí nutně souviset s teoretickým poznáváním právního řádu. Z hlediska ryzí nauky právní totiž nelze tvrdit, že norma, která by stanovila nespplnitelnou povinnost, by nebyla právní normou. *Praktická realizace normy je tedy hlediskem, které může být z teoretického hlediska opomenuto.* Teoretické východisko, kterému záleží pouze na poznávání normativního světa, které se však o realizaci povinností v reálném světě nemusí nijak zajímat, je metodologicky nepochybně důsledné. Z praktického hlediska, kterému musí jít o realizaci normy ve vnějším světě, je však takováto metodologická důslednost obvykle spíše důkazem pro to, že teoretické poznávání práva je chimérou, intelektuálním cvičením bez užitku, kterému se lze zasmát, vážně se jím však zabývat není třeba.

Z těchto (praktických) důvodů je proto nezbytné položit si též otázku, zdali výše uvedené předpoklady toho, co je třeba přičítat určitému bodu přičitatelnosti, abychom jej mohli považovat za osobu, jsou dostatečné nejen z teoretického, ale i praktického hlediska. Položme si proto otázku, zdali *stačí, když právní řád přičítá osobě způsobilost být*

- i. *povinnostním subjektem* (tj. vykonat existující, tj. platně stanovenou povinnost),
- ii. *subjektem práva* (tj. požadovat po jiném splnění existující, tj. platně stanovené povinnosti),
- iii. *subjektem oprávnění/dovolení stanovit jiné osobě povinnost* (tj. stvořit dosud neexistující povinnosti).

Odpověď je prostá: *Nestačí!* Ani dynamický pohled na právo, který spočívá v oprávnění stanovit novou právní povinnost, nestačí k tomu, aby taková povinnost vznikla. Stejně tak sama existence povinnosti nestačí k tomu, aby tato povinnost byla splněna.

⁶³ K tomu srovnej Weyr: „*Pro praktického normotvůrce jeví se určité normy nemyslitelné, nerozumné nebo nemožné. Byly by to na př. normy, které stanoví, že všichni lidé mají být aspoň 3 metry vysokí (poněvadž je jasno, že tento stav nedá se kausálně, t. j. působením představy normy jako motivu jednání, přivodit), nebo normy (stanovící cokoliu), které obracejí se na povinnostní subjekty, jež si je nemohou uvědomiti, a na které tudíž nemohou vůbec působiti jako motivy (neživé kusy vnějšího světa), nebo konečně normy, jejichž obsah (to, co býti má) kryje se s tím, co podle kausálního zákona bez toho nutně musí nastat (musí býti). Pouze pro praktického normotvůrce jest tedy nezbytným předpokladem jeho činnosti (má-li býti rozumnou, t. j. míti smysl) určité m o ž n é a p ř e d - v í d a n é r o z p ě t í m e z i s v ě t e m, j a k ý j e s t, a s v ě t e m, j a k ý m á b ý t i. Žádné z těchto omezení neplatí pro normotvůrce s hlediska teoretického, jehož pojem jest, jak jsme na jiném místě blíže uvedli, pouhým regulativním principem normativního poznávání a jako takový není vůbec součástí vnějšího světa, a tudíž předmětem jeho poznávání.“ (WEYR, F. *Teorie práva*, s. 55–56).*

⁶⁴ Domnívám se, že argument pro to, že „nesplnitelná“ povinnost nebrání *platnosti* normy, můžeme nalézt i v empirických (tj. reálně existujících) právních řádech. Příkladem mohou být normy obsahující povinnosti, které někdo diskriminují, nebo naopak zvýhodňují na základě jeho rasového či etnického původu. Takové normy zakládají nerovnost. Taková nerovnost je však založena pouze za předpokladu, že žádný člověk nemůže předělat sám sebe například tak, aby změnil svůj rasový původ nebo genetický kód. Pokud by to dokázal, překonal by i podmínku, která nerovnost zakládá. V tomto smyslu lze konstatovat, že normy, které někoho zvýhodňují, nebo znevýhodňují, ve skutečnosti stanovují z hlediska určité skupiny adresátů podmínku, jejichž změna je (objektivně) nemožná, což však vůbec nebrání tomu, aby na takovou (z hlediska určitých adresátů) nespplnitelnou povinnost byly navázány právní následky.

Obdobně to platí i pro možnost vyžadovat splnění práva, pokud není nikdo, kdo by to reálně vyžadoval. Z hlediska praktické funkce právní normy je nezbytné, aby právní řád zajistil, tj. stanovil, že povinnost může být nejprve stanovena a následně též i požadována a splněna. Předpokladem pro to je rozum a vůle. To, co reálně *způsobuje dynamiku* normativního světa, je ve skutečnosti *vůle ve spojení s rozumem*.⁶⁵ K obdobnému závěru dospívá i Josef Slezák, když konstruuje svoji „normotvornou jednotku“.⁶⁶ Slezákova *definice normotvorné jednotky* zní: „*Je to soubor norem stanovící, kterému subjektu přičítáný, a kým, jakým postupem, v jaké formě a kompetenčním rámci učiněný výraz toho, co býti má, je právní normou.*“⁶⁷ I pro Slezáka představuje „právní subjekt“ pouhou myšlenkovou konstrukci. Proto je nutné, abychom mu byli schopni přičíst skutečné myšlenkové projevy, přičemž však výhradně „*logický intelekt člověka je schopen syntetických úsudků, jejichž vyjádřením se děje konkretisace norem*“.⁶⁸ Většinou se tak děje tím, že se myšlenkové obsahy intelektu člověka přičítají jeho vlastnímu normotvornému subjektu, který je v právním řádu označován jako „fyzická osoba“. Čí projevy však máme přičíst někomu, kdo je reálně nemůže mít (právnícká osoba, nesvéprávní aj.)? Podle Slezáka to opět musí stanovit delegační norma. „*Výslovného ustanovení o přičitatelnosti je třeba tam, kde subjekt nebyl promítnut do psychofyzického jedince. Technicky řeší empirické normy věc tak, že konstruují tzv. orgány toho kterého normotvorného subjektu z lidí, jejichž projevy se subjektu přičítají.*“⁶⁹

V souladu se Slezákem se proto domnívám, že z výše uvedených „praktických“ důvodů je nutné každému bodu přičitatelnosti přičítat také rozum a vůli jako nezbytné předpoklady pro to, aby práva a povinnosti mohly být realizovány ve vnějším světě.⁷⁰ Co všechno znamená a v čem se projevuje přičitatelnost rozumu a vůle osobě jako bodu přičitatelnosti je otázkou, která vyžaduje samostatný rozbor.

ZÁVĚR

Cílem tohoto článku je objasnit, v čem spočívá chápání osoby jako bodu přičitatelnosti. Při odpovědi na otázku, co znamená být osobou v právu, se totiž mnohdy vychází z nevyřčeného předpokladu, že *osobou v právu je jednoduše člověk*. Východiskem

⁶⁵ Tím však rozhodně nemá být řečeno, že paradigmatickým je snad zletilý plně svéprávní člověk. Naopak. Tím má být jen řečeno, že rozum a vůle člověka, který rozumem a vůlí reálně disponuje, mohou být přičítány libovolným entitám, ať už se jedná o osoby právnícké, v případě jejich statutárních orgánů, nebo o osoby fyzické v případě jejich zákonných zástupců a opatrovníků.

⁶⁶ SLEZÁK, J. *Normotvorná jednotka*. Praha, 1947, s. 65.

⁶⁷ *Ibidem*, s. 65.

⁶⁸ *Ibidem*.

⁶⁹ *Ibidem*.

⁷⁰ Pokud však jde o jeho konstrukci normotvorné jednotky, domnívám se, že má právě z hlediska toho, co všechno se osobě přičítá, jisté slabiny. Konkrétně jde o to, že Slezák ve skutečnosti nepovažuje normotvornou jednotku za „bod přičitatelnosti“, nýbrž považuje přičitatelnost za jeden z pojmových znaků normotvorné jednotky. Teprve při bližším pohledu a vysvětlení tak u něj vychází najevo, že vymezení přičitatelnosti v jeho pojetí znamená přičitatelnost rozumu a vůle konkrétního člověka, který umožňuje normotvorné jednotce onu kýženou normotvorbu. Z jeho pojetí není zcela patrné, že osoba jako bod přičitatelnosti vyžaduje nejen přičítání práv a povinností, nýbrž také oprávnění a teprve pak rozumu a vůle. V jeho pojetí to vypadá tak, že přičitatelnost se vlastně vztahuje pouze k rozumu a vůli, což je však v rozporu s pojetím hlavních protagonistů normativní teorie, kteří osobu chápali především jako bod přičitatelnosti povinností a práv.

tak není právní řád, nýbrž svět reality, ve kterém existují lidé jako reálné bytosti z masa a kostí. Rozdíl mezi člověkem a osobou však spočívá právě v tom, že člověk „existuje“ ve světě reality (bytí – *sein*), zatímco osoba „platí“ v normativním světě toho, co býtí má (*sollen*). Proto není možné chápat osobu jako člověka. Jestliže totiž poznáváme právní řád, který platí, nemůžeme zároveň poznávat člověka, který fakticky existuje. Chceme-li proto poznávat osobu z hlediska analytické právní filozofie, zejména s ohledem na ryzí nauku právní, potom nám nezbyvá nic jiného než analyzovat, co znamená být osobou z hlediska platných právních norem.

V českém právním řádu se o osobě zmiňuje zejména § 17 o. z., ze kterého plyne, že subjektivní práva nebo povinnosti jsou pojmově spjata s osobou, které musí náležet. Být osobou tak podle platného práva musí znamenat být „jakýmsi bodem“, kterému přičítáme práva a povinnosti. Tento *bod přičítatelnosti* je však jen imaginární, neboť bez toho, že by k němu právní řád vedl povinnosti a práva, by izolovaně vůbec neexistoval. Jestliže však právní řád k nějakému bodu povinnosti a práva vede, pak tento bod existuje (platí) pouze současně spolu s povinnostmi a právy, které jsou k němu vedeny. To, co dělá osobu osobou, tedy bodem přičítatelnosti, je proto přičítatelnost. Z tohoto úhlu pohledu je také přičítatelnost totožná s právní subjektivitou, respektive právní osobností. Jestliže být osobou znamená mít práva a povinnosti, pak to neznamená nic jiného, než přičítatelnost práva požadovat po jiném splnění povinnosti (tj. být oprávněným subjektem), nebo splnit povinnost (tj. být povinnostním subjektem). Tím se také vysvětluje stanovisko normativní právní teorie, podle které je osoba souborem povinností a práv, respektive *personifikovaný soubor právních norem*.

Jestliže chápeme osobu jako personifikovaný soubor právních norem, znamená to, že na ni pohlížíme z tzv. *statického hlediska*, ze kterého sice můžeme v určitém konkrétním časovém okamžiku vidět, že jsou nějaké osobě přičítána práva a povinnosti, nemůžeme však již vidět, co bylo důvodem vzniku těchto práv a povinností. K odpovědi na otázku, kde se tyto povinnosti a práva vlastně berou, je třeba na právní řád pohlížet z tzv. *dynamického hlediska*. V případě osoby to znamená, že ji nechápeme pouze jako bod přičítatelnosti, nýbrž také jako subjekt, který vznik právních povinností (a tedy norem) způsobuje.

Domnívám se, že odpověď na otázku, z čeho plyne *vznik právní povinnosti*, je analogická jak z té nejvyšší, tak z té nejnižší normativní úrovně. Jestliže se totiž nacházíme na vrcholu pomyslné pyramidy právního řádu (u tzv. základní normy – *Grundnormy*), docházíme k závěru, že její vznik nelze odůvodnit žádnou vyšší normou nebo autoritou. Obdobně je tomu i v případě vzniku ryzí autonomní povinnosti, kdy ten, kdo normu tvoří, zároveň zavazuje pouze a jedině sám sebe. V obou těchto případech dochází ke vzniku *něčeho z ničeho*, proto je tato situace považována za „metanormativní“, neboť je metodami poznávání práva nepoznatelná. Ostatně ryzí autonomní povinnost není ani povinností právní. Ten, kdo je zavázán, je zavázán pouze vůči sobě a otázka porušení takto stanovené povinnosti je pouze otázkou svědomí. Právní povinnost, na rozdíl od povinnosti mravní (ryze autonomní), spočívá kromě jiného i v tom, že povinnost, která vzniká, vzniká osobě, která je odlišná od toho, kdo takovou povinnost stanovil. Jinými slovy každá právní povinnost musí být „stanovena“, čímž se myslí, že je dotyčné osobě stanovena zvnějšku (tj. heteronomně). Jestliže si subjekt nestanovuje povinnost sám pro sebe, nýbrž vůči někomu jinému, nemůže se již jednat o „ryzí“ *autonomní*

povinnost. Je tomu tak proto, že i v případě vzniku povinnosti na základě smlouvy je třeba vždy dovolení druhé strany. Z toho plyne, že osobu nelze chápat jen jako personifikaci již existujících povinností a práv, nýbrž je třeba jí z dynamického hlediska také přičítat *oprávnění, respektive dovolení* právě k tomu, aby práva a povinnosti mohly vznikat.

Ryzost ryzí nauky právní se projevuje především v tom, že striktně vymezuje předmět svého poznávání. Tím je právní norma, tedy to, co „má být“. To, co „má teoreticky být“, však podle ryzí nauky právní (a proto je ryzí) nesouvisí s tím, zdali to i reálně být může. Jinými slovy je zcela lhostejné, zdali se to, co má být, může prakticky realizovat v našem reálném světě. Proto je možná teoretická existence (platnost) povinností, které jsou z praktického hlediska nemožné. Slabina tohoto teoretického stanoviska se však ukazuje právě v případě popisu osoby jako bodu přičitatelnosti. Budeme-li totiž vysvětlovat osobu pouze jako subjekt povinnosti, subjekt práva a subjekt oprávnění/dovolení, bude se stále jednat jen o bod přičitatelnosti, který existuje a platí pouze teoreticky. Smyslem osoby v právu je však právě způsobovat dynamiku právního řádu (tj. způsobovat vznik, změnu a zánik subjektivních práv a povinností). Tuto dynamiku však nezpůsobuje pouze to, že k ní má osoba teoreticky „kompetenci“ (že je jí to dovoleno), nýbrž to, že má rozum a vůli, jež jsou k tomu, aby se právní řád stal dynamickým, nezbytné. Z těchto „praktických“ důvodů je nutné každému bodu přičitatelnosti přičítat také rozum a vůli jako nezbytné předpoklady, aby práva a povinnosti mohly být realizovány ve vnějším světě.

Na základě těchto úvah se proto domnívám, že být osobou v právu znamená být bodem přičitatelnosti. Tomuto bodu je pak nutné přičítat:

- i. *rozum a vůli*,
- ii. *oprávnění* stanovit jiné osobě povinnost,
- iii. *právo* požadovat po jiném splnění existující, tj. platně stanové povinnosti (tj. být oprávněným subjektem), nebo
- iv. *povinnost* vykonat existující, tj. platně stanovenou povinnost (tj. být povinnostním subjektem).

DISKUSE

ZÁKAZY NIQÁBU V EGYPTĚ ANEB KDYŽ SVĚTSKÝ SOUD
INTERPRETUJE ISLÁMSKÉ PRÁVO

Lenka Bezoušková*

Abstrakt: Příspěvek se zabývá zákazem zahalení tváře známým jako niqáb. Primárně se soustředí na rozhodnutí egyptského Ústavního soudu z roku 1996, které se týkalo zákazu niqábu ve veřejných školách ministrem pro školství. Ústavní soud musel zkoumat domnělé porušení článku 2 a 41 egyptské ústavy, tj. článku, který stanovuje, že principy šari'cy jsou hlavním zdrojem zákonodárství, a garantuje ochranu osobní svobody tím, že ministr školství vydal právní předpis upravující otázku školních uniforem (nejen) dívek ve státních školách. Cílem příspěvku je ukázat vztah mezi šari'ou a ústavním právem na příkladu zákazu niqábu a argumentace Ústavního soudu, který dospěl k rozhodnutí, že zákaz zahalení tváře ve školách je v souladu s ústavou. Debata o niqábu ve školách a univerzitách v Egyptě stále pokračuje a nedávno byla spuštěna kampaň volající po zákazu niqábu ve státních institucích, což je považováno částí egyptské společnosti za velmi kontroverzní.

Klíčová slova: niqáb, Ústavní soud, Egypt, islámské právo, šari'a

ÚVODEM

Debaty české veřejnosti o nošení nejrůznějších forem zahalení se již pomalu a jistě stávají *evergreenem* a na stránkách *Právníka* tak v poslední době učinil P. Agha.¹ Jedním z přínosů debat je vzrůstající povědomí o formách zahalení a správné užívání terminologie, takže již zpravidla není třeba se obšírně věnovat jeho formám, protože rozdíl mezi *hidžábem* („pouhým“ šátkem), *niqábem* (zahalením i obličejem, kdy jsou zpravidla vidět oči) a burkou (úplným zahalením obličejem „mřížkou“, což je typické jen pro některé oblasti muslimského světa)² je již všeobecně znám. Obeznamenost i s jinými, často místními označeními pro zahalení, např. čádor, je také podstatně vyšší. Většina debat se soustředila na otázku možnosti omezení nošení *hidžábu* a *niqábu* v Evropě. Jakkoli může být považováno nošení *niqábu* v evropském kontextu za „*zcela marginální fenomén*“, jak uvádí i D. Bartoň,³ protože počet nositelek *niqábu* je malý, nelze dle mého názoru usuzovat na význam problému jen ze samotného počtu osob. Lze poukázat na zákazy nošení v řadě evropských zemí a mimo Evropu. *Niqáb* se stal i určitým symbolem, často

* JUDr. Lenka Bezoušková, Ph.D., LL.M. Autorka působí na Ústavu státu a práva AV ČR, v. v. i., a Fakultě právnické Západočeské univerzity v Plzni. E-mail: lenka.bezouskova@law.cas.cz. Článek vznikl za podpory grantového projektu *Lidská práva v mezikulturních perspektivách* 13-30299S GA ČR.

¹ AGHA, Petr. Muslimské šátky v evropském veřejném prostoru. *Právník*. 2015, roč. 154, č. 10, s. 785–800.

² Zájemce o fundované shrnutí podstatných informací na téma zahalení lze odkázat např. na KOUŘILOVÁ, Iveta. Žena a sexualita – fatální téma islámu. In: KOUŘILOVÁ, Iveta – MENDEL, Miloš (eds). *Cesta k pramenům: Fatuy islámských učenců k otázkám všedního dne*. Praha: Orientální ústav Akademie věd České republiky, 2003, s. 55–64.

³ BARTOŇ, Daniel. Možnosti zákazu či omezení nošení muslimských šátků na školách. *Jurisprudence*. 2016, roč. 25, č. 4, s. 4.

je v médiích podsouván veřejnosti obraz muslimky jako zbožné ženy zahalené v *niqábu* nebo v čádu, jako by to bylo jediné, typické zahalení ženy. Obraz, který jako by měl podporovat představu rozdělení společnosti na „my“ a „oni“.

Podíváme-li se na probíhající debaty o zahalení, pak je většinou opomíjena praxe zahalování žen hlásících se k jinému náboženství, ať už tomu bylo v historii nebo je v současnosti. Vzpomeňme např. praxi v Mezopotámii, ale i v Sasánské říši či Římské a Byzantské, kde takové zahalení bylo zpravidla symbolem příslušnosti k určité vrstvě společnosti a ukazovalo na vysoký status jeho nositelky, případně později na její náboženskou příslušnost. Zakrývat si vlasy se stalo běžným jevem na Blízkém východě, dodnes především vdané Židovky volí jednu z forem pokrývky hlavy,⁴ byť před druhou světovou válkou se např. jemenské Židovky zahalovaly, i když byly svobodné. Podle všeho i křesťanky v Římské říši nosily pokrývku hlavy. V muslimském prostředí se zdá, že zahalení bylo zprvu vyhrazeno ženám z vyšších vrstev, aby se mohly lehce pohybovat po městě, a postupně se rozšířilo do všech vrstev společnosti.⁵ Každopádně dnes je přístup v muslimském světě velmi různý – zatímco Saúdská Arábie a Írán, po revoluci v roce 1979, si právně vynucují nošení šátku, jiné země se jeho nošení snažily omezit (Turecko, Tunisko). Příklad Egypta, jak uvidíme, ukazuje, jak může vypadat symbióza mezi islámským právem a právním řádem muslimské země, jež má ústavu a převážně sekulární charakter právního systému. Při výběru země bylo zohledněno, že Egypt je považován za jeden ze vzorů pro arabské země na poli práva. Inspirace v něm byla hledána nejen pro změny např. v oblasti soukromého práva (při přípravách soukromoprávních kodexů) či právníckého vzdělávání. Příspěvek se zaměří na argumentaci Ústavního soudu v jeho rozhodnutí o ústavnosti zákazu nošení *niqábu* ve školách. Ústavní soud nebyl jediným soudem, jehož rozhodnutí se dotkla *niqábů*. Vedle něj jsou k dispozici i rozhodnutí Nejvyššího správního soudu, jež jsou co do argumentace a závěru odlišná.⁶ Cílem příspěvku je nejen ukázat, jak může probíhat jistá „symbióza“ mezi islámským právem a „světským“ právem na příkladu Egypta, ale především ukázat, jak se argumentace Ústavního soudu liší od našeho, čistě sekulárního pojetí. I když je rozhodnutí o *niqábech* z roku 1996, tedy již přes dvacet let staré, lze na něm ukázat, jaký prostor je

⁴ Ať už je pokrývka symbolická – pruh látky připomínající čelenku, nebo zahalující téměř celé vlasy – klobouček, baret, ale i šátek (*tichel*) různým způsobem uvázaný. Ortodoxní (aškenázké) Židovky často nosí paruku (*šeitel*), stěží na první pohled rozeznatelnou od jejich vlastních vlasů. Ultraortodoxní Židovky, *charedim*, patřící do sekty žijící ve městě Beit Šemeš, si zahalují i obličej, dokonce i malá děvčátka, a na první pohled není většího rozdílu mezi jejich závojem a *niqábem*; některé z nich dokonce nosí i rukavičky, což je zvyk zbožných muslimek. Tato komunita ale čítá velmi malé množství žen (přibližně třicet tisíc žen), nejedná se tedy o rozšířenou praxi.

⁵ Blíže k této problematice nejen z pohledu práva např. viz: AHMED, Leila. *Women and Gender in Islam: Historical Roots of a Modern Debate*. New Haven: Yale University Press, 1992; EL GUINDI, Fadwa. *Veil: Modesty, Privacy, and Resistance*. Oxford: Berg, 1999.

⁶ Nejvyšší správní soud (*al-Mahkama al-idáríja al-‘ultíja*) stojí na špici soudní soustavy správních soudů, jež je oddělena od té civilní. Historicky se správní soudnictví v Egyptě začalo budovat po francouzském vzoru. Co se týče samotných rozhodnutí Nejvyššího správního soudu o *niqábech*, přehled viz např. příspěvek od L. Droubi, která ukazuje, jak jsou ale situace posuzované Nejvyšším správním soudem odlišné. Zatímco Ústavní soud rozhodoval o zákazu *niqábu* ve škole, Nejvyšší správní soud řešil *niqáby* na univerzitách – ať už to byl zákaz v knihovnách, učebnách, laboratořích, dívčích kolejích nebo v celém kampusu či jen při zkouškách. Blíže viz DROUBI, Luna. *The Constitutionality of the Niqab Ban in Egypt: A Symbol of Egypt's Struggle for a Legal Identity*. *New York Law School Law Review*. 2011/2012, Vol. 56, s. 702–705.

dáván islámskému právu v právu „světském“ ze strany Ústavního soudu, respektive jak pomocí soudem rozvinuté doktríny posuzování souladu právních předpisů s ústavou (a potažmo principy šarífy) lze dospět k závěru, že zákaz *niqábu* na školách je přípustný. Závěry soudu jsou aktuální i dnes, kdy čl. 2 ústavy o roli šarífy nedoznal změn.

1. ZAHALOVÁNÍ OBLIČEJE ŽEN (NEJEN) V EGYPTĚ

Zahalení tváře v Egyptě nebylo až tak rozšířené, jak je tomu dnes. Na fotografiích z dvacátých či třicátých let 20. století vidíme ženy zahalené rouškou přes obličej; zatímco ženy z vyšších vrstev mají sotva znatelný, průhledný závoj představující spíše módní doplněk k jinak modernějšímu oblečení,⁷ ženy z nižších vrstev mají tmavý, opět často průsvitný závoj přes spodní polovinu obličeje (*jašmak*), mnohdy doplněný o zdobenou kovovou trubičku v oblasti nosu, jež spojovala spodní závoj s tím svrchním, tedy zahalením obvyklým koncem 19. a začátkem 20. století především v Káhiře a Alexandrii.⁸ Ještě před třiceti dvaceti lety nebylo běžné, aby si žena halila obličej a i nošení šátku nebylo až tak rozšířené. Těžko říci, čím si vzrůstající počet zahalených žen vysvětlit, zda k němu přispěl návrat Egypťanů pracujících v zemích Zálivu, kde je tento způsob zahalování běžný, nebo vzrůstající vliv islamistických organizací. Jisté však je, že pro řadu žen představuje *niqáb* způsob, jak vyjádřit svou podporu či příslušnost k islamistickým uskupením, k opozici vůči vládě, jinými slovy jako politické prohlášení. Pro jiné však může být jen projevem (zvýšené) religiozity, takže z jeho nošení nelze *a priori* usuzovat na jedno či druhé. Podle odhadů z roku 2009 zhruba osmdesát procent žen je zahalených (šátkem) a deset procent z nich nosí *niqáb*,⁹ i když je to odhad staršího data, s největší pravděpodobností se toto číslo dramaticky nezměnilo, byť počet žen se jistě opět zvýšil.

2. ROZHODNUTÍ EGYPTSKÉHO ÚSTAVNÍHO SOUDU O NIQÁBECH V KONTEXTU ÚSTAVY A ISLÁMSKÉ JURISPRUDENCE

Zahalování obličeje se egyptský Ústavní soud¹⁰ věnoval již v roce 1996, tedy před více než dvaceti lety, kdy ve svém rozhodnutí ze dne 16. května 1996 (č. 8 ze soudního

⁷ Obdobně jsou vyobrazeny turecké ženy z dvacátých let z Istanbulu, nosící lehounky, často průsvitný závoj (*peče*), kdy několik centimetrů vlasů kolem obličeje mohlo zůstat nezakrytých.

⁸ Pro představu lze doporučit zhlédnutí fotografií od R. F. Lehnerta, českého rodáka, a E. H. Landrocka, původem ze Saska, kteří procestovali Severní Afriku, mimo jiné Káhiru a Alexandrii, řada z jejich fotografií je volně dohledatelná na internetu; dále pak *Dějiny odívání: Severní Afrika* od Jany Jirouškové (JIROUŠKOVÁ, Jana. *Dějiny odívání: Severní Afrika*. Praha: NLN, 2007) ukazující různorodost způsobu zahalení nejen v závislosti na zemi, ale i na tom, zdali žena žije ve městě, na té či oné vesnici, nebo je příslušnicí určitého kmene či etnika.

⁹ Taqír: 80 % min an-nisá' fi misr muhadžabát wa 10 % muntaqibát. In: *Al-Hiwar Net*. 7. 10. 2009. [10. 1. 2016]. Dostupné z: <<http://www.alhiwar.net/ShowNews.php?Tnd=887>>.

¹⁰ Ústavní soud (*al-Mahkama ad-dustúrja al-^culjád*) byl zřízen ještě za vlády Gamála ^cAbd an-Násira roku 1971 a od roku 1979 je nejen konečnou autoritou v soudních přích v Egyptě, ale má i právo vydávat závazný výklad pro soudy nižší instance (obzvláště v případech sporu mezi soudy civilními a správními), rozhodovat kompetenční spory mezi soudy a vykonávat soudní kontrolu ústavnosti – ať už na základě žádosti soudce nižšího soudu, nebo v rámci soudního řízení, jež bylo započato u něj na základě podání účastníků řízení. Blíže k samotnému soudu, a i debatě nad důvodem jeho vzniku, např. LOMBARDI, Clark B. Egypt's The Supreme Court: Managing Constitutional Conflict in an Authoritarian, Aspirationally, Islamic' State. *Journal of Comparative Law*. 2008, Vol. 3, Issue 2, s. 235 an.

roku 17)¹¹ konstatoval souladnost zákazu zahalování obličeje ve školách s čl. 2 ústavy, stejně jako s čl. 46 garantujícím svobodu vyznání a projevu a i čl. 18 garantujícím právo na vzdělání. Podíváme-li se blíže na argumentaci soudu, tak zjistíme, že jeho přístup k islámskému právu a jeho vztahu ke „světskému“, státnímu právu mu umožňuje opustit některé jeho konzervativnější výklady. Ještě než přistoupíme k samotnému rozhodnutí Ústavního soudu o *niqábech*, je třeba se blíže podívat na samotný čl. 2 egyptské ústavy.

2.1 Islámské právo a jeho postavení v egyptském právním řádu

Vztah mezi právem vydaným státem a islámským právem je definován článkem 2 ústavy. Tento článek stanoví, že „*islám je státním náboženstvím a arabština úředním jazykem. Principy islámského práva jsou zdrojem zákonodárství [mabádiá aš-šarí'a al-islámíja al-masdar ar-ra'isij li-t-tašr'ca]*“. Snaha o vymezení postavení šarí'cy ve státním, „světském“ právu přímo v ústavě není egyptskou raritou, ale v celku běžnou praxí v muslimských zemích. Na druhou stranu právnímu vývoji v Egyptě a i rozhodovací praxi Ústavního soudu je tradičně věnována velká pozornost i mimo jeho hranice. Co se výše uvedeného znění týče, setkáváme se s ním v egyptské ústavě z roku 1971 (jakkoli sahá ústavní vývoj Egypta až do roku 1882, kdy byla přijata první ústava, dřívější ústavy vztah islámského práva a práva státního tímto způsobem nedefinovaly, zpravidla „pouze“ zdůrazňovaly roli islámu v zemi). O devět let později byla přijata novelizace ústavy, v rámci níž bylo zpřesněno znění předmětného článku – ze „zdroje“ se stal „*hlavní zdroj*“ zákonodárství; článek v tomto znění pak obsahovaly i všechny pozdější ústavy, tj. ústava z roku 2012¹² a nalezneme jej i ve stávající ústavě z roku 2014. Od této změny si její podporovatelé slibovali, že nebude na šarí'cu nahlíženo jako na jeden ze zdrojů, ale jako na ten hlavní zdroj a na ostatní bude nahlíženo jako na zdroje vedlejší.¹³ Jak *c.A. O. Šerif*, soudce Ústavního

¹¹ Předmětné rozhodnutí je k dispozici na internetu (dostupné z: <<http://www.mohamoon.com/montada/Default.aspx?Action=Display&ID=98813&Type=3>>) a bylo i přeloženo do anglického jazyka. BROWN, Nathan J. – LOMBARDI, Clark B. The Supreme Constitutional Court of Egypt on Islamic Law, Veiling and Civil Rights: An Annotated Translation of Supreme Constitutional Court of Egypt *Case No. 8 of Judicial Year 17* (May 18, 1996). *American University International Law Review*. 2011, Vol. 21, Issue 3, s. 437–460.

¹² Výjimkou je „Mursího“ ústava z roku 2012, která vedle výše uvedeného článku 2 blíže v článku 219 specifikovala, co je třeba pod termínem „principy šarí'cy“ rozumět. Článek 219 byl přijat ve znění: „[p]rincipy islámské šarí'cy zahrnují obecné důkazy [ádilla kullíja], základní pravidla [qawá'id usúlija], pravidla jurisprudence [qawá'id fiqhíja] a hodnověrné zdroje přijímané v sunnitských doktrínách [masádír mu'atabira fi madháhib ahl as-sunna] a komunitou [džamá'ca]“. Zároveň ústava obsahovala článek 4, jenž vyzdvihoval postavení al-Azharu a stanovil, že „otázky islámského práva mají být konzultovány se Sborem seniorních učenců Vznešeného učiliště al-Azhar [haj'a kibár al-ulamá' bi-l-Azhar aš-šarífi]“. Lombardi a Brown si v souvislosti s článkem 2 ústavy kladli otázky, které by jistě napadly i řadu z nás – „Co tato mysteriózní klausule říká? Jak se tam dostala? A jaký dopad bude mít?“ Znění článku 219 bylo podle nich výsledkem jednání na ústavodárném shromáždění, kde se střetly představy politických uskupení s odlišnými představami o roli islámského práva a jeho dopad bude záviset, jak se autoři domnívali, na vícero proměnných. Blíže viz příspěvek od C. B. Lombardiho a N. J. Browna. LOMBARDI, Clark B. – BROWN, Nathan J. Islam in Egypt's New Constitution. *Foreign Policy. University of Washington School of Law Research Paper*. 2012, prosínek, No. 2013–2019, dostupný na SSRN: <https://papers.ssrn.com/sol3/Papers.cfm?abstract_id=2258252>. Vzhledem k tomu, že tato ústava měla jepičí život, tak nebyl, pokud je mi známo, článek 2 a článek 219 Ústavním soudem testován.

¹³ Blíže viz BROWN, Nathan J. – SHERIF, Adel Omar. Inscripting the Islamic Shari'a in Arab Constitutional Law. In: YAZBECK HADDAD, Yvonne – FREYER STOWASSER, Barbara (eds). *Islamic Law and the Challenges of Modernity*. Walnut Creek: AltaMira Press, 2004, s. 64 an.

soudu, celkem trefně předestírá (potenciální) problém „[n]a jedné straně se ústava sama prezentuje jako základní zákon státu a skutečná vůle suverénního lidu; pročež se stává zákonem umožňujícím [vydání – doplněno L. B.] jiných zákonů. Na druhou stranu, odkaz na islámskou šari‘u implikuje (a někdy explicitně uvádí), že existuje vyšší právo nebo právo mající přednost.“¹⁴ Egyptskému Ústavnímu soudu, jak již bylo řečeno, náleží právo (následné) soudní kontroly ústavnosti a vydávané právní předpisy musí být v souladu s čl. 2 ústavy. Jak ale vypadá propojení ústavního, státního práva a práva náboženského? Jakým způsobem je zkoumána ústavnost právních předpisů vydaných státem?

2.2 Posouzení ústavnosti vydávaných právních předpisů ze strany Ústavního soudu

Ústavní soud interpretuje čl. 2 ve dvou krocích, nejprve se ptá, co je základní, hlavní princip šari‘y a jaký konkrétní společenský cíl sleduje,¹⁵ aby následně zkoumal případný rozpor nové právní úpravy s ním, respektive jestli nová právní úprava brání naplnění daného cíle. Toto poskytuje poměrně velký prostor pro Ústavní soud, který se proto nespolehá na právní názory muslimských učenců jednotlivých právních škol, dokonce ani na konsenzus učenců, a konstatuje souladnost vydaného právního předpisu s ústavou i tehdy, když obsahuje pravidlo v rozporu s (většinouvími či dokonce shodnými) postoji představitelů právních škol, jak se tomu stalo i v případě právní úpravy rodinného práva, v rámci níž došlo k citelným posunům ve prospěch práv žen a dětí oproti pozicím právních škol,¹⁶ včetně v Egyptě dominantní hanafijské.

¹⁴ Ve stejném duchu se vyjádřil i K. Bälz, který to ale označil za paradox na první pohled a dále se zamýšlí nad vztahem obou systémů – ústavy (státního práva) a šari‘y – a předkládá tři možné modely jejich koexistence – a) čl. 2 lze interpretovat tak, že na islámské právo je třeba nahlížet jako „nadzákonnou normu“ (*supra-legislative norm*), kterou přirovnává ke Kelsenově *Grundnorm*, b) pluralistické pojetí koexistence obou systémů, kdy šari‘a je do státem vydávaného práva inkorporována a její pravidla nejsou aplikovatelná, dokud nejsou formálně promulgována jako zákony, a c) poslední variantou je pluralistické pojetí vztahu mezi právními systémy s tím, že oba systémy jsou „radikálně autonomní“. Sám pak na příkladu rozhodnutí o *niqábech* demonstruje snahu Ústavního soudu ubránit autonomii sekulárního systému a „získat kontrolu nad autoritativním výkladem islámského práva“. B. Johansen na judikatuře Ústavního soudu argumentuje ve prospěch chápání čl. 2 jako článku „v ústavě“, a nikoli „nad ní“. V podrobnostech viz SHERIF, Adel Omar. *The Relationship between the Constitution and the Sharí‘ah in Egypt*. In: GROTE, Rainer – RÖDER, Tilman J. (eds). *Constitutionalism in Islamic Countries: Between Upheaval and Continuity*. Oxford: Oxford University Press, 2012, s. 125; BÄLZ, Kilian. *The Egyptian Supreme Constitutional Court and the „Battle over the Veil“ in State-run Schools*. In: DUPRET, Baudoin – BEREGGER, Maurits – AL-ZWAINI, Laila (eds). *Legal Pluralism in the Arab World*. Hague: Kluwer, 1999, s. 231–232; JOHANSEN, Baber. *Relationship Between the Constitution, the Sharí‘a and the Fiqh: The Jurisprudence of Egypt’s Supreme Constitutional Court*. *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*. 2004, Vol. 64, s. 885 an.

¹⁵ Ústavní soud ve své podstatě vnímá islámské právo jako (v zásadě jakékoli) právo v souladu s Bohem zjevenými principy, jehož funkcí je naplňovat sociální cíle upřednostňované milosrdným Bohem. V popředí zájmu jsou tak sociální potřeby lidí. Lombardi proto poukazuje na možný vliv S. Qutba a jeho díla *Sociální spravedlnost v islámu*. Blíže viz např. LOMBARDI, Clark. *Islamic Law as a Source of Constitutional Law in Egypt: The Constitutionalism of the Sharia in a Modern Arab State*. *Columbia Journal of Transnational Law*. 1998, Vol. 37, s. 97 an.

¹⁶ V souladu s ústavou a tím pádem i s Ústavním soudem definovanými „principy šari‘y“ byla shledána např. právní úprava ukládající manželovi povinnost platit výživné pro rozvedenou ženu po delší dobu, než je její „čekací“ doba podle islámského práva, kdy se nesmí znovu provdat, to ale za předpokladu, že se s ní rozvedl bezdůvodně (rozhodnutí č. 7 ze soudního roku 8, z 15. května 1993), na zpětném vymáhání výživného na dítě

Obecně lze vypočítat tři pravidla při posuzování ústavnosti právních předpisů, která Ústavní soud postupně formuloval ve svých rozhodnutích. Předně, při interpretaci čl. 2 vychází z toho, že tento článek představuje s ostatními články ústavy organický celek a má být i tímto způsobem vykládán. Za druhé, jak již bylo výše uvedeno, roku 1980 bylo znění článku pozměněno a již se nehovořilo o „zdroji“, ale „hlavním zdroji“ zákonodárství. Soud judikoval, že „jen na nové právní úpravy se vztahuje zákaz, že nesmí být v rozporu s principy islámského práva“, tj. na ty právní předpisy, které nabyly účinnosti po změně ústavy, tj. po 22. květnu 1980.¹⁷ V tomto ohledu se hovoří o zákazu retroaktivního použití článku na dřívější právní úpravy. Tyto úpravy jsou sice vyjmuty z kontroly ústavnosti, zákonodárce by však měl usilovat o zajištění jejich souladu s čl. 2 ústavy, pokud by s ním byly v rozporu. Za třetí je třeba rozlišovat mezi „jasnými“ a „neurčitými“, interpretaci otevřenými pravidly šari‘y,¹⁸ co od jisté míry umožňují flexibilitu. Právě toto rozlišování mezi oběma druhy pravidel bude podstatné pro pochopení argumentace v případě rozhodnutí soudu o zákazu *niqábu*.

2.3 Rozhodnutí o nošení *niqábu*

Ústavní soud obdržel stížnost nespokojeného otce dvou nezletilých dcer, Marjam a Hádžir, jimž bylo zakázáno nosit ve škole *niqáb*, respektive byly pro jeho nošení ze školy vyloučeny. Případ mu byl postoupen alexandrijským správním soudem k rozhodnutí o ústavnosti vyhlášky ministra školství, která zakazovala dívkám nosit do školy *niqáb*.

neshledal nic protiústavního, i když se tak dělo po velmi dlouhé době (rozhodnutí č. 29 ze soudního roku 11 z 15. května 1994), nebo nespatoval protiústavnost ani u jedné z forem rozvodu (tzv. *chul‘*), kdy – podle zákona – soud mohl manžele rozvést i bez souhlasu manžela, jakkoli všechny čtyři sunnitské právní školy vyžadovaly jeho souhlas (rozhodnutí č. 82 ze soudního roku 17 z roku 1997) či potvrdil, že žena má právo požádat o rozvod, pokud si muž bez jejího souhlasu vezme druhou ženu (rozhodnutí č. 35 ze soudního roku 9 z roku 1994). Blíže viz např. ABU-ODEH, Lama. Modernizing Muslim Family Law: The Case of Egypt. *Vanderbilt Journal of Transnational Law*. Vol. 37, s. 1139–1145; LOMBARDI, Clark. Islamic Law as a Source of Constitutional Law in Egypt: The Constitutionalism of the Sharia in a Modern Arab State. *Columbia Journal of Transnational Law*. 1998, Vol. 37, s. 97. s. 102–106; DENKER, Hendrik. Die Wiedereinführung des hul’ und die Stärkung der Frauenrechte: Eine Studie zur Reform des Personalstatusrechts im islamischen Rechtskreis am Beispiel des Ägyptischen Gesetzes Nr. 1 von 2000. In: TALLENBACH, Silvia – HANSTEIN, Thoralf. *Beiträge zum Islamischen Recht IV*. Frankfurt am Main: Peter Lang, 2004, s. 169 an.

¹⁷ Tak tomu bylo ve známém případě, kdy státní univerzita al-Azhar odmítla platit úrok z dlužné částky a domáhala se zrušení rozhodnutí soudu před Ústavním soudem s poukazem na protiústavnost, pro domnělý rozpor článku 226 občanského zákoníku z roku 1948 se zákazem *ribá* (úroku/lichvy) v islámském právu. Ústavní soud žalobu ve svém rozhodnutí č. 20 soudního roku 1 ze 4. května roku 1985 zamítl s tím, že není možné aplikovat zákony retroaktivně (původní žaloba byla podána v roce 1978, tudíž před změnou ústavy) a meritorně o přípustnosti úroků nerozhodl. Blíže viz k otázce přípustnosti úroků, a především rozhodnutí egyptského Ústavního soudu v případě al-Azhar, týkajícího se právě možnosti přezkumu přípustnosti úroků a jejich souladu s ústavním, potažmo islámským právem, viz: BÄLZ, Kilian. Die „Islamisierung“ des Rechts in Ägypten und Libyen: Islamische Rechtsetzung im Nationalstaat. *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*. 1998, Bd. 62, s. 445 an. K celé debatě a k rozhodnutí Ústavního soudu, ale i Apelačního soudu v Isma‘iliji blíže viz LOHLKER, Rüdiger. *Das islamische Recht im Wandel: Ribá, Zins und Wucher in Vergan-genheit und Gegenwart*. Münster: Waxmann Verlag, 1999, s. 325 an. Překlad (převážné části) rozhodnutí viz Supreme Constitutional Court (Egypt) – Shari’a and Riba. Decision in Case No. 20 of Judicial Year No. 1. *Arab Law Quarterly*. 1986, Vol. 1, s. 101–107.

¹⁸ Pro přehled blíže viz např. SHERIF, Abdel Omar. The Relationship between the Constitution and the Shar’ah in Egypt. In: GROTE, Rainer – RÖDER, Tilman J. (eds). *Constitutionalism in Islamic Countries: Between Upheaval and Continuity*. Oxford: Oxford University Press, 2012, s. 128–133.

Stěžovatel se domníval, že dcerám bylo zasaženo do jejich práv a že vyhláška Ministerstva školství č. 113/1994 je protiústavní pro rozpor s čl. 2 ústavy.

Předmětná vyhláška Ministerstva školství určovala podobu školních uniforem – jejich barvu, střih a kompozici v obecné rovině; bližší podmínky pak obsahovala další vyhláška č. 208/1994. Co přesně však bylo předmětem vyhlášky, respektive vyhlášek? Určily podobu uniforem pro chlapce a děvčata od prvního stupně státních i soukromých škol až po třetí. Jakkoli je konkrétní podoba uniformy záležitostí místního školního úřadu, obecné znaky by měly být splněny – chlapci by měli nosit (dlouhé) kalhoty a košili, dívky sukně vhodné délky a halenku. Pokud si dívky od druhého stupně budou samy přát, na základě písemné žádosti jejich (zákonného) zástupce, mohou nosit šátek barvy dle rozhodnutí úřadu. To však jen za předpokladu, že si jím nezahálí tvář, tj. dívky mohou nosit tzv. *hidžáb*, šátek zahalující vlasy a typicky i krk, nikoli *niqáb*, skrývající i tvář. Porušení tohoto pravidla může být sankcionováno zákazem vstupu do školy, případně i vyloučením. Obě vyhlášky tak rámcově určily podobu školních uniforem, které by měly být nošeny takovým způsobem, aby byla střežena cudnost a způsob jejich nošení by měl být v souladu s učením a morálkou společnosti. Uniforma, která je necudná, nespĺňuje pravidla pro školní uniformy a dívka může být zabráněno ve vstupu do školy. Již tyto vyhlášky vyvolaly mezi veřejností velké debaty a byly označeny za neislámské, ministra v tisku dokonce přirovnávali k Atatürkovi. K. Bälz uvádí, že motivem pro přijetí právní úpravy školních uniforem byla snaha vlády zmírnit vliv islamistů na studenty, aby se oblékali „islámsky“, a obnovení autority vlády.¹⁹

Ústavní soud se ve svém rozhodnutí zabýval především otázkou souladu vyhlášky ministerstva s čl. 2 ústavy, jelikož jak zákonodárná moc, tak i výkonná při vydávání právních předpisů je vázána tímto článkem ústavy. Právní předpis, respektive právní pravidla nesmí být v rozporu s „*naprosto jasnými, určitými pravidly šarí'cy co do jejich autentičnosti a významu [al-ahkám aš-šarí'a al-qat'íja fí thubútihá wa dalálatihá]*“. Jsou to ta pravidla šarí'cy, jež nejsou, podle Ústavního soudu, předmětem *idžtihádu*, a to z toho důvodu, že představují „*univerzální principy [šarí'cy] a její pevně dané kořeny, které nemohou být předmětem interpretace nebo nahrazení [jinými pravidly „světského“ zákonodárství – pozn. L. B.]*“, přičemž univerzální principy mají svůj původ v Koránu a byly akceptované (přínejmenším implicitně) všemi právními školami. Jejich různorodá aplikace napříč časem a místem není podstatná.²⁰ Vedle nich existují podle Ústavního soudu ještě ta pravidla, principy šarí'cy, která jsou produktem lidské úvahy (*al-ahkám az-zanníja*), a ta mohou doznat změn v závislosti na změnách ve společnosti.²¹ Ústavní soud pracuje s některými termíny z oblasti islámského práva, které jsou ale pro pochopení jeho argumentace klíčové, proto je třeba si je na tomto místě osvětlit.

¹⁹ BÄLZ, Kilian. The Egyptian Supreme Constitutional Court and the „Battle over the Veil“ in State-run Schools. In: DUPRET, Baudoin – BEREGGER, Maurits – AL-ZWAINI, Laila (eds). *Legal Pluralism in the Arab World*. Hague: Kluwer, 1999, s. 229 an.

²⁰ LOMBARDI, Clark. Islamic Law as a Source of Constitutional Law in Egypt: The Constitutionalism of the Sharia in a Modern Arab State. *Columbia Journal of Transnational Law*. 1998, Vol. 37, s. 97.

²¹ K rozlišování mezi oběma druhy principů/pravidel na příkladu judikatury Ústavního soudu na poli práva personálního statusu blíže viz: JOHANSEN, Baber. Relationship Between the Constitution, the *Sharí'a* and the *Fiqh*: The Jurisprudence of Egypt's Supreme Constitutional Court. *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*. 2004, Vol. 64, s. 890–892.

2.3.1 Vymezení *idžtihádu* podle Ústavního soudu

Pojmu *idžtihád* bývá užíváno v různých významech, měnících se i v závislosti na období vývoje islámské právní vědy.²² Obvykle se jím rozumí snaha kvalifikované osoby, znalé metod *idžtihádu* (tzv. *mudžtahid*),²³ zkoumat a posuzovat prameny práva způsobem správným z hlediska metodologického a koherentním s cílem dobrat se právního řešení, rozhodnutí určité právní otázky.²⁴ *Idžtihád* lze chápat i jako proces rozvíjení pochopení Božího práva za pomoci lidského rozumu za účelem interpretace nebo doplnění (částí) zdrojů práva, která jsou víceznačná nebo pochybná co do autenticity, kdy výsledkem je pravidlo, jehož správnost se „jen“ presumuje.²⁵ Přístup egyptského Ústavního soudu k *idžtihádu* je v tomto ohledu jasný – jeho záměrem je vytvoření pravidla na základě interpretace, kdy jeho limitem jsou zcela jasná pravidla šari'cy, představující základní rámec a pilíře šari'cy – právě jim nesmí právní předpisy vydané státní mocí odporovat.

Idžtihád je pro Ústavní soud metodou, pomocí níž mají být mj. zohledňovány i obecné cíle šari'cy (*al-ma'ásid al- c amma li-š-šari'ca*), čímž soud opět odkazuje na doktrínu islámské právní vědy zabývající se zájmy člověka, představujícími účel či cíle islámského práva, alespoň pro učence hlásící se k této teorii. Podle ní si nelze vždy vystačit jen s tradičními metodami interpretace pramenů práva a při dovozování pravidel je třeba vzít v potaz i obecné, vyšší cíle, účely či záměry šari'cy – *ma'ásid*. Lze říci, že jejím obecným cílem je blaho lidí a koncepce jednotlivých učenců samozřejmě vykazují odlišnosti

²² Pro základní přehled blíže viz: RAAB, Intisar A. *Ijtihád*. In: *The Oxford Encyclopedia of the Islamic World*. Dále pak např. HALLAQ, Wael B. *A History of Islamic Legal Theories: An Introduction to Sunni Usúl al-Fiqh*. Cambridge: Cambridge University Press, 1997.

²³ Pouze osoby s patřičným vzděláním a znalostmi byly oprávněně vykonávat *idžtihád*. Laik nebo osoba méně kvalifikovaná má podle klasické teorie povinnost následovat názor učenců (praxe známá pod pojmem *taqlíd*) a neměla by prameny práva interpretovat sama. *Mudžtahid*é mohou zaujímat různé postavení v právnícké komunitě a být jejími vůdčími osobnostmi, či dokonce být „zakladateli“ jedné právní školy nebo se pohybovat „jen“ v rámci metodologie takové právní školy.

²⁴ V literatuře se v souvislosti s *idžtihádem* objevuje teze o „uzavření brány *idžtihádu*“ v sunnitském právním prostředí, podle níž mělo v 10. stol. dojít na základě konsenzu k závěru, že vše podstatné již právní věda řešila a *idžtihádu* již není třeba a *taqlíd* (slepé následování již formulovaných názorů učenců jedné právní školy) nabyl na významu, až se stal opositem vůči *idžtihádu*. Tato teze byla rozporována mj. Hallaqem a i novější odborné studie ukazují, že *idžtihádu* bylo prakticky užíváno (srov. např. studii J. Babera k hanafitskému nájemnímu právu v jeho knize *Contingency in a Sacred Law: Legal and Ethical Norms in the Muslim Fiqh* či knihu od A. F. Ibrahima *Pragmatism in Islamic Law: A Social and Intellectual History*). Začátkem 19. stol. se začínají objevovat hlasy volající po větším využití *idžtihádu* při řešení aktuálních otázek a debaty pokračují až dodnes (lze odkázat např. na publikace od Fazlura Rahmana, Khálida Abou El Fadla, Táriqa Ramadána nebo Shermana Jacksona).

²⁵ V sunnitské teorii se setkáme s tvrzením části učenců, že u výsledku *idžtihádu* lze, na rozdíl od jasně zjevných, daných pravidel, usuzovat jen na pravděpodobnost v tom slova smyslu, že pravděpodobně odpovídá Boží vůli, s jistotou ale výsledek *idžtihádu* považovat za správný není možné. Vžilo se pravidlo „*kull mudžtahid musíb*“, tj. „každý *mudžtahid* je správný“ ve významu názor každého *mudžtahida* je správný a bude i odměněn za své úsilí – pokud bude jeho *idžtihád* správný, pak obdrží dvě odměny, v opačném případě jen jednu. Co bylo správným řešením, bude jasné až v Soudný den. Výše zmíněné souvisí s debatou o tom, zdali existuje jen jediné správné řešení (odpovídající Boží vůli, na kterou můžeme usuzovat) a ostatní řešení jsou tudíž nesprávná, či nikoli. Blíže viz např. ABOU EL FADL, Khaled. *Islam and the Challenge of Democracy*. *UCLA School of Law Journal*. 2005, Vol. 1, No. 1, s. 11 an. HAYKEL, Bernard. *Reforming Islam by Dissolving the Madháhib*: Shawqání and His Zaidí Detractors in Yemen. In: WEISS, Bernard G. *Studies in Islamic Legal Theory*. Leiden: Brill, 2002, s. 350 an.

nejen terminologické, ale i co do způsobu práce s prameny práva a následného usuzování na účel či cíl, ať už konkrétního pravidla, nebo určitého souboru pravidel uvnitř šari'cy. Na tomto místě není třeba zacházet do podrobností, lze jen odkázat na příslušnou literaturu²⁶ a konstatovat, že zohledňování *maqásid* není nic nového. První koncepce *maqásid* jsou z 12. století, většího ohlasu se *maqásid* dostalo především v 19. a 20. století, kdy učenci, jmenujme např. Muhammada ^cAbduha a jeho žáka Rašída Ridá, Ibn ^cAšúra či Fazlura Rahmana, pomocí nich chtěli řešit tehdejší společenské problémy, na něž tehdejší právní věda podle nich nebyla schopna adekvátně reagovat. Řešením měl být mj. i větší akcent na hodnoty a zájmy chráněné šari'cou. V tomto ohledu egyptský Ústavní soud navazuje na modernistický proud a otevírá si trochu pole pro možnou (re)interpretaci pravidel šari'cy. Jeho přístup k hodnotám se ale zcela neshoduje s většinovým, tradičním vymezením hodnot. Klasická doktrína uvádí pět základních *maqásid*, tzv. *ad-darúrjât al-chamsa*, zajišťujících zachování víry (*dín*), ochranu [životu] člověka (*nafs*), jeho intelektu (*caql*) a majetku (*mál*) či rodu (*nasl*).²⁷ Někteří se přiklání spíše k identifikaci šesti hodnot a k výše uvedeným pěti hodnotám přidávají ještě důstojnost. Ústavní soud oproti tomu ve svém rozhodnutí zmiňuje víru, život, rozum, cudnost (*al-cird*)²⁸ a pozemské statky (majetek).

V případě absence pravidla v textech (Koránu a sunně) je podle Ústavního soudu vhodnější dospět k takovému řešení, kdy budou chráněny skutečné zájmy lidí. Podstatné jsou texty jako takové (a všeobecně přijímané metody jejich interpretace), a nikoli (kontradiktorní) názory dřívějších právníků, byť by byli vůdčími osobnostmi své doby či obecně uznávanými autoritami na poli práva. Ústavní soud pak ve svém rozhodnutí připomíná zprávy o druzích Prorokových, kteří se ze strachu z pochybení zdráhali formulovat právní názor, a zastává postoj, že názor se slabší oporou v textech může být pro danou situaci vhodnější než etablované názory autorit, klasických islámských právníků. Jinými slovy výsledku *idžtihádu* jednoho (nebo vícero) právníka (právníků) nelze automaticky dávat přednost jen z toho důvodu, že je autoritou, či že byl v minulosti přijímán větší částí právníků. Ústavní soud tím zjevně naráží na právní názory představitelů (čtyř sunnitských) právních škol, tak jak jsou prezentovány v kompendiích či manuálech *fiqhu*, kterými se necítí být vázán, což mu umožňuje pokračovat ve své argumentaci a tvrdit, že se změnou podmínek se může stát, že „slabší“ názor bude vhodnějším, jeho ignorování by jen vedlo k rigiditě systému a v neposlední řadě i nerespektování hodnot, na nichž je systém založen.

Ústavní soud vymezuje *idžtihád* poměrně široce a, jak již bylo řečeno, nenechává se svázat dřívějšími závěry muslimských právníků, znalců islámské jurisprudence, což ale

²⁶ Např. AUJA, Jasser. *Maqásid al-Shari'ah: A Beginner's Guide*. London: The International Institut of Islamic Thought, 2008; AUJA, Jasser. *Maqásid al-Shari'ah as Philosophy of Islamic Law: a Systems Approach*. London: The International Institut of Islamic Thought, 2008; ATTIA, Gamal Eldin. *Towards Realization of the Higher Intents of Islamic Law: Maqásid al-Shariah: A Functional Approach*. London: The International Institut of Islamic Thought, 2007.

²⁷ MASUD, Muhammad Khalid. *Shatibi's Philosophy of Islamic Law*. New Delhi: Kitab Bhavan, 2009, s. 152.

²⁸ Se ctí a ochranou cudnosti se setkáme i u dřívějších učenců, zmiňujících příkaz „zamezení zkaženosti“, což umožňuje vládcí trestat jednání, jež představuje špatnost, i kdyby nedošlo k porušení předchozích pěti hodnot, a to dokonce i tehdy, pokud by nebylo možné pro to nalézt oporu v konkrétním pravidle v šari'cy. KAMALI, Mohamad Hashim. *Siyásah shari'iyah or the Policies of the Islamic Government*. In: SAEED, Abdullah (ed.). *Islamic Political Thought and Governance*. Vol. II. Milton Park, Abingdon – New York: Routledge, 2011, s. 39.

na druhou stranu neznamena, že by je (zcela) ignoroval. Dochází tak k tomu, že (hlavní) principy šari'cy jsou definovány a interpretovány soudci „světského“ soudu, a nikoli šari'atského, tedy soudci, kteří jakkoli mohou být zbožnými muslimy, nemusí mít za sebou formální vzdělání v náboženském právu. Stejně jako Ústavní soud se necítí být vázán již dříve formulovanými názory právníků; i *walí al-amr* (nositele moci),²⁹ v tomto případě vlada, je podle něj oprávněna ve sporných případech rozhodnout a zvolit řešení odpovídající potřebám lidí i v kontextu měnících se podmínek, neindikuje-li jiné pravidlo něco jiného nebo nezabraňuje-li mu. V tomto ohledu dochází k posunu, kdy Ústavní soud přiznává zákonodárné moci „*privilegium uvést tato pravidla [„jasné principy“ a „nezměnitelné“ zdroje islámského práva – pozn. L. B.] do praxe“*, jak výstižně uvádí K. Bälz.³⁰

2.3.2 Zahalení jako projev cudnosti ženy a kontroly nad ženou

Ústavní soud pokračoval ve své argumentaci a uvedl, že právní předpisy upravující práva osob musí být samozřejmě v souladu s ústavou, i tyto vyhlášky ministerstva určující podobu školní uniformy (nejen) dívek s ohledem na jejich „*cudnost, následující tradice a morálku společnosti*“. Na vícero místech Ústavní soud pracuje s obecným požadavkem, aby žena byla vhodným způsobem oblečena a aby její chování „*bylo vybrané a nebylo vulgární nebo povýšené*“. Oblečení ženy tak není jen její osobní záležitostí, ale mělo by ji podporovat při plnění povinností na (tomto) světě, kde se má chránit před hanbou a ponižením a žena se má vyhnout tomu, co by ji pošpinilo nebo zneuctilo. I školní uniforma by měla být nošena takovým způsobem, tj. aby vyhovovala náboženským hodnotám (potažmo morálce a tradicím společnosti). Texty, Korán a sunna, ale neobsahují zcela jasné pravidlo o podobě oblečení, které by bylo jisté co do autenticity nebo určité co do významu. Základní rámec je dán Koránem „*necht' spustí závoje [chumur, sg. chimár] své na řadra svá“*,³¹ „*[aby věřící ženy] nedávaly na odív své ozdoby kromě těch, jež jsou viditelné“*,³² „*aby přitahovaly k sobě své závoje [džilbáb]*“³³ a „*necht' nedupou nohama, aby lidé postřehli ozdoby, které skrývají*“³⁴; tyto verše ale nestanovují přesnou podobu oblečení ženy a už muslimští právníci se přeli o význam výše uvedených veršů Koránu, a i dalších hodnověrných a slabých hadíthů³⁵ o zahalování žen. S ohledem na tyto rozepře

²⁹ Opět termín používaný „klasickými“ právníky, volně přeložitelný jako nositel moci, nositel autority, tj. vládce. Setkáváme se s ním u řady právníků rozpracovávajících koncepci politické šari'cy (*sijása šari'a*). Vládce obecně ve svých rukou koncentruje moc výkonnou, významně zasahuje i do moci soudní (často nejen výběrem a jmenováním soudců a jejich odvoláváním). Trojlístek tradičně doplňuje moc zákonodárná, která ale v našem pojetí je muslimskému prostředí cizí. Podle výše zmiňované koncepce, v jejím pojetí Ibn Tajmíj, je vládce vázán „Božím právem“ ve významu „zjeveného práva“, a ne „interpretací práva“ podaných předchozími právníky. Jeho pole působnosti při provádění šari'cy je tak širší.

³⁰ BÄLZ, Kilian. The Egyptian Supreme Constitutional Court and the „Battle over the Veil“ in State-run Schools. In: DUPRET, Baudoin – BEREGGER, Maurits – AL-ZWAINI, Laila (eds). *Legal Pluralism in the Arab World*. Hague: Kluwer, 1999, s. 240.

³¹ Korán, 24. súra (Světlo), verš 31.

³² Korán, 24. súra (Světlo), verš 31.

³³ Korán, 33. súra (Spojenci), verš 59.

³⁴ Korán, 24. súra (Světlo), verš 31.

³⁵ Ústavní soud opět pracuje s termíny z oblasti islámské jurisprudence, v níž se objevuje klasifikace hadíthů, zpráv o činech či výroch Muhammada, shromážděných a vytřbených do šesti významných sbírek. Klasifikace zohledňuje především řetěz tradentů (osob předávajících si samotnou zprávu) co do jeho možného

může *walí al-amr*, v rámci limitů daných šari'ou, vydat právní předpis zohledňující místní tradice a zvyklosti při odívání.

Podle Ústavního soudu dále není jisté, zdali šari'ca ukládá povinnost zahalovat si i tvář, či nikoli. Soud se opět zaobírá pozicemi muslimských právníků, jak jsou známy v islámské jurisprudenci (*fiqhu*). Ti většinou operují s termínem *ʿawra*, pod kterým se obecně rozumí především ty části ženského a mužského těla, jež jsou považovány za „intimní“, (potencionálně) spojené se sexualitou a neměly by být ukazovány.³⁶ Podle tradičního *fiqhu* tak žena měla mít skryté tělo až na dlaně a tvář; chodidla podle hanafijské právní školy mohou vést k pokušení, jak se uvádí i v rozhodnutí. V šari'ce, v Koránu nebo sunně, není pravidlo (*nass qatʿi*), které by nade všechnu pochybnost přikazovalo plné zahalení ženy (ve smyslu zahalení i obličeje). Povinnost plného zahalení v podobě *niqábu* není přijatelnou interpretací, jak k tomu dospívá Ústavní soud. Jeho přístup je tak odlišný od přístupu, který zvolil Nejvyšší správní soud – ten se taktéž nejprve vypořádával s názory muslimských právníků, učenců, následně ve svém rozhodnutí však konstatoval, že „většina učenců se shodne na tom, že obličej ženy není zakázaný, když se vdá, může se odhalit. Přestože žena nemusí zahalit svůj obličej, není zde pravidlo, že by nemohla zahalit svůj obličej. [...] Někteří učenci se domnívají, že je v některých případech třeba, aby si žena zahalila tvář, aby skryla své oči před zraky muže. Právo nebrání ženě, aby si zahalila tvář, také se všeobecně neříká, že neexistuje právo ženy se zahalit.“³⁷ Zatímco Ústavní soud z absence povinnosti nosit *niqáb* dovozuje právo zákonodárce upravit tuto otázku (s ohledem na účely, cíle islámského práva) relativně svobodně, Nejvyšší správní soud jako by naopak z absence zákazu dovozoval právo ženy nosit *niqáb* (či jinou formu zahalení obličeje). Oba soudy pracují s cudností ženy a požadavkem na její oblečení. Nejvyšší správní soud shodně s Ústavním soudem zastává názor, že oblečení ženy by mělo být cudné; dodává však, že by měla být ženě poskytnuta možnost se rozhodnout co do výběru oblečení a „ukázat sílu její víry tím, že bude nosit *niqáb* a nespolehat se na snazší variantu [v podobě – pozn. L. B.] *hidžábu*, bez ohledu na něčí názor“.³⁸

Vedle výše uvedeného závěru Ústavního soudu, že neexistuje pro ženu povinnost halit si obličej, dále ve svém rozhodnutí uvádí, že „odhalení jejího obličeje jí dovoluje se stýkat s lidmi, kteří ji znají a [tudíž] umožňuje způsob, jak dohlížet nad jejím jednáním.“ Na první pohled vstřícný postoj Ústavního soudu je tak motivován i tradičním pohledem na postavení a roli ženy ve společnosti, který koresponduje s linií, které se drží – a to, že šari'ca ženě předepisuje předem danou pozici a povinnosti. Argument o lepší možnosti kontroly ženy z důvodu její možné identifikace samozřejmě není hlavním argumentem

přetržení, v důsledku něhož by vznikla časová proluka, dále hodnověrnost osob předávajících zprávu a v neposlední řadě i obsah zprávy samotné. Pomocí těchto kritérií měly být vyloučeny podvrhy a jasně rozlišeno mezi zprávami hodnověrnými a těmi, o nichž mohou panovat pochybnosti, což může mít vliv pak na (znovu)posouzení názoru založeného na slabém hadíthu. Předmětná klasifikace tak počítá s rozlišováním mezi hadíthy – co do hodnověrnosti – správnými (*sahíh*), dobrými (*hasan*) a slabými (*daʿif*).

³⁶ Co nemá být ukazováno, se řídí vztahem ženy/muže k druhé osobě. Jiná pravidla jsou pro manžela, nejužší mužské rodinné příslušníky, s nimiž žena nemůže uzavřít sňatek, ostatní muže a i ženy – a to i v závislosti na tom, zdali se jedná o osoby hlásící se k islámu, či nikoli.

³⁷ Rozhodnutí egyptského NSS ve věci zákazu nošení *niqábu* na Univerzitě ʿAjn Šams z roku 1989. Citováno dle: DROUBI, Luna. The Constitutionality of the Niqab Ban in Egypt: A Symbol of Egypt's Struggle for a Legal Identity. *New York Law School Law Review*. 2011/2012, Vol. 56, s. 703.

³⁸ *Ibidem*.

ve prospěch závěru o absenci rozporu předmětné vyhlášky ministerstva, přesto ale, dle mého názoru, ukazuje na to, že Ústavní soud pohlíží na společenské vztahy tradičním způsobem, a i když přichází s flexibilnějším přístupem k *idžtihádu*, zohlednit feministický přístup k výkladu Koránu se neodvažuje. Zůstává někde uprostřed mezi feministickou a „náboženskou“ (konzervativní), jak uvádí i L. Abou Odeh, což bylo patrné i v jeho jiných rozhodnutích.³⁹

2.3.3 Zahalení, svoboda vyznání a jeho praktikování

Ústavní soud se nadto musel vypořádat s tvrzením stěžovatele, že v důsledku aplikace ministerské vyhlášky došlo k porušení práva na svobodu vyznání dle čl. 46 ústavy. Zatímco se soud obšírně věnoval potenciaálnímu rozporu mezi vyhláškou ministerstva a čl. 2 ústavy, v případě dalších tvrzených porušení byla jeho argumentace již podstatně stručnější. Ústavní soud neshledal porušení tohoto práva. Uvedl, že svoboda vyznání a praktikování víry jsou garantovány (dle čl. 46 ústavy) a představují komplementární práva, jež není možné oddělit od sebe. Svoboda praktikovat víru však není neomezená, omezení je přípustné z důvodu vyššího zájmu spojeného především s „*veřejným zájmem a etickými hodnotami a ochranou práv jiných a jejich svobod*“. Co se týče garance osobní svobody a možného zásahu do ní prostřednictvím vyhlášky, ani zde neshledává Ústavní soud námitku stěžovatele za opodstatněnou. Neztotožňuje se s názorem stěžovatele, že podstatou práva na osobní svobodu je „*nezávislost každého jednotlivce ve všech otázkách, které jsou úzce spojeny s jeho osudem a které mají velký dopad na jeho životní podmínky*“. Jedinec sice obecně požívá ochrany osobní svobody, své osobní sféry, není však možné ji rozšířit tak, že by zasahovala do oblasti vztahů regulovaných právem, upravující záležitosti určité skupiny osob z důvodu veřejného blaha – zákonodárce tak může vydat právní regulaci školních uniforem. V neposlední řadě se Ústavní soud vypořádal i s domnělým porušením práva na vzdělání dle č. 18 ústavy. Je úlohou státu dohlížet nad celým vzdělávacím procesem a nad vztahem mezi vzděláním a potřebami společnosti. Regulace upravující vzezření školních uniforem ze strany státu tak umožňuje dodržení umírněnosti, cudnosti, žáci budou rozpoznatelní od ostatních, bude chráněno jejich duševní zdraví, nebudou uráženy jejich náboženské hodnoty a nebudou je rozdělovat. Blíže však tyto své argumenty Ústavní soud nerozvíjí a žádným způsobem je nepodkládá nějakými studii či analýzami.

Závěrem s ohledem na výše uvedené Ústavní soud konstatoval, že v žádném ohledu vyhláška ministerstva neodporuje ústavě a soud rozhodl proti stěžovateli.

3. NEKONČÍCÍ DEBATA O NIQÁBECH NA UNIVERZITÁCH

Rozhodnutím Ústavního soudu však problém nošení *niqábu* neskončil, neboť následovaly další zákazy nošení *niqábu* ze strany vzdělávacích i jiných institucí, což vedlo k dalším soudním sporům, v nich (správní) soudy došly často k opačnému závěru než Ústavní soud.

³⁹ ABU-ODEH, Lama. Modernizing Muslim Family Law: The Case of Egypt. *Vanderbilt Journal of Transnational Law*. 2004, Vol. 37, s. 1144.

Americká univerzita v Káhiře vydala roku 2001 vnitřní předpis zakazující nošení *niqábu* v prostorách knihovny, učeben a laboratoří „z bezpečnostních důvodů“. Na základě tohoto předpisu byl znemožněn vstup zahalené ženě, studentce jiné univerzity, jež chtěla využít služeb univerzitní knihovny. Ta se rozhodla bránit se soudní cestou a Nejvyšší správní soud, respektive jeho hlavní sjednocovací senát,⁴⁰ roku 2007 rozhodl, že takové omezení je neústavní, protože dochází k zásahu do práv na osobní a náboženskou svobodu. Jakkoli mohly být důvodem vydání předpisu „bezpečnostní důvody“, takové omezení je neproporcionální a stejného výsledku lze docílit i kontrolou totožnosti nositelky *niqábu* (ze strany ženského personálu).⁴¹

Další z univerzit, která přistoupila k zákazu *niqábu*, byl al-Azhar. V listopadu roku 2009 Nejvyšší rada al-Azharu neshledala na zákazu *niqábu* pro studentky univerzity a i pro vyučující pohybující se na školách al-Azharu⁴² (zkušebních místnostech a kolejích pro ženy) nic závadného. Zákaz byl opět odůvodněn bezpečnostními důvody a podezřením, že *niqáb* usnadňuje podvádění během zkoušek – bylo totiž zjištěno, že během zkuškového období se počet žen nosících *niqáb* (nejednou) zvýšil. Zákaz byl podpořen i Muhammadem Tantáwím, hlavním šejchem al-Azharu.⁴³ Ten nejenže nabádal mladou dívku na základní škole patřící mezi školy al-Azharu sejmout zahalení, ale o *niqábu* se vyjádřil i tak, že nemá co do činění s islámem jakožto náboženstvím a označil jej za pouhou tradici.⁴⁴ Velké pozornosti se v tisku dostalo také zákazu *niqábu*, k němuž přistoupily tři univerzity – Univerzita ʿAjn Šams, Káhirská univerzita a Univerzita Helwan – na nichž bylo znemožněno studentkám, které odmítly sejmout *niqáb*, složit zkoušky; na poslední jmenované univerzitě proti zákazu demonstrovaly stovky studentů. Univerzita ʿAjn Šams navíc zakázala ženám v *niqábu* vstup na ženské koleje, což posoudil v roce 2009 Nejvyšší správní soud jako porušení práva na osobní svobodu, práva na vzdělání a práva na stejný přístup do budov univerzity. O rok později rozhodl tentýž soud i o znemožnění účasti na zkouškách ženám v *niqábu* tak, že jej označil za zásah do jejich ústavně zaručených práv.⁴⁵

O pár let později, v říjnu 2015 zakázal rektor Káhirské univerzity, Gaber Nassar, *niqáb* svým zaměstnankyním, protože znesnadňoval komunikaci během výuky, obzvláště v případech jazykových kurzů, kde měl *niqáb* představovat velkou překážku při učení se správné výslovnosti. Motivem pro jeho přijetí mělo být zlepšení výuky, komunikace

⁴⁰ O případu rozhodoval tento senát, čítající jedenáct soudců včetně předsedy NSS. Jeho úkolem bylo sjednotit judikaturu soudu, kdy v roce 1999 soud rozhodl ve prospěch zákazu nošení *niqábu* uvnitř kampusu univerzity al-Mansúra a devíti rozhodnutími z předchozích let, která naopak garantovala ženám právo nosit *niqáb*.

⁴¹ NSS se musel ale nejprve vypořádat s otázkou, zdali je dána jeho pravomoc rozhodovat spor, když Americká univerzita v Káhiře není státní, ale soukromou univerzitou s americkou akreditací. [10. 1. 2016]. Rozhodnutí je (v arabském jazyce) dostupné na internetu: <<http://kenanaonline.com/users/lawing/posts/279716>>.

⁴² Jednotlivé školy (všech stupňů), fakulty či ústavy al-Azharu mají zvláštní instituce, stejně jako koleje zvlášť pro ženy.

⁴³ Manaʿ an-niqáb li-banát al-Azhar dáchil al-fusúl wa fi-l-madína al-džámiʿija. 9. 10. 2009. *Masreat.com*. [8. 1. 2016]. Dostupné z: <<http://www.masreat.com/المنع-النقاب-بنات-الأزهر-داخل-الفصول>>.

⁴⁴ Mísr: tusáʿid al-džadal hawla qirár hadhara an-niqáb fi-l-madáris. *BBC ʿarabíj*. 13. 10. 2009. [18. 1. 2016]. Dostupné z: <http://www.bbc.com/arabic/middleeast/2009/10/091013_wb_egypt_nikab_tc2.shtml>.

⁴⁵ Rozhodnutí se mi nepodařilo získat, informaci mám ze sekundárních zdrojů. DROUBI, Luna. The Constitutionality of the Niqab Ban in Egypt: A Symbol of Egypt's Struggle for a Legal Identity. *New York Law School Law Review*. 2011/2012, Vol. 56, s. 705; ABDEL-BAKY, Mohamed. Testing the Veil. *Al-Ahram Weekly On-line*. [8. 1. 2016]. Dostupné z: <<http://weekly.ahram.org.eg/archive/2010/983/eg5.htm>>.

se studenty a „obecné blaho“.⁴⁶ Zákaz se omezoval jen na učebny, laboratoře a místa, kde probíhala praktická výuka, jež vyžadovala komunikaci se studenty, tj. neměl být plošný. Měl dopadnout jen na velmi malou část akademických pracovníků, protože, jak uvedl Nassar, tímto způsobem se zahaluje pouhých deset žen ze všech dvaceti čtyř fakult.⁴⁷ Část akademických pracovníků se obrátila na soud a žádala zrušení tohoto zákazu. Správní soud v lednu 2016 tentokrát rozhodl ve prospěch zákazu nošení *niqábu*.⁴⁸

V únoru 2016 následoval další rektorův zákaz *niqábu*, který se týkal nejen zdravotních sester a lékařek, ale obecně všech žen zastávajících akademické i administrativní pozice, na Lékařské fakultě Qasr al-^cAjni a v nemocnicích, kde probíhaly praxe, a to z důvodu „ochrany práv a zájmů pacienta“.⁴⁹

Posledním případem, kdy bylo požadováno výraznější omezení zahalení obličeje, byla kampaň proběhnuvší na jaře minulého roku „Zakažme *niqáb*“, jejímž cílem bylo přijetí zákazu jeho nošení ve všech školách a jiných institucích podřízených ministerstvům. Nemělo se tedy jednat o všeobecný zákaz nošení *niqábu*, jenž by postihl i ženy pohybující se na ulici, ale pouze pracovnice těchto institucí. Iniciátor kampaně, Mohammed Attíja, uváděl jako hlavní důvod pro návrh takovýchto legislativních změn ochranu před pachateli teroristických útoků, které by mohly stát uvrhnout do chaosu.⁵⁰ Jedním ze způsobů, jak jej provést, je totiž vydávat se za zahalenou ženu. Téma *niqábu* tedy stále velmi citelně rezonuje egyptskou společností a lze očekávat, že i soudy, především nižších instancí, budou i nadále rozhodovat spory s univerzitami a jinými institucemi, snažícími se nošení *niqábu* omezit vnitřními předpisy.

ZÁVĚREM

V Egyptě tedy v zásadě není předmětem sporu, zda mohou být přítomny náboženské symboly obecně ve veřejném prostoru či ve školách, jinými slovy, zda připustit *niqáb* jako náboženský symbol, ale otázkou je, zda je možné ho zakázat obecně, nebo jen na určitých místech a ze zvlášť závažných důvodů, když podle čl. 2 ústavy je nutné, aby „světská“ právní úprava odpovídala „principům islámského práva“. Jakkoli se samotné důvody pro zákaz nošení *niqábu* nemusí příliš lišit od těch, které přezkoumávají evropské soudy,⁵¹ zkoumání, zdali došlo k zásahu do náboženské svobody či jiných práv

⁴⁶ EL-DIN, Menna. Cairo University bans teachers from wearing the face veil. *Ahramonline*. 1. 10. 2015. [18. 1. 2016]. Dostupné z: <<http://english.ahram.org.eg/NewsContent/1/64/151861/Egypt/Politics-/Cairo-University-bans-teachers-from-wearing-the-fa.aspx>>.

⁴⁷ Cairo University bans professors from wearing niqab. *Madamasr*. 1. 10. 2015. [18. 1. 2016]. Dostupné z: <<http://www.madamasr.com/en/2015/10/01/news/u/cairo-university-bans-professors-from-wearing-niqab/>>.

⁴⁸ EL-BEHARY, Hend. Parliament to draft law banning niqab in government institutions. *Egypt Independent*. 7. 3. 2016 [18. 1. 2016]. Dostupné z: <<http://www.egyptindependent.com/news/parliament-draft-law-banning-niqab-government-institutions-public-places>>.

⁴⁹ Podle M. Attíji „úsměvy pomáhají pacientovi se cítit lépe“. HASSAN, Khalid. New Campaign against face veil sparks controversy in Egypt. *Al-Monitor*. 21. 3. 2016 [20. 4. 2016]. Dostupné z: <<http://www.al-monitor.com/pulse/originals/2016/03/egypt-campaign-ban-niqab-public-institutions-controversy.html>>.

⁵⁰ Ibidem.

⁵¹ Tak např. ve věci Dahlab proti Švýcarsku rozhodované před ESLP šlo o to, že *hidžáb* učitelky může narušovat proces výuky, protože malé děti jsou více ohrožovány propagací náboženství než třeba dospělí lidé, což v sekularizovaném systému vzdělávání nemá místa – narušení výuky tedy nespočívalo v tom, že by vyučující bylo třeba špatně rozumět, ale v propagaci zahalování, které tehdy ESLP posoudil jako znak nerovnosti mužů a žen.

a svobod garantovaných ústavou, se ubírá nutně jiným směrem než v Evropě, i když výsledek může být stejný – označení zákazu nošení *niqábu* ve školách za souladné s ústavou. Rozhodnutí egyptského Ústavního soudu o *niqábech* nám ukazuje, jak „světský“ soud může přistupovat k tak citlivé otázce, jako je interpretace pravidel šarí'cy, respektive jak může „světský“ soud určit, která pravidla náboženského práva jsou pro zákonodárce závazná a s nimiž se tudíž právní úprava nesmí dostat do konfliktu. Není to žádná náboženská autorita, ať už jednotlivec, nebo náboženská instituce, která by určovala rozsah či obsah principů šarí'cy, ale státní soud sám. I když lze přístup egyptského Ústavního soudu k „principům šarí'cy“ jistě uvítat, protože mu umožňuje vcelku flexibilně reagovat na potřeby společnosti, již méně budeme nadšeni jeho odůvodněním, pokud připomeneme argumenty o ochraně cudnosti ženy a povinnosti ženy se vhodným způsobem oblékat, nebo dokonce tvrzením, že zákaz *niqábu* umožní lepší sledování ženina počínání na veřejnosti – zkrátka když dva dělají totéž, není to totéž. Těžko lze ale očekávat více než toto „umění možného“ od soudu v zemi, kde se konzervativní proudy islámu snaží ovlivňovat život společnosti a ostře se vymezují vůči jakémukoli zásahu do náboženství. Je zřejmé, že debata nad zahalením obličeje ve veřejném prostoru bude pokračovat nejen v Evropě, ale i v Egyptě. I když se evropský muslim nebude cítit vázán argumentací Ústavního soudu nebo stanoviskem al-Azharu, protože pro něj ani jedna z těchto institucí není žádnou ústřední autoritou s právem interpretovat šarí'cu, a i když lze obtížně přenášet argumenty proti nošení *niqábu* k evropským soudům, je podstatné, abychom lépe porozuměli oné symbióze náboženského a „světského“ práva a lépe pochopili možné přístupy k zahalování od autorit působících v převážně muslimské zemi.

Především je ale celá egyptská veřejná debata o zákazu *niqábu* příkladem toho, že podobné problémy, s nimiž se setkáváme v naší převážně sekularizované společnosti, řeší i společnosti muslimské, a pochopení toho, v čem se obě společnosti (včetně jejich soudů a jiných institucí) liší, je prvním krokem k tomu, abychom se vyhnuli na jedné straně „vítání“ jiných hodnot „s otevřenou náručí“ (jak k tomu někdy sklouzává multikulturalismus) a na druhé straně jejich úplnému zatracování.

Ve věci *Eweida a ostatní proti Spojenému království* tentýž soud prohlásil za přípustné, aby zdravotní sestra nesměla nosit křížek na krku, protože to může ohrožovat zdraví pacientů, přičemž tento důvod je vlastně stejný jako pro egyptský zákaz nošení *niqábu* v univerzitní nemocnici. Konečně ve věci *S.A.S proti Francii* stát spoléhal mj. na ochranu veřejné bezpečnosti, aby obhájila zákaz zakrývání tváře na veřejnosti, což je opět stejný důvod, který se pro zákaz *niqábu* objevoval v egyptských případech. Ačkoli v této věci ESLP shledal francouzský zákaz zahalování tváře na veřejnosti jako oprávněný, ale z jiného důvodu (protože narušuje požadavek „žít pospolu“), lze si snad zaspokulovat, že v dnešní době (zejména po pařížských teroristických útocích na podzim 2016) by již soud přikládal zajištění veřejné bezpečnosti vyšší váhu a snad by tento důvod byl shledán jako dostatečný pro odůvodnění zákazu stejně, jak se o to snaží v současnosti v Egyptě.

METAFYZICKÉ PŘÍČINY KRIZE MODERNÍHO STÁTU

Jan Petr Kosinka*

Abstrakt: Pavel Holländer rozpoutal svým textem *Soumrak moderního státu* uveřejněným na stránkách časopisu *Právník*, jakož i statí *Finanční ústava aneb defenzivní konstitucionalismus současné doby*, rozsáhlou debatu, do které kromě hlavního oponentního hlasu ve formě polemiky Jiřího Přibáně s prvně jmenovaným článkem Holländerovým pod názvem *Ranní červánky globálního konstitucionalismu: O radostné právní vědě v postnacionální společnosti* postupně přispělo svými pohledy hned několik dalších autorů. Cílem tohoto článku je zamýšlení nad nejobecnějšími příčinami krize moderního státu, z nichž jednotlivé její průvodní jevy vyplývají. Příčinu krize spatřuji v souladu s výše uvedenými Holländerovými texty v absenci obecně sdíleného důvodu legitimacy moci, absenci zdůvodnění statusu jednotlivce, zásadní modifikaci kategorií vnitřní a vnější suverenity, ztrátě funkčnosti státu a opuštění pořádacích principů právního řádu. Zásadní problém však nevidím v zániku moderního státu v jeho nacionální nebo občanské formě, nýbrž v erozi některých základních univerzálních atributů „vnitřní morálky práva“ (nerozpornost, srozumitelnost, stabilita), jak je definoval Lon L. Fuller, a v absenci jakéhokoliv jednotného referenčního, identifikačního, normativního a legitimizačního rámce za současné absence jednotné normativní morálky, což v důsledku podlamuje právo v jeho vlastním normativním základu. V tomto smyslu je „soumrak“ moderního státu rozpoznáván jako další završující se etapa nominalistické revoluce, která v západní civilizaci probíhá již od přelomu středověku a novověku. Nyní se však již začínají ukazovat její absurdní konce ústící do „postfakticismu“. Dospívám k závěru, že otázku po transcendentálním základu legitimacy práva a morálky nelze ani ve 21. století odhodit do starého železa. Lze pozorovat vzrůstající zájem o význam náboženství pro společnost, a to i v Evropě; na druhé straně však i protichůdné tendence posilování radikálního sekularismu na Západě. Řešení proto lze spatřovat v návratu a cílevědomém prohlubování a společenském upevňování nejobecnějších konstitutivních hodnot západních společností, které se historicky mimořádně osvědčily a jejichž rovnováha je schopná zaručit jak rozvoj státu, tak garanci autentické svobody jednotlivce. Opuštění těchto hodnot a myšlenkových vzorců považuji za vlastní příčinu krize, respektive hrozby v ní obsažené.

Klíčová slova: individualismus, civilizační krize, diktatura relativismu, legitimita, metafyzika

ÚVOD

Rozsáhlou diskusi na stránkách časopisu *Právník* rozpoutal text Pavla Holländera *Soumrak moderního státu*¹ a polemika Jiřího Přibáně s prvně jmenovaným článkem Holländerovým pod názvem *Ranní červánky globálního konstitucionalismu: O radostné právní vědě v postnacionální společnosti*.² Částečného tematického průniku analyzované problematiky P. Holländer využil k doplnění a precizování svého postoje k danému tématu v textu *Finanční ústava aneb defenzivní konstitucionalismus současné doby*.³ Do této debaty postupně přispělo svými pohledy více autorů. Pro připomenutí je možné jmenovat Michala Šejvlu s textem *Stát jako nositel sekularizace*,⁴ Petra Aghu se statí

* Mgr. Jan Petr Kosinka. Autor je externím doktorandem na Právnické fakultě Masarykovy univerzity. E-mail: Petrkosinka@seznam.cz.

¹ HOLLÄNDER, Pavel. *Soumrak moderního státu*. *Právník*. 2013, roč. 152, č. 1, s. 1–28.

² PŘIBÁŇ, Jiří. *Ranní červánky globálního konstitucionalismu: O radostné právní vědě v postnacionální společnosti*. *Právník*. 2013, roč. 152, č. 2, s. 105–123.

³ HOLLÄNDER, Pavel. *Finanční ústava aneb defenzivní konstitucionalismus současné doby*. In: ŠIMÍČEK, Vojtěch. *Finanční ústava*. Praha: Mezinárodní politologický ústav, 2013, s. 39–52.

*Einmal ist keinmal*⁵ a Jana Kyselou, který vstoupil do diskuse z mého pohledu s velmi zajímavým článkem *Stát jako obr na hliněných nohou, opožděné poznámky k seriálu o budoucnosti státu*.⁶ Tématu se dotýkaly i texty Vojtěcha Bellinga *Pojem suverenity a jeho relevance v éře postnacionálního vládnutí*⁷ a Jana Malíře *Krise soudobého práva v historických souvislostech*.⁸

Cílem tohoto článku není popisovat dílčí procesy rozkladu institucí, růstu byrokratizace státu i evropských struktur a jejich demokratický, respektive legitimizační deficit, nýbrž zamyšlení nad nejobecnějšími příčinami, z nichž tyto a další jednotlivé průvodní jevy vyvěrají. Primárně bych chtěl vycházet ze dvou výše zmiňovaných textů P. Holländera a polemiky J. Přibáně s prvně jmenovaným článkem Holländerovým, jakožto do určité míry dvou typově paradigmaticky protikladných příkladů přístupu k dané problematice.⁹

Pro stručnost si dovoluji zmínit obsah abstraktů dvou klíčových článků otištěných v časopise *Právník*. V *Soumraku moderního státu* autor konstatuje, že

„v 19. a ve 20. století byl stát ovládnán principy abstrakce, linearity, symetrie, obecnosti, univerzálnosti, racionality, byrokracie, právního státu, ústavy a ústavnosti, ambice na úplnost (institucionální), vnitřní suverenity (výlučnosti), vnější suverenity (stát je základním subjektem mezinárodního práva), pořádacími principy právního řádu, mezi něž patří bezrozpornost a obsahová konzistentnost, stupňovitá výstavba, relativní ustálenost systému práva a jeho jazyka, relativní stálost práva. Následně dospívá k formulaci hypotézy, že v současnosti jsme svědky zániku moderního státu, nikoliv však zániku státu ve významu obecnějším. Zároveň však autor rozvíjí úvahy o tom, že čelíme absenci obecně sdíleného důvodu legitimacy moci, absenci zdůvodnění statusu jednotlivce, zásadní modifikaci kategorií vnitřní a vnější suverenity, ztrátě funkčnosti státu a opuštění pořádacích principů právního řádu. Ačkoliv rok 1989 a roky následující byly dobou vedenou heslem návratu k (demokratické) modernitě, dělo se tak však již v okamžiku jejího zániku, proto smysl textu lze pochopit jako snahu o otevření tuzemské vědecké debaty o tomto tématu.“

Hozenou rukavicí obratem zvedl J. Přibáň, který se ve své odpovědi zaměřil na:

„sémantiku ústavně demokratického státu a jeho operační schopnosti i limity v rámci globálních systémů pozitivního práva a politiky. V globální společnosti se moc, kdysi spojovaná se státní suverenitou, objevuje v různých organizacích globálně fungujícího právního a politického systému. Vycházejí ze sociologického uznání partikularit a asymetrií této společnosti, dospívá autor k tomu, že pro její politický i právní systém

⁴ ŠEJVL, Michal. Stát jako nositel sekularizace. *Právník*. 2013, roč. 152, č. 10, s. 963–988.

⁵ AGHA, Petr. *Einmal ist keinmal*. *Právník*. 2013, roč. 152, č. 4, s. 329–340.

⁶ KYSELA, Jan. Stát jako obr na hliněných nohou, opožděné poznámky k seriálu o budoucnosti státu. *Právník*. 2014, roč. 153, č. 11, s. 945–969.

⁷ BELLING, Vojtěch. Pojem suverenity a jeho relevance v éře postnacionálního vládnutí. *Právník*. 2014, roč. 153, č. 8, s. 609–642.

⁸ MALÍŘ, Jan. Krize soudobého práva v historických souvislostech. *Právník*. 2015, roč. 154, č. 11, s. 919–946.

⁹ Ostatní zmiňovaní účastníci debaty v zásadě tendují k jedné z těchto dvou pozic a *cum grano salis* je lze zařadit do těchto dvou kategorií na základě jejich vnímání a hodnocení krize, v níž se nacházíme. Rozlišujícím kritériem se zdá být (ne)akceptace postmoderního paradigmatu samotného. Zvláště výrazné přitakání postmodernismu i co do formálního způsobu argumentace lze vnímat z citovaného textu P. Aghy, v němž zcela plynule a bez většího rozlišování klade vedle sebe zdůvodnění právněteoretické s výroky z románu Milana Kundery, a to často bez potřeby jejich pravdivost dále dokazovat.

není typický monismus nebo hierarchická výstavba, ale naopak pluralismus a heterarchické struktury. V závěrečné části proto analyzuje především pojem globálního právního a ústavního pluralismu, a to v teoretickém napětí mezi konvenčním právním pluralismem a tzv. společenským konstitucionalismem globální společnosti, který se odvíjí nezávisle nejen na státu, ale i politických strukturách. Na rozdíl od Teubnerovy teorie postsuverenního společenského konstitucionalismu autor argumentuje, že v globální společnosti nedochází k odumírání nebo soumraku moderního státu, ale naopak se moc státu může účinně projevit a prosadit v rámci struktur globálního práva a politiky.“

Posledním analyzovaným textem je příspěvek P. Holländera pronesený na podzim 2012 na Právnické fakultě MU na konferenci *Finanční ústava* (a později vydaný tiskem, viz citační odkaz výše), který kriticky hodnotí pokusy současné evropské politické reprezentace zmírnit narůstající deficity veřejných financí pomocí stanovování restriktivních norem ústavního práva. Společným prvkem, který tuto stať propojuje s předchozím článkem téhož autora, je závěr, že ústava, respektive zákonodárství, bez loajality politických elit k hodnotám, z nichž ústava vyrůstá, nemůže zajistit dosažení ústavou sledovaných účelů. Na základě prací E.-W. Böckenfördeho, Josepha Schumpetera a několika dalších autorů dochází k závěru ve smyslu známého Böckenfördeho dikta, že svobodný sekularizovaný stát žije z předpokladů, které sám není schopen garantovat, respektive v souladu se Schumpeterem, že nikoliv pouze moderní stát, ale dokonce i samotný kapitalistický řád nejenže spočívá na oporách zbudovaných z mimokapitalistického „materiálu“, ale také „čerpá energii z mimokapitalistických vzorů chování, které zároveň nutně ničí“.¹⁰

Vzhledem k tomu, že zamýšlený rozsah tohoto článku mi nedovoluje systematicky analyzovat předložené texty, omezím se jen na několik klíčových bodů:

Předně považuji za důležité podtrhnout, že pokud Holländer hovoří o „krizi“,¹¹ rozumím tomu ve dvou rovinách.¹² První krize se týká moderního státu jako jedné historické etapy vývoje státu. Tedy krize konkrétního historicky podmíněného typu státu, jehož počátky lze klást do osvícenství, když přitom nepochybně navazoval na předchozí raněnovověkou formu feudálně absolutistických monarchií. V tomto smyslu se shoduje i s několika dalšími autory diskuse a na takovém tvrzení by nebylo mnoho zásadně znepokojivého, nebo dokonce by bylo možné uvažovat ve smyslu Příbáňova textu o „*nových červánkách globálního konstitucionalismu*“, kde se „*může moc státu účinněji prosadit*“.

Druhou rovinu krize však lze spatřovat v průvodních jevech, které ve své podstatě podlamují nejen historicky specifickou formu moderního státu (v tom, v čem je speci-

¹⁰ HOLLÄNDER, Pavel. *Finanční ústava aneb defenzivní konstitucionalismus současné doby*, s. 51.

¹¹ „*Krize dnes nejsou žádné dramatické katastrofy, ale plíživé současné přibližování mnoha oblastí k prahu, jehož překročení znamená dezorganizaci, ztrátu schopnosti rozeznávat vlastní logiku, ztrátu vnitřní strukturální spojitosti. Pokud počet takových dezorganizovaných oblastí překročí kritickou hranici a zároveň nebudou existovat institucionální nárazníky kompenzující napětí a blokující jejich přenos na zbytek systému, může dojít k rozpadu – k tichému a bez fanfár se odehrávajícímu úpadku a fragmentaci.*“ Viz STANISZKIS, J. *O vlády i bezsilnosti*, pozn. 37, s. 121. In: HOLLÄNDER, Pavel. *Soumrak moderního státu*. *Právník*. 2013, roč. 152, č. 1, s. 27.

¹² Zdá se totiž, že několik autorů debaty (M. Šejvl, J. Malíř, částečně i P. Agha) se ve svých příspěvcích snaží poměrně rozsáhlou argumentací dokázat, že moderní stát je jen jednou z historických forem státu, čímž jako by implicitně chtěli říci, že P. Holländer příliš ztotožňuje moderní stát a stát vůbec. Z této pozice potom krizi relativizují.

fická), nýbrž ohrožují fungování státu a práva jako takových do té míry, do jaké podstatné znaky moderního státu tvoří průnik s podstatnými znaky státu a práva obecně. Přestože pro mnohé zaryté relativisty může být taková interpretace podezřelá, protože „zavání“ esencialismem, je i z krátké výše uvedené rekapitulace Holländerova textu zřejmé, že jeho autor rozlišuje mezi pojmem moderního státu a státu obecně, a přestože ve své kritice někdy přechází mezi oběma pojmy bez výrazné diferenciaci, je patrné, že jeho rozbor má širší záběr a předmětově se neomezuje výlučně jen na stát moderní. Naopak, když hovoří o absenci loajality, legitimacy či o dalších krizových jevech dotýkajících se předvídatelnosti, srozumitelnosti a nerozpornosti práva, hovoří již o společnosti, potažmo státu a jeho právu bez přívlastku „moderní“.¹³ Navíc není ani nutné se odkazovat na esencialistické teorie o podstatě fungování státu práva, které jsou pro mnohé těžko přijatelné, nýbrž lze se v argumentaci ve smyslu nebezpečí „soumraku“ odvolat i na neesencialistické autory, jako např. Lona L. Fullera a jeho vnitřní morálku práva,¹⁴ jíž tento autor nárokuje univerzální platnost a jež např. srozumitelnost, nerozpornost a předvídatelnost práva, které asi pod náparem postmodernismu nejvíce trpí, považuje za základní atributy práva vůbec.

Dalším rozdílem mezi oběma autory, kterým se podle mého názoru oba (respektive zastánci obou pohledů) poněkud liší, je postoj k těmto změnám, vyplývající spíše z podtextu jejich článků. Zatímco pro J. Přibáně je fakt odumírání a eroze struktur moderního státu jen přechodnou etapou na cestě ke globálnímu právnímu a ústavnímu pluralismu („a radostné právní vědě“), P. Holländer si všímá hlubších příčin tohoto jevu (v článku v časopise *Právník* spíše implicitním způsobem, v textu o finančních ústavách pak je to manifestováno už zcela explicitně¹⁵), tedy absence obecně sdíleného zdůvodnění legitimacy moci a statusu jednotlivce, zásadní modifikace kategorií vnitřní a vnější suverenity, ztráty funkčnosti státu a opuštění pořádacích principů právního řádu.

Onu hlubší rovinu Holländerových tezí chápu tak, že obavy je třeba mít nikoliv ze samotné globalizace, nýbrž ze způsobu, jakým k ní dochází, tedy nikoliv jako racionálně plánovitý proces přenášení části pravomocí států na globální instituce při zachování výchozích hodnot a principů fungování práva, nýbrž jako chaotický rozklad a eroze, respektive opuštění základních „pořádacích“ hodnot zajišťujících fungování práva ve společnosti. Jedině tak lze pochopit mj. např. poznámku (mimořádně velmi vtípnou) o tom, jak Obvodní soud pro Prahu 1 podrobil přezkumu postup Ústavního soudu ve věci žaloby na náhradu škody způsobené nesprávným rozhodnutím nebo nesprávným úředním postupem.¹⁶ Tato okolnost totiž nemá se samotnou otázkou globalizace nic společného. V tomto smyslu se mi jeví reakce J. Přibáně (ale i dalších účastníků debaty) poněkud zužující, protože se týká jen části (z mého pohledu té méně významné) obsahu textu předkládaného P. Holländerem k veřejné diskusi.

Ano, globalizace je objektivní fakt umožněný technickým pokrokem a vyvolaný mj. ekonomickými potřebami. To však ještě samo o sobě, podle mého názoru, nutně nemusí vést k „absenci vizí určujících směr“ či společenské „skepsi vůči schopnosti politické

¹³ HOLLÄNDER, Pavel. *Soumrak moderního státu*, s. 28.

¹⁴ FULLER, Lon L. *Morálka práva*. Přeložil Jiří Přibáň. Praha: Oikumene, 1998.

¹⁵ HOLLÄNDER, Pavel. *Finanční ústava aneb defenzivní konstitucionalismus současné doby*, s. 50–52.

¹⁶ HOLLÄNDER, Pavel. *Soumrak moderního státu*, s. 16.

třídy rozumně a odpovědně řídit veřejný sektor“,¹⁷ o nichž hovoří P. Holländer. Lze proto předpokládat, že skutečnost, že se tak děje, bude mít zřejmě ještě i jiné příčiny než pouze samotnou globalizaci. Domnívám se, že P. Holländer naprosto přesně v souladu s Böckenfördem, Schumpeterem a mnoha dalšími poukazuje na to, že touto příčinou pravděpodobně je opuštění konstitutivních hodnot, na nichž byla západní civilizace vystavěna. Tento rozměr Holländerovy práce však J. Příbáň (ale i většina dalších účastníků vyjadřujících se k tématu) ponechává poněkud nepovšimnut.¹⁸ Dovolím si proto několik stručných poznámek na toto téma.

1. KRIZE SE TÝKÁ PŘEDEVŠÍM STÁTŮ ZÁPADU

Předně podotýkám, že naprosto souhlasím s tím, že čelíme „erozi práva“, která je dle mého názoru důsledkem prosazení se postmoderního myšlenkového paradigmatu,¹⁹ v praxi potom často i opuštění základních morálních hodnot, na nichž byl dosavadní společenský a potažmo právní řád vybudován. Dokladem tohoto tvrzení může být fakt, že P. Holländerem nastíněná krize moderního státu a její projevy se týká především států Západu a států, respektive režimů, které v nedávné době po západních vzorech „pošilhávaly“ (sekularistické režimy v muslimských státech jako Egypt, Turecko, Tunisko, Líbye, Irák apod.), kdežto státy jako Rusko, Čína, některé islámské státy a mnohé státy Jihovýchodní Asie krízí identity²⁰ a loajality i přes (někdy) vnější tlak evidentně netrpí. A pokud se v některých zemích, zejména islámských, krize projevuje, pak má podobu zejména právě boje mezi slábnoucími sekularisty, kteří jsou snad kromě Egypta téměř všude jinde na ústupu, a islamisty, jak těmi radikálními (Islámský stát, Saúdská Arábie), tak umírněnějšími (Turecko). *Tedy za prvé: Je třeba si otevřeně přiznat, že krize se týká především západního modelu, respektive států Západu (více Evropy než Ameriky).* Mnoho dalších států sice čelí rovněž globalizaci, ale zdá se, že tento proces má především charakter funkcionálních změn, nikoliv systémového rozkladu bez dohledné perspektivy obratu.

¹⁷ Ibidem, s. 51–52.

¹⁸ Významnou výjimku v tomto lze spatřovat ve výše citovaném textu J. Kysely, který se však omezuje převážně pouze na deskripci procesu a upozorňování na jeho rizika, avšak bez analýzy jeho ideových příčin.

¹⁹ Původní kostra textu vznikala na přelomu let 2012/13, proto se tu hovoří hlavně o postmodernismu. Avšak jak by řekl básník Jan Neruda, „čas“ znovu „oponou trhl“ a „svět je opět změněn“, přichází doba post-faktická jako další stadium myšlenkového vývoje, který bych rád v tomto článku alespoň stručně analyzoval a na jehož noetické základy jsem upozorňoval v textu: KOSINKA, Jan Petr. Metafyzické předpoklady lidských práv. In: VEČEŘA, Miloš – HAPLA, Martin (eds). *Weyrový dny právní teorie. Sborník z konference*. Brno: PrF MU, 2016 s. 118–144. Dostupné z: <<https://www.law.muni.cz/sborniky/weyr/weyr2016.pdf>> [cit. 25. 2. 2017], nebo též KOSINKA, Jan Petr. Metafyzické předpoklady lidských práv. In: *Právní prostor* [online]. 22. 2. 2017 [cit. 25. 2. 2017]. Dostupné z: <<http://www.pravniprostor.cz/clanky/ostatni-pravo/metafyzicke-predpoklady-existence-lidskych-prav>>.

²⁰ Oponentem mi bylo namítáno, že většina těchto jmenovaných zemí jsou státy nedemokratické. S tím lze souhlasit, nicméně já nehovořím o demokratičnosti těchto států, nýbrž o vnímání vlastní identity a o loajalitě jejich občanů. Nadto když hovořím o krizi západního modelu, je zřejmé, že státy stojící mimo tento model budou za často nedemokratické, a to v té míře, v jaké se od něho vzdalují. Je však třeba rovněž nezapomínat, že demokratický stát se nerovná stát svobodný, jak v poslední době ukazuje např. Fareed Zakaria, viz ZAKARIA, Fareed. *Budoucnost svobody. Neliberální demokracie v USA i ve světě*. Přeložil Jaroslav Veis. Praha: Akademia, 2012.

Domnívám se proto, že celý problém krize moderního státu má více rovin. První z nich je historicky nepopiratelný fakt globalizace, druhým je potřeba funkcionálních transformací reagujících na tyto změny. Obě tyto skutečnosti jsou v průběhu historie relativně obvyklým opakujícím se procesem, kterým systém přirozeně reaguje na měnící se technologické a ekonomické prostředí, aniž by tím zásadním způsobem došlo ke zpochybnění či kolapsu podstatných principů dané civilizace.²¹ Tak tomu ovšem není s třetím rozměrem problému. Tím je stručně řečeno krize moderního sekulárního systému,²² který v důsledku posmoderního filozofického rozkladu, vedoucího k extrémní subjektivizaci myšlení, individualizaci politiky²³ a relativizaci velké části nosných hodnot, *ztratil schopnost formulace obecných zájmů společnosti, a tedy i vize do budoucna*; nadto prakticky od tzv. sexuální revoluce 60. let zcela ztratil i schopnost vlastní biologické (a z toho postupně vyplývající i kulturní)²⁴ sebereprodukce.²⁵ Ne nevýznamným průvodním jevem tohoto procesu je rovněž skutečnost, že i v rámci prostoru Západu zaznamenávají růst pouze společnosti, které stojí v radikální opozici k individualistickému paradigmatu²⁶ – muslimské komunity v západní Evropě a ve střední Evropě Romové, tedy komunity, kde „rodina je vše, jednotlivec neznamená nic“²⁷ a moderní právní systém je cizorodým prvkem. V lůně samotného postmoderního prvního světa tak vyrůstá předmoderní svět třetí.²⁸

²¹ V tomto smyslu lze snad chápat např. text J. Malíře o paralelách současnosti se středověkem v Itálii, viz MALÍŘ, Jan. Krize soudobého práva v historických souvislostech. *Právnick*. 2015, roč. 154, č. 11, s. 919–946, byť originální intence ohledně vyznění textu je poněkud odlišná, když argumentuje, že jevy, které jsou označovány jako symptomy krize (autor se zaměřuje explicitně na právní pluralitu, stabilitu právního systému, přehlednost práva a poruchy fungování justice), jsou pro naši civilizaci spíše „typické“ (explicitně např. na s. 932 o právním pluralismu). Nechci samozřejmě popírat, že některé z uvedených krizových jevů se v evropské historii již vyskytovaly, ani vzbuzovat dojem, J. Malířem kritizovaný, falešného „zlatého věku“ práva v minulosti. Nelze ovšem rovněž zapomínat, že pokud k těmto krizovým jevům v minulosti docházelo, často se jednalo o zlomová období (např. přechod od středověku k novověku), provázená chronickými společenskými konflikty, zmatky, extrémní politickou fragmentací a nestabilitou; ve zmiňovaném případě Itálie vrcholného středověku ještě navíc na pozadí velmocenského soupeření mezi papežstvím a císařstvím. Je potom otázkou, zda se opravdu jedná o „typické“ zástupce evropské právní kultury. Nadto je třeba brát v úvahu nejen statické srovnávání stavů historicky sledovaných jevů, nýbrž i vývoj trendů, a ty jsou v současnosti spíše sestupné.

²² Nikoliv jen sekulárního politického režimu, nýbrž celého sekulárně orientovaného systému. Domnívám se, že problém zasahuje hlubší struktury než pouze politické. Proto tam, kde je politický sekularismus kompenzován společensky vlivným náboženstvím a z něho vyplývající společenskou morálkou – jako např. (donedávna) v USA, se krize jeví být mírnější.

²³ Tento vývoj popisuje J. Kysela ve výše citovaném článku, zejména na s. 964 an., včetně tam uváděných odkazů. Viz KYSELA, Jan. Stát jako obr na hliněných nohou, opožděné poznámky k seriálu o budoucnosti státu. *Právnick*. 2014, roč. 153, č. 11, s. 964 an.

²⁴ Ve středoevropském diskursu se tradičně používá termín civilizace, na Západě spíše kultura. V tomto textu jsou zpravidla tyto termíny používány zaměnitelně, kromě citací z Berdajeva, viz pozn. č. 20.

²⁵ Podle oficiálních statistik ze států tzv. Prvního světa jen v Irsku, Izraeli a na jihu USA dosahuje míra porodnosti od 60. let dlouhodobě hranice alespoň prostého zachování reprodukce. Není od věci poznamenat, že to jsou právě země, které nejsou typickými sekulárními státy: Donedávna silně katolické Irsko, fundamentálně evangelikální *Bible belt* USA a ne zcela nábožensky neutrální Izrael, v němž navíc komunitu s daleko nejvyšší mírou porodnosti tvoří Arabové, tedy muslimové.

²⁶ Je pro ně typické (pře)akcentování rodinné kolektivistických důrazů, které sice po staletí bránily rozvoji svobodné společnosti a ekonomiky, nyní však nabírají na síle díky demografickým faktorům.

²⁷ JAKOUBEK, Marek. *Romové – konec(ne)jednoho mýtu*. Praha: Socioklub, 2004, s. 128.

²⁸ Viz k tomu např.: LAQUER, Walter. *Poslední dny Evropy*. Přeložila Petruška Šustrová. Praha: Lidové noviny, 2006.

Většinu Holländerem předkládaných příkladů, které měly dokumentovat soumrak moderního státu, spojuje jeden společný jmenovatel, totiž *krize společné identity*,²⁹ *převládnutí partikularismu*³⁰ *nad obecným zájmem*.³¹ Důsledkem tohoto stavu pak je mimo jiné i krize politiky a z toho plynoucí snaha řešit politické problémy jejich judicializováním.³² Jak ale správně upozorňuje J. Kysela,³³ tam, kde se společenské problémy judicializují, tam se zmenšuje prostor pro svobodnou politiku a dochází k tendencím k sebezprosasování marginálních skupin na úkor většiny nebo celku. Střet oponentních názorů v rámci svobodné politické diskuse je jedna věc, avšak zcela něco jiného je vzta-
hovat se ke kontroverzním tématům z pozice práva versus protiprávnosti.³⁴

2. IDEOVÉ PŘÍČINY

Nemám zde širší prostor na podrobnou analýzu tohoto stavu, nicméně je nepochybné, že nejhlubší myšlenkové příčiny sahají značně daleko do středověku. Již nominalismus Williama Ockhama tím, že upřel reálnou existenci obecným pojmům,³⁵ připravil cestu pro nástup subjektivismu a potažmo i individualismu, v oblasti vědy potom i empirismu, tak jak byl pěstován zejména v anglosaském světě. Následoval z něho plynoucí proces subjektivizace víry a nakročení k privatizaci náboženství a konstitutivních hodnot společnosti v protestantismu. První etapu tohoto vývoje uzavřelo osvícenské popření transcendentálií jako takových. Logicky pak následovalo zbožštění hodnot imanentního světa: hmoty nebo národa v socialismu (jeho radikální formou byl i komunismus), respektive v nacismu. Vyvrcholení tohoto procesu (tzv. velkých emancipačních snah člověka³⁶) ve formě vystřízlivění z modelu modernismu³⁷ můžeme být svědky v současné postmoderní diktatuře relativismu,³⁸ ústící v nyní nastupující dobu postfaktickou.³⁹

Jako bezprostřední konkrétní příčinu současného stavu lze pro stručnost pro oblast filozofie a morální filozofie označit Gramsciho neomarxismus a další proudy (Nietzsche, Sartre, Foucault) jako nejvýznamnější z těch, které systematicky podvracejí hodnoty,

²⁹ Pojednává o tom i J. Kysela, viz KYSELA, Jan. *Stát jako obr na hliněných nohou, opožděné poznámky k seriálu o budoucnosti státu*, s. 966.

³⁰ Ibidem.

³¹ Ibidem, s. 962.

³² Ibidem, s. 962–964.

³³ Ibidem, s. 965.

³⁴ Ibidem, s. 964.

³⁵ K tomu viz KOSINKA, Jan Petr. *Metafyzické předpoklady lidských práv*, s. 131 an.

³⁶ HOLLÄNDER, Pavel. *Soumrak moderního státu*, s. 10.

³⁷ Které si vyzádaly krvavé oběti 20. století (např. nacionalismus – první světovou válku, národní socialismus – druhou světovou válku, bolševismus – studenou válku).

³⁸ Tento pojem užíval např. RÄTZINGER, Josef, respektive papež Benedikt XVI., viz např. promluva na Světových dnech mládeže v Sydney 17. 7. 2008. Řím: Česká redakce Rádía Vatikán. 17. 7. 2008 [cit. 25. 6. 2016]. Dostupné z: <<http://www.radiovaticana.cz/clanek.php4?id=9840>>.

³⁹ Pojem „postfaktická doba“ byl vyhodnocen v Německu jako slovo roku 2016, viz Německým slovem roku je přídavné jméno postfaktický, vystřídalo uprchlíky. *iDNES.cz* [online]. 9. 12. 2016 [cit. 25. 2. 2017]. Dostupné z: <http://zpravy.idnes.cz/postfaktisch-nemecko-slovo-roku-postfakticky-fqk-/zahranicni.aspx?c=A161209_115305_zahranicni_lve>.

Na „alternativní fakta“ se zcela vážně odvolává v reálné politice např. Trumpova administrativa, dokonce už jsou samostatným heslem v anglické verzi Wikipedie.

základním předpokladem právní jistoty a předvídatelnosti práva obecně.⁴⁵ Postmoderní heteronomní pluralismus však právě tyto fundamentální hodnoty práva zásadním způsobem zpochybňuje, přičemž jde dokonce ještě dále a v zásadě rezignuje i na formulaci jakýchkoliv normativních představ o základních konstitutivních dobrech (dobru), které rovněž považují za *conditio sine qua non* udržení politiky⁴⁶ jako formulace obecných cílů společnosti.

Postmoderna si předsevzala zrušit (dekonstruovat) rozdíly mezi protiklady, relativizovat zaběhlé pojmy a spojovat nespojitelné. *Nedomnívám se však, že setření rozdílů mezi právem a bezprávím je vývoj, který bychom měli nadšeně vítat.* Přes všechna krásná a pozitivní prohlášení bychom se totiž jednoho dne mohli probudit a zjistit, že král je nahý a my jsme zpět v barbarské společnosti.

Dovolím si ještě vrátit se k výše uvedenému citátu filozofa P. Kaliny. Ano, samota opravdu nemá se svobodou mnoho co do činění, avšak nikoliv až tolik se svobodou v jejím liberalistickém pokřivení – tedy jako právu dělat si co chci, omezeném maximálně pouze povinností neškodit (přímo) druhým – ta je naopak v samotě maximalizovaná, protože není nutné brát na nikoho dalšího ohled. Se svobodou v jejím původním významu, tedy jako svobodou od zla, od toho, co člověka spoutává a odvádí od dobra, respektive svobodou pro směřování k dobru, však samota v rozporu bezpochyby je, protože vylučuje dobro člověka natolik, nakolik je toto dobro vázáno na druhé. Tedy do té míry, do jaké je člověk tvorem společenským. Zde lze nahlížet prvotní příčinu analyzovaného krizového vývoje, která spočívá v *překaccentování subjektu na úkor jeho vazby na objektivní řád jsoucná a jeho pravdivé poznávání.*

Historicky lze tento vývoj dokumentovat již zmiňovaným Ockhamovým popřením poznatelnosti univerzálií, dále nahrazením korespondenční teorie pravdy konceptem pravdy konsenzuální,⁴⁷ což lze v oblasti teorie státu pozorovat již u autorů jako Machiavelli či Hobbes. Tím ovšem byl člověk postupně zbavován osvobozujícího vlivu transcendence, která limituje a relativizuje i sebenaléhavější politické požadavky a nároky vládců, které mohou na svobodu jednotlivce doléhat, a člověk byl vydán všanc totalizující imanenci (vladař může schválit jako zákon prakticky cokoliv, co je schopen politicko-mocensky prosadit a ideologicko-propagandisticky obhájit⁴⁸). Je tedy zřejmé, že základy k zásadnímu odtržení práva od transcendence ve skutečnosti byly položeny již mnohem dříve než s nástupem modernity, která v tomto smyslu je skutečně „vehiklem“ sekularizace,⁴⁹

⁴⁵ Lon L. Fuller definuje sedm principů vnitřní morálky práva, kterou postuluje univerzálně, nikoliv tedy jen pro oblast moderního státu. Mezi tyto principy patří mj. i nerozpornost, stabilita a srozumitelnost práva, viz FULLER, Lon, L. *Morálka práva*. Přeložil Jiří Příbáň. Praha: Oikumene, 1998.

⁴⁶ I možnosti racionálně formulovat právní normy, v tom smyslu, v jakém jsou právní normy petrifikovanými teleologiemi, jak na to upozorňoval Karel Engliš, viz ENGLIŠ, Karel. *Teleologie jako forma vědeckého poznání*. Praha: F. Topič, 1930, a též OSOLSOBĚ, Petr. Filozofická estetika a teleologie. *Universitas*. 2005, roč. 2005, č. 3, s. 4.

⁴⁷ Odtud vede přímá a logická linka až k postfakticismu.

⁴⁸ Jediným limitem pak zůstává veřejná morálka, která do určité míry nutí vládce brát ohled na mínění poddaných. Tento kulturně-hodnotový kapitál se zdá být nyní téměř vyčerpán, což ještě více otevírá pole působnosti pro neomezenou manipulaci.

⁴⁹ V rovině kultury se jedná o sekularizaci, na úrovni filozofie lze tento proces klást do souvislosti s nominalistickou revolucí, která v západní civilizaci probíhá od přelomu středověku a novověku. V tomto smyslu je „soumrak“ moderního státu možno rozpoznat jako další završující se etapu tohoto vývoje. Nyní se však již začínají ukazovat jeho absurdní konce ústící do „postfakticismu“.

jak píše Holländerem citovaný Carl Schmitt.⁵⁰ K tomuto zlomu zřejmě došlo již v průběhu 16. století,⁵¹ přičemž buržoazní revoluce 18. století pouze nahradily absolutní vládu monarchy absolutní vládou parlamentu a formálně dokončily proces eliminace Boha, který započal již mnohem dříve.⁵² Nelze se proto divit, že i na parlament, respektive reprezentativní shromáždění držitelů moci, bylo v éře pozitivizmu nahlíženo jako na ničím neomezeného vládce se všemi důsledky z toho plynoucími pro první polovinu 20. století.

3. ZTRÁTA ZÁKLADNÍ KOLEKTIVNÍ IDENTITY

Dalším bodem, který by si podle mého názoru zasloužil pozornost, je *fakt, že dosa-
vadní uspořádání moderního státu předpokládalo fungování práva v rámci nějaké rela-
tivně homogenní jednotky, respektive skupiny osob, jejichž identifikace s příslušnou sku-
pinou byla natolik zásadní, aby všechny ostatní typy loajality byla schopna odsunout do
pozadí*. Proto tam, kde občané fakticky předřazovali identifikaci se státem a tomu odpoví-
dající loajalitu (v rámci jeho kompetencí) loajalitu k jiným entitám, nemohl ani v době
moderní stát zcela efektivně fungovat (typickým příkladem je jih Itálie se silně rozvinu-
tými vzájemnými sociálními vazbami členů rodin, obdobně např. uzavřené komunity
Romů nebo muslimů v současných státech Evropy).

*Nezbytnou podmínkou takové loajality je, že byla schopna upozadit i individuální
zájmy členů společnosti (které by s ní byly v rozporu). Vrcholným výrazem tohoto postoje
se stala všeobecná branná povinnost a tedy povinnost obětovat i vlastní život v případě
války.*⁵³ V tom moderní národní či občanský stát nahradil dřívější uspořádání, které bylo

⁵⁰ HOLLÄNDER, Pavel. *Soumrak moderního státu*, s. 9.

⁵¹ Jak píše Ivona Holá (HOLÁ, Ivona. *Reformační kořeny nacionalismu a státního absolutismu – 3. Díl. Závěr. Revue Distance* [online]. 2003, roč. 17, č. 1 [cit. 25. 6. 2016]. Dostupné z: <<http://www.distance.cz/rocnik-2003/1-cislo-3/luteranske-koreny-nemeckeho-nacionalismu-a-statniho-absolutismu---dil-3-zaver>>, ideje nacionalismu a státního absolutismu mohly najít ohlas teprve tehdy, když se zhroutilo jednotné uspořádání křesťanské civilizace. Vzájemnou souvislost reformačního hnutí a Francouzské revoluce dokládá citátem z díla *Die verspätete Nation* německého myslitele Helmut Plessnera: podle něhož jsou ideje roku 1789 „programovým vyjádřením vůle, kterou stvořil moderní svět v boji proti duchu a síle středověkého univerzalizmu [...] Lutherovy postoje podnítily emancipaci světské moci od Božího zákona a mravních norem, ospravedlnily rezignaci na kritiku společenských a politických poměrů a svou nejednoznačností umožnily v luteránském prostředí řadu protikladných interpretací. Závislost luteránské církve na německých panovnících [obdobně i v dalších státech – pozn. J. P. K.] způsobila, že se věřící vzdálili církevnímu životu a své náboženské potřeby a naděje začali vkládat v pozměněné podobě do světské sféry. Proces sekularizace proto obsahoval (pseudo)náboženský nádech“.

⁵² Dovolil bych si předložit hypotézu, že ke zlomu nebo kvalitativnímu skoku nedošlo ani tak revolucemi 18. století, nýbrž mnohem významnější změnou se jeví ve skutečnosti být *Act of Supremacy* Jindřicha VIII. z roku 1534, po dočasném zrušení za Marie Tudorovny znovu obnovený Alžbětou I. v roce 1559, respektive další protestantské revoluce 16. století, které položily základy neomezené panovnické moci na daném území a zároveň i základy byrokratických státních aparátů (zeměpáni v německých státech, zejména v Prusku, Sasku a Skandinávii), kteří byli o něco později napodobováni i panovníky katolickými. K těmto tendencím však docházelo dokonce ještě dříve (Filip IV. Sličný ve Francii a zejména Ludvík IV. Bavor ve 14. století), tehdy však ještě nebyly dlouhodobě úspěšné.

⁵³ Masivním zneužitím tohoto oprávnění státu v obou světových válkách, z nichž zejména ta první mohla být vnímána jako zcela zbytečná, došlo i k diskreditaci modernity a podlomení její legitimacy. Jako ozvěnu této diskreditace lze chápat např. výrok Šejvlův, když cituje Schmitta: „*požadovat vážně po lidech, aby zabíjeli jiné lidi a byli připraveni zemřít jen proto, aby vzkvátal průmysl a obchod těch, kteří přežijí, či aby narůstala konzumní síla vnuků, je kruté a šílené*“. ŠEJVL, Michal. *Stát jako nositel sekularizace*, s. 988 shora. Nicméně určitý typ ultimativní loajality svých příslušníků je zřejmě nezbytný pro funkční stát v jakékoliv době.

referenčním rámcem uplatňování práva (patriarchální rodina, příslušný stav, cech, dominium daného feudála, církev). A je plně v souladu s Böckenfördeho a Schmittovou ústřední tezí, že zdroj hodnotového kapitálu v této oblasti čerpal moderní stát z před-sekulárních kultur. Vždyť sám pojem oběti, jako výraz maximální loajality a sebeidentifikace, má sakrální původ. Zároveň na tomto postoji, respektive jeho mizení ve společnosti lze dokumentovat vyčerpávání se zdrojů, na nichž moderní stát stojí.⁵⁴ *V tomto smyslu je přepjatý individualismus skutečně politicky smrtící.*

Jestliže se tedy globální struktury snaží zaujmout pozici národních států, aniž se však mohou vykákat touto exkluzivní loajalitou a sebeidentifikační adresátů svých aktů, pak jsou otázky po legitimitě takovýchto institucí zcela namístě.

Nakrátko bych si dovolil ještě se vrátit k tvrzením Carla Schmitta, citovaným P. Holländerem, že moderní sekulární stát je ve skutečnosti „vehiklem“ sekularizace.⁵⁵ Rád bych zde připomenul několik myšlenek N. A. Berďajeva, který ve svém díle *Smysl dějin*⁵⁶ analyzoval evropské kulturní dějiny následovně: Evropská kultura spočívá na židovsko-řeckém kulturním dědictví, přičemž právě unikátní historickou syntézou těchto zdrojů vzniká křesťanství a potažmo evropská kultura (která v sobě ještě integruje římské právo). A právě střídavé převažování jednoho z těchto dvou základních pramenů evropské kultury autor považuje za hlavní mechanismus kulturní změny a střídání epoch od starověku po novověk. Za vrchol západoevropské kultury autor považuje křesťanskou renesanci na přelomu středověku a novověku v Itálii. Za hlavní nedostatek středověké kultury, která podle autora vytvořila předpoklady pro kulturní vzepětí v následujícím období, bylo to, že se nepodařilo odhalit svobodnou tvořivou sílu člověka. Středověká askeze upevnila lidské síly a dala člověku potenciál získat vládu nad sebou samým a přírodou, ale „*těmto silám nebylo dáno zakusit, co obnáší svobodná tvorba kultury*“. Proto v následujících epochách dochází (prý nutně) k propuštění těchto sil na svobodu v protikřesťanském duchu. Takto dochází k realizaci kultury, která se však tímto vyčerpává, dekoncentruje a postupně odumírá. Tento proces kulturní dekadence Berďajev popisuje jako změnu kultury (která se vyznačuje tím, že je koncentrovaná, symbolická – odkazuje na skutečnost, která ji přesahuje, a proto není nikdy plně realizovaná) v civilizaci,⁵⁷ tím, že se kul-

⁵⁴ Ztráta smyslu pro oběť je asi nejpozorovatelnější kulturní změnou 20. století, což se nyní projevuje jak v krizových situacích, tak v každodenním životě rodin. Demografický problém Západu je do značné míry problémem ztráty smyslu pro oběť.

⁵⁵ M. Šejvl ve výše citovaném článku vyjadřuje nesouhlas s tezí o moderním státě jako vehiklu sekularizace a přiklání se spíše ve své explikaci k tezi o militaristicko-fiskálním původu moderního státu, přestože si je vědom nedostatků tohoto vysvětlení, viz ŠEJVL, Michal. *Stát jako nositel sekularizace*, s. 976. Toto vysvětlení se mi však nejeví jako příliš přesvědčivé, respektive úplné, protože jestliže se opírá o tvrzení, viz s. 975, že od 17. do počátku 19. století evropské státy „*téměř nepřetržitě válčí hlavně mezi sebou*“, pak lze snadno namítnout, že pokud bychom vybrali jakákoliv jiná dvě století v evropských dějinách zpět až do starověku, závěr by byl podobný: Neustálé války již od dob stěhování národů. K vytvoření moderního státu však toto válčení po více než tisíc let vývoje Evropy nevedlo. Z toho dovozují, že příčiny vzniku moderního státu musejí být ještě i někde jinde. Nadto když M. Šejvl hovoří o Gorského disciplinační teorii vycházející z křesťanské (kalvínské) asketiky či Weberově teorii o vlivu kalvinistické morálky na rozvoj kapitalismu, viz s. 979 an., tak vlastně jinými slovy spíše potvrzuje Böckenfördeho a Schumpeterovy teze. Nelze totiž zapomenout, že kalvinismus je vlastně ve své podstatě do světa obráceným, a tedy sekularizovaným, katolicismem.

⁵⁶ BERĎAJEV, Nikolaj Alexandrovič. *Smysl dějin. Pokus o filozofii člověka a jeho osudu*. Překlad Jan Kranát, Irina Mesnjankina. Praha: OIKOYMENH, 1995.

⁵⁷ Berďajev používá pojmy kultura a civilizace ve vlastním smyslu.

tura realizuje (v konkrétním čase a prostoru), se vyprazdňuje, ztrácí smysl pro hloubku, a tím i vztah s nejhlubšími duchovními zdroji a postupně upadá. Vrcholným projevem tohoto procesu je technicistní, pragmatická a konzumní současná západní civilizace (a možno dodat její další sestup v postmoderně směrem k exhibici, voyeuristické zábavnosti a perverzi), což podle Berďajeva lze vysvětlit jako důsledek vytržení se člověka z jeho božských základů, sebeuzavření se božským zdrojům a inspiraci, v důsledku čehož se život člověka stává čím dál více bezobsažným a jeho vůle bezpředmětnou. *Vyslovuje myšlenku, že jediné kultura, která je zakotvena v Bohu, nepodléhá rozkladu jako jiné kultury, jež procházejí podobnými fázemi jako individuální lidský život (růst, zralost, zánik).* Je možné nad tímto principem vývoje a rozkladu zvítězit, pokud kultura čerpá z božských a tedy věčných zdrojů. To dokládá unikátní historii židovského lidu, který si dokázal uchovat národní svébytnost i prosperitu po tisíce let, a to navzdory velmi nepříznivým vnějším okolnostem.

Bohužel s postupným vítězstvím moderního imanentistického myšlení došlo k separaci od těchto zdrojů a k jeho vychýlení směrem k subjektivismu. Významným společenským faktorem, který ovlivnil v tomto smyslu vývoj evropské kultury, byl – jak výše uvedeno – protestantismus, který kromě vzpomínaného rozbití univerzalistického řádu a podřízení náboženství světské moci v oblasti politické, což byla doména zejména luteranismu, anglikanismu a v umírněnější podobě i jejich katolických protějšků (galikanismu, osvěcenského katolicismu), nadto ještě v oblasti společenské – v důsledku přeakcentování učení o predestinaci (což se týká zejména kalvinismu) a jeho spojení s vnějším, zejména ekonomickým úspěchem, nasměroval téměř veškerou energii člověka, a potažmo výrazné většiny společnosti, jednostranně do profánního světa, což spolu se silným důrazem na individualismus sice v řádu prvních staletí mimořádně akcelerovalo hospodářský růst (viz Weberův „duch kapitalismu“), z dlouhodobého hlediska se však ukazuje, že kromě ekonomického růstu tato změna způsobila i výrazné vychýlení kultury Západu směrem k jednostrannému zaměření na ekonomickou prosperitu. To s sebou přináší právě Schumpeterem, Schmittem a dalšími popisované postupné vyčerpávání základních konstitutivních zdrojů této kultury, které se projevuje širokým spektrem negativ od zpovrchnění kultury, přes rozklad rodiny, demografickou krizi a ekologické problémy, až po rozklad moderního státu i morálky.

Hannah Arendtová,⁵⁸ zejména ve svém pojednání o autoritě (která s pojmem legitimacy práva přímo souvisí), dovozuje, že: „*Autorita se v římské západní civilizaci vždy vyskytovala ruku v ruce s tradicí a náboženstvím.*“ Arendtová tvrdí, že pokud se odstraní z této triády jedna z komponent, není možné udržet ani zbývající dvě (proto útok na tradici v době protestantské reformace nutně podlomil náboženství a následně i autoritu). Pro oblast státovědy je však významné, že: „*Oslabením vlivu náboženství a ztrátou tradice v novověku mizí i autorita*“, přičemž „*všechny pokusy o udržení nového sekulárního řádu pomocí násilí (poslušnosti, která ovšem nemá autoritativní charakter) jsou marné*“, a tak je odsuzuje k zániku.⁵⁹

⁵⁸ ARENDTOVÁ, Hannah. *Krise kultury (čtyři cvičení v politickém myšlení)*. Přeložil Martin Palouš. Praha: Mladá fronta, 1994.

⁵⁹ *Ibidem*, s. 5–63.

4. MORÁLKA

Z oblastí, které s právem nejužejí souvisejí, je zřejmě nejzásadnější *pozorovatelný proces rozkladu morálky*, která reguluje společnost zevnitř, z morální podstaty jedince a z homogenity společnosti. Ztráta tohoto kapitálu je zřejmě hlavní bezprostřední příčinou hypertrofie práva, jehož rozsah i frekvence změn je dalším příznakem krize, podlamujícím základní principy právního státu.⁶⁰

Na dokumentaci tohoto stavu bych chtěl uvést citaci Antonína Procházky, bývalého soudce Ústavního soudu:

„Šlo to krok za krokem, až byl člověk zahlcen džunglí předpisů, zákonů a vyhlášek natolik, že ztrácel svou vlastní identitu.“⁶¹

Na stejné téma hovořil Pavel Varvařovský při svém nominačním projevu při volbě veřejného ochránce práv v Senátu⁶² a v Poslanecké sněmovně Parlamentu ČR⁶³ v roce 2010. Nejedná se jen o plané moralizování. Ekonomové vyčíslují zvýšené transakční náklady, které vznikají v důsledku oslabování morálního pojiva ve společnosti.⁶⁴ Bylo by proto velmi zajímavé spočítat, kolik činí všechny náklady, které jsou jen s mechanismem hypertvorby, změn a aplikace práva spojeny. A to je řeč jen o úzké oblasti legislativy. Jaké náklady vznikají v jiných oblastech, těžko vyčíslit. To vše jde na vrub morálního stavu společnosti. Jsou to konkrétní ekonomicky vyjádřitelné náklady.

Ačkoliv někteří autoři, např. Ota Weinberger,⁶⁵ popírají kauzální vazbu mezi náboženstvím a morálkou (na rozdíl např. od T. G. Masaryka) i za předpokladu připuštění filozofické hypotézy, že náboženská báze není pro morálku nezbytně nutná,⁶⁶ lze o tom ze sociologicko-psychologického⁶⁷ pohledu pochybovat: sociologického experimentu na základě statistické pravděpodobnosti jsme totiž svědky každodenně, stačí jen pozorovat, jak se za posledních cca sto let změnily mezilidské vztahy. A nemusíme ani zacházet do takových oblastí, jako je sexualita, nýbrž můžeme zůstat i u tak elementárních záležitostí, jako je důvěryhodnost daného slova (ústních smluv),⁶⁸ placení daní, dluhů,⁶⁹

⁶⁰ Blíže k tomu moje diplomová práce: KOSINKA, Jan Petr. *Právo a morálka jako sociální kapitál*. Diplomová práce. Brno: PrF MU, 2009. Dostupné z: <http://is.muni.cz/th/76879/pravf_m/> [cit. 25. 2. 2017].

⁶¹ PROCHÁZKA, Antonín. *V boji za ústavnost*. Brno: CDK, 2004, s. 141.

⁶² Viz digitální archiv Senátu Parlamentu ČR, stenografický záznam schůze ze dne 25. 8. 2010 [cit. 25. 6. 2016]. Dostupné z: <<http://senat.cz/xqw/xervlet/pssenat/hlasovani?action=steno&O=7&IS=4391&D=25.08.2010#b10625>>.

⁶³ Viz digitální archiv Poslanecké sněmovny Parlamentu ČR, stenografický záznam schůze ze dne 7. 9. 2010 [cit. 25. 6. 2016]. Dostupné z: <<http://psp.cz/eknih/2010ps/stenprot/004schuz/s004006.htm#r1>>.

⁶⁴ Např. PUTNAM, Robert David. *Bowling Alone: The Collapse and Revival of American Community*. New York: Simon & Schuster, 2000.

⁶⁵ WEINBERGER, Ota. *Filozofie, právo a morálka*. Brno: Masarykova univerzita, 1993, s. 167.

⁶⁶ Je nepochybné, že morálka je v individuálním případě možná bez uvědomované reflexe náboženské báze, ovšem to není totéž jako její úplná absence. Např. i I. Kant řadil existenci Boží mezi nutné podmínky morálky.

⁶⁷ Z jiné strany – totiž z pozice individua – analyzuje tento problém psycholog V. E. Frankl, který v jedné ze svých posledních prací *Psychotherapie a náboženství (Hledání nejvyššího smyslu)*, mj. jednoznačně říká: „*Svědomy by nikdy nemohlo být rozhodným slovem v imanenci, kdyby nebylo transcendentního Ty*“ a dále: „*Neboť každý kategorický imperativ získává svou legitimitu výhradně z transcendence... tak tedy ani nemůže existovat žádný autonomní kategorický imperativ*“ [FRANKL, Viktor Emil. *Psychotherapie a náboženství (Hledání nejvyššího smyslu)*. Brno: Cesta, 2007, s. 36].

⁶⁸ J. Kyselá cituje Fukuyamu, který uvádí, že „*mnozí Američané dnes řeší u soudu záležitosti, které se kdysi vyřizovaly potřesení rukou*“, KYSELA, Jan. *Stát jako obr na hliněných nohou, opožděné poznámky k seriálu o budoucnosti státu*, s. 962, pozn. 67.

poctivé práce, cti a dobrého jména. Obrázek není příliš lákavý a zdaleka se nejedná jen o selhání jednotlivců, nýbrž o systémový rozklad jednotlivých základních institucí⁷⁰ (korupce v politice, provázání informačních médií a byznysu, univerzity jako tiskárny vysokoškolských diplomů prakticky pro kohokoliv – viz PrF ZČU, rozklad rodiny), růst kriminality za současného neustálého změkčování trestního postihu za stejné trestné činy,⁷¹ prudce rostoucí nedůvěra mezi lidmi, morální úpadek i takových dříve úctyhodných povolání jako lékař, učitel nebo advokát, široce rozšířená nepoctivost sahající od daňových podvodů drobných živnostníků až po nejrozličnější manipulace a zneužívání veřejných prostředků ve velkém, státní subvencování soukromých podnikatelských neúspěchů finančních institucí i průmyslových zájmových skupin pomocí různých záchranných balíčků, žití na dluh atp. A je otázkou, zda tento vývoj není především důsledkem hlásání idejí založených na tom, že představa o objektivním dobru a morální správnosti je jen iluzorní záležitostí, zvláště když tyto myšlenky hlásá relativismus všech barev a odstínů paradoxně s absolutní jistotou.⁷² Přitom by možná bylo více konzistentní s vlastními předpoklady relativismu, kdyby jejich protagonisté své výroky poněkud zrelativizovali.

5. STATUS LIDSKÉ OSOBY

P. Holländer ve výčtu průvodních jevů krizového stavu zmiňuje absenci zdůvodnění statusu jednotlivce. Ten je nepochybně dalším příkladem ztracení hodnotových základů západních společností. Krásně to lze dokumentovat zamlžováním *pojmu lidské důstojnosti*. Byl jsem na konferencích i při jiných příležitostech konfrontován s naprosto suverénně a obecně přijímanou vágní a nic neřkající definicí lidské důstojnosti: „*Když mi řeknete, co to je, tak odpovím, že nevím, ale když se s tím setkám, tak to poznám*“. „Definice“ vzbudila nadšené přijetí diskutujících, aniž si všimli, že ve skutečnosti postrádá základní funkce definice, totiž překonat interpersonální rozdíly chápání daného pojmu, ba působí přesně naopak: Bezbržeze otevírá dveře subjektivismu. V kontextu analýzy kulturních změn stojí její rozbor jistě za pozornost, neboť hlasatel této definice o sobě nevědomky prozrazuje, že sice již ztratil vědomou vazbu na kořeny, ze kterých tento pojem vyrůstá (a proto ztratil schopnost exaktnější definice), ale stále ještě z jakési dějinné setrvačnosti – byť možná nereflektovaně – žije z kulturního kapitálu minulých generací – vyjádřeno slovy: „*tak to poznám*“; bohužel již nikoliv na úrovni racionální, ale spíše emotivní nebo intuitivní.⁷³ Toto je dle mého názoru do značné míry obraz

⁶⁹ Dokladem může být existence dnes již téměř nevyužívaných právních institutů jako např. „placení dluhu pro čest“ apod., které v našem právním řádu ještě tu a tam ze setrvačnosti přežívají.

⁷⁰ Pro situaci USA v období po tzv. sexuální revoluci plasticky popisuje např. Fukuyama, viz FUKUYAMA, Francis. *Velký rozvrat, lidská přirozenost a rekonstrukce společenského řádu*. Přeložila Alena Faltýsková. Praha: Academia, 2006.

⁷¹ Mám tím na mysli zmírnění z dlouhodobého hlediska (staletí). Z velmi krátkodobého hlediska (účinností zákona č. 40/2009 Sb. Trestní zákoník) totiž došlo k určité diferenciaci, na jedné straně sice ke zmírnění postihu u méně závažných trestných činů (rozšíření alternativních trestů), na druhé straně však také ke zpřísnění trestních sazeb u závažné trestné činnosti (zločiny, recidiva některých více frekventovaných trestných činů).

⁷² WEINBERGER, Ota. *Filozofie, právo a morálka*, např. na s. 147 dole.

⁷³ Což sice není zcela špatně, protože jedním ze způsobů poznávání přirozeného zákona je nepochybně – jak uvádí např. i Tomáš Akvinský či Jacques Maritain – i poznávání intuitivní prostřednictvím inklinací lidské osoby, tedy *per inclinationem*. Je však poněkud nedostatečné s ohledem na možnosti rozumu a nebezpečí subjektivistické manipulace.

etické a potažmo právní situace současné postkřesťanské Evropy.⁷⁴ *Tento stav pak vede k určitému etickému emotivismu, kterým jsou současné právně-hodnotové a morální debaty, byť opět často ne zcela uvědoměle, přehlíženy.*⁷⁵ To pak brání veřejné debatě o reálných problémech a akceptaci jejich konkrétních řešení.

6. POTŘEBA NÁVRATU K EXPLICITNÍ ONTOLOGII

Zde jsem se dotkl myslím dalšího kořene současné krize a tím je *rezignace na explicitní ontologickou debatu*. Ukázkovým příkladem tohoto přístupu je odůvodnění Vrchního soudu Anglie a Walesu v kauze *Smeaton v. Secretary of State for Health*.⁷⁶

John Smeaton se jménem Společnosti pro ochranu nenarozených dětí (SPUC) domáhal proti ministru zdravotnictví Spojeného království vyslovení nezákonnosti předepisování, prodeje a používání tzv. „pilulky po styku“ a neústavnosti nařízení ministerstva zdravotnictví z roku 2000, které dovoluje prodej takových přípravků. Dle čl. 58 a 59 dosud účinného zákona o trestných činech proti osobám z roku 1861 se trestného činu dopustí těhotná žena, která užije abortivní prostředek, každý, kdo jí ho zajistí anebo každý, kdo jej jinému poskytne, ve všech případech s úmyslem způsobení potratu anebo užití takového přípravku k potratu. Jako výjimka z tohoto pravidla platí, že potrat není – zjednodušeně řečeno – trestný, je-li proveden lékařem na základě potvrzení dalšími dvěma lékaři v dobré víře do 24 týdnů z důvodů nebezpečí pro ženu nebo její dítě, později z důvodů ohrožení života nebo zdraví ženy nebo z eugenických důvodů. Jelikož postkoitální antikoncepce nespadá pod výjimku stanovenou zákonem z roku 1967 pro lékaře prováděný potrat a je zde dán i požadovaný úmysl, dle SPUC je poskytnutí nebo použití takového prostředku trestným činem. V odůvodnění rozsudku soudce mj. napsal:

„Není mou úlohou, jak si ji představuji, určit okamžik, kdy život začíná. Z mého pohledu na zákon z roku 1861 není nutné, abych to učinil. Je to, tak mi to připadá, nežádoucí, abych tak učinil. I kdybych se o to pokusil, účinek mého rozhodnutí by byl omezený [čl. 54].“

A hned naznačuje i filozofické zdroje tohoto svého přístupu:

„Jak v případě smrti, tak i v případě života [...] tento pojem může znamenat jednu věc pro lékaře nebo biologa, jinou pro teologa nebo etika, jinou pro filosofa a ještě jinou pro právníka. Jsem kompetentní rozhodovat pouze ve věcech práva. [...] Nakonec, život, smrt a rodičovství jsou, pro účely práva, pouhé právní konstrukty, které mohou, ale nemusejí být ve shodě s biologickými fakty a které opravdu nebudou nutné používané konzistentně pro všechny účely práva [čl. 56].“

⁷⁴ Na nebezpečí příliš pružného zacházení s pojmem lidské důstojnosti zejména v horizontálních vztazích upozorňuje i KYSELA, Jan. *Stát jako obr na hliněných nohou, opožděné poznámky k seriálu o budoucnosti státu*, s. 954, 961, 964 a 965.

⁷⁵ S. D. Smith z Univerzity v San Diegu, Kalifornie, USA, uvádí, že současný morální diskurs odpovídá spíše nereflektovanému „pašování“ předem stanovených preferovaných závěrů a hodnotových východisek do obsahu rozhodování. Vědecká debata tak má podobu teoretizování, které se snaží reflektovat a vyvodit nějaký morální příkaz či závěry fakticky z vedlejších „morálních intuicí“ aktérů, viz SMITH, Steven D. *The Disenchantment of Secular Discourse*. Cambridge – London: Harvard University Press, 2010, s. 65, respektive s. 67.

⁷⁶ BEDNÁŘ, Jan. Proč koncept lidských práv v kultuře pokročilé modernity ztroskotává na vymezení nositele práva na život? In: *Sborník konference Nejmenší z nás*. Brno: Bios, společnost pro bioetiku, 2012, s. 137–139.

A na jiném místě:

„Bylo by v mém rozsudku něco velmi vážně v nepořádku, opravdu těžce v nepořádku s naším systémem – kterým nemyslím pouze právní systém, ale celý systém, kterým je naše politika ovládána – kdyby soudce v roce 2002 byl přinucen 141 let starým zákonem rozhodnout, [že to,] co tisíce, stovky tisíc, vskutku miliony obyčejných, čestných, práva poslušných občanů den co den dělali po tak mnoho let, je a vždy bylo trestné. Jsem rád zbaven tak nepřitažlivé povinnosti.“

Pan soudce si ovšem zřejmě neuvědomil, že s touto logikou bychom mohli akceptovat i holocaust nebo gulag, protože „tisíce, stovky tisíc, vskutku miliony obyčejných, čestných, práva poslušných občanů“ po tak mnoho let souhlasili, že Židy, respektive buržoazní živly, je třeba zničit. A nakonec přece i to, kdo je člověkem hodným života, může znamenat něco jiného pro biologa, něco jiného pro filozofa a něco jiného pro právníka, něco jiného pro nacistu atd. Co dodat? Snad jen že se jedná o vzorový příklad relativismu a konsenzuálního pojetí pravdy.

7. VÝCHODISKO Z KRIZE

Pokud výše uvedené úvahy shrnu, lze konstatovat, že je patrné, že otázku po transcendentálním základu legitimacy práva a morálky nelze ani ve 21. století odhodit do starého železa, ba naopak: Jisté náboženské probuzení, spojené jednak se vzestupem islámu na jedné straně a na druhé straně vyplývající jako důsledek očividné obecné civilizační krize, v níž se čím dál více se sekularizující západní společnost nachází, je toho dokladem. Obecně lze pozorovat vzrůstající zájem o význam náboženství pro společnost, a to i v Evropě a USA,⁷⁷ a na druhé straně protichůdné tendence posilování radikálního sekularismu v Evropě, o kterých se v nedávné době ve své práci zmiňoval např. Petr Fiala, pojednávající i o případu *Buttiglione*.⁷⁸ Z podobných zdrojů vyvěralo, respektive vyvěrá, i stupňování agresivních útoků vůči předchozímu papeži Benediktovi XVI., potlačování disentuujících organizací a jednotlivců v otázkách přístupu k manželství homosexuálů, gender ideologii a dalším aktuálním hodnotovým tématům.⁷⁹ Projevuje se však i veskrze impotentní snahou po zákazu tradičních muslimských oděvů.

Nedomnívám se však, že krize sekulárního Západu je nutně nevratný proces. Předpokladem ovšem je identifikace příčin a vědomá oprava chybných rozhodnutí. V této souvislosti bych si dovil vypůjčit výrok prvního československého prezidenta T. G. Masaryka, který řekl, že státy umírají se zánikem těch idejí, na nichž byly založeny. Domnívám se,

⁷⁷ Viz např. LAQUER, Walter. *Poslední dny Evropy*, nebo dále např. několik vyjádření bývalého britského premiéra Blaira o vzrůstajícím významu náboženství na Západě, růst významu islámu ve světě i na Západě, růst významu pravoslavi v Rusku apod., viz též HUNTINGTON, Samuel. *Střet civilizací*, BUCHANAN, Patrick J. *Smrt Západu*, islamizace Turecka a další.

⁷⁸ FIALA, Petr. Religion and European Politics. In: *Evropská volební studia* [online] [cit. 25. 6. 2016]. Dostupné z: <<http://ispo.fss.muni.cz/ispo-wp-2006-10>>, respektive <http://ispo.fss.muni.cz/uploads/2download/Working_papers/ispo_wp_2006_10.pdf>.

⁷⁹ Z poslední doby je to zákon omezující, respektive rušící svobodu projevu ve Francii pro organizace hájící *prolife* stanoviska, viz CHRISAFIS, Angélique. French MP's vote to ban websites that intimidate women. *The Guardian* [online]. 1. 12. 2016 [cit. 25. 1. 2017]. Dostupné z: <<https://www.theguardian.com/world/2016/dec/01/french-mps-debate-plan-to-ban-abortion-websites-that-intimidate-women>>.

že uvedené lze extrapolovat i na celé civilizace. Podstatně rovněž je, že hodnoty, na nichž stála a dosud částečně setrvává západní civilizace, se nepřežily v tom smyslu, že byla zjištěna jejich neadekvátnost,⁸⁰ nýbrž byly v podstatě zrazeny nebo opuštěny. Tento motiv je v jádru ústředním námětem starozákonní historie izraelského národa, jak je popisována na stránkách *Bible*. Odvrácení se od konstitutivních hodnot civilizace mělo vždy za následek rozklad národa a následné porážky od nepřátel. Návrat k Úmluvě s sebou pravidelně přinášel i prosperitu a stabilitu politicko-společenskou. Tuto problematiku velmi trefně shrnul při jedné své veřejné promluvě kardinál Tomáš Špidlík, když v souladu s Berďajevem řekl, že kultura⁸¹ je jako člověk: Rodí se, dospívá, stárne a je ohrožena úmrtím. Pouze ta kultura, jež je spojena a čerpá z transcendentních zdrojů, nepodléhá procesu rozkladu, který je železným zákonem imanence.

Návrat však musí být spojen s obratem k racionálně reflektované ontologické diskusi. Ve skutečnosti totiž nelze myslet neontologicky. Bohužel v současnosti se tak děje spíše nerefléktovaně. Rovněž se zdá, že nelze vybudovat normativní morálku bez metafyziky, přičemž je těžko myslitelná pluralita základních⁸² metafyzických představ o skutečnosti v rámci jednoho systému. Je třeba znovu promýšlet vztah náboženství a státu, jakož i funkce náboženství pro společnost. Posledním sporem mezi nábožensky založenými základy filozofie na jedné a ateistickými na druhé straně je totiž v posledku odpověď na následující tři otázky: *Zda v základu veškerého bytí je nejvyšší objektivní dobro nebo náhoda,*⁸³ *rozumnost nebo iracionalita a svoboda*⁸⁴ *nebo nutnost.*⁸⁵ Specificky se toto dilema – byť bohužel často nerefléktovaně – promítá i do filozofie práva a zdůvodňování jeho legitimacy.

Za inspirující pohled v tomto směru považuji učení Tomáše Akvinského, který v oblasti státovědy zdůrazňuje, že *státní moc není oprávněním určitých jednotlivců nad těmi, kteří jsou jim poddáni, nýbrž je spíše oprávněním celku nad všemi jednotlivci*. Tím je v principu vyjádřeno také to, co v moderních ústavách rozumíme zásadou suverenity lidu, která nemusí být v rozporu s vírou v to, že státní moc má svůj původ v Bohu jako stvořiteli lidí v jejich přirozené sounáležitosti.⁸⁶ V tomto smyslu nejde o to, preferovat nějakou konkrétní formu vlády, nýbrž o zdůvodnění její legitimacy, základní rámcové omezení a zaměření na dosahování obecného dobra, které je z tohoto metafyzického zdroje odvozováno, a tím o ontologickou stabilizaci státu.⁸⁷

⁸⁰ Historicky byly unikátně úspěšné. A naopak většina dnešních negativních jevů, od tzv. hypoteční a dluhové krize, přes růst kriminality, výše zmiňovanou neschopnost formulace společného cíle, až po krizi demografickou a s ní spojenou krizi sociální a imigrační je přímým důsledkem absence právě těchto hodnot a ctností.

⁸¹ Ve smyslu civilizace.

⁸² Míra abstrakce však může být ve skutečnosti značná.

⁸³ Není zřejmě náhodou, že např. P. Agha ve svém textu, založeném na přitakávání postmodernímu relativismu, opakovaně tematizuje nahodilost, a dokonce doslova hovoří o „křehké nahodilosti našeho bytí“, viz AGHA, Petr. *Einmal ist keinmal*, s. 336.

⁸⁴ Rovněž není náhodou, že empirici pravidelně dospívají k nějaké formě determinismu často vedoucí až k faktickému popření lidské svobody.

⁸⁵ Inspirováno veřejnou promluvou Benedikta XIV. ve Vatikánu. Řím: Česká redakce Rádía Vatikán. Bibliografické údaje již nelze dohledat.

⁸⁶ Volně podle ŠTICA, Petr. Pojetí státu v sociálním učení katolické církve. In: SLÁDEK, Karel a kol. *Monoteistická náboženství a stát*. Červený Kostelec: Pavel Mervart, 2009, s. 227–244. Též In: ŠTICA, Petr. Pojetí státu v sociálním učení katolické církve, citováno z SUTOR, Bernhard. *Politická etika*. Praha, 1996, s. 165. Srov. též NELL-BREUNING, Oswald. *Gerechtigkeit und Freiheit: Grundzüge katholischer Sociallehre*. München, 1985, s. 80.

Pro Tomáše Akvinského je občanská společnost s ústřední státní autoritou, sledující obecné blaho, výrazem přirozeného mravního řádu. Státní autorita má základ v přirozeném mravním zákonu. Tomáš shledává moc v právu, avšak neztotožňuje právo s mocí. *Právo je více než moc*. Jako je člověk přirozeně společenský tvor, tak i stát má od přirozenosti nějaký smysl. V tom také spočívá jeho právo. Stát není sám zdrojem práva, nýbrž je vykladačem a uskutečňujícím nositelem práva a zprostředkovaně i věčného řádu. *Tento řád během doby a podle různých místních okolností bere na sebe různá konkrétní vyjádření, vstupuje do dějin. Tím však nepozbývá základní ráz věčného, neměnného zákona*. Tomáš sleduje dějiny a jejich význam pro člověka a pro stát. Avšak oboje nejsou jen dějiny. *Člověk je víc než to. Jeho nejhlubší příčina je mimo čas, je nadčasová. A jen jako taková může být změně nepodléhajícím zdrojem legitimacy každé moci a práva.*⁸⁸

Je velmi pravděpodobné, že mnohým čtenářům po přečtení předchozích odstavců zabliká červená kontrolka ve smyslu, že se tu pléduje za paradigma, které v oblasti politiky směřuje k netolerantnosti. Takový názor explicitně vyjadřuje ve svých pracích např. O. Weinberger,⁸⁹ když uvádí, že „*vědomí vlastní pravdy vede k netoleranci*“.⁹⁰ Uvedený postoj s ohledem na nedobré historické zkušenosti chápu, avšak *přesto se nedomnívám, že by evropská civilizace měla být v důsledku tohoto historického traumatu či odstrašujících důsledků islámských perverzí – aktuálně tolik doléhajících na vystrašenou Evropu – natrvalo uvězněna ve vnitřně rozporuplném a v podstatě nihilistickém myšlení apriorního relativismu,*⁹¹ když je zřejmé, že samotná skutečnost, že se někdo domnívá nebo je přesvědčen, že poznal pravdu, ještě nutně⁹² nevede z jeho strany k akceptaci použití jakýchkoliv prostředků pro její uskutečňování nebo realizaci svých představ. *Ovšem za předpokladu, že obsahem této poznané pravdy bude rovněž poznání, že ne každý prostředek je dovolen, respektive že není souladný se samotnou poznanou pravdou, respektive že podstata této pravdy samotné není násilná (což mimochodem např. o islámu lze tvrdit jen velmi obtížně).*

K výše naznačenému stanovisku O. Weinbergera lze ještě dodat, že z jeho útěku k relativistickému řešení vlastně vyplývá, že tolerance by byla podmíněna agnostickým nebo skeptickým kognitivním postojem v základních morálně-hodnotových otázkách. To by znamenalo, že lidstvo by stálo v neřešitelném dilematu: Buď rezignuje na základní duchovní lidskou touhu – po pravdě a poznání – a smíří se s nihilismem, nebo musí

⁸⁷ Viz ŠTICA, Petr. *Pojetí státu v sociálním učení katolické církve*, s. 227–244.

⁸⁸ BAHOUNEK, Tomáš Jiří. *Politické myšlení svatého Tomáše*. Brno: MU, 1995. Rovněž BAHOUNEK, Jiří. *Politické myšlení sv. Tomáše*, kapitola *Biografická poznámka o sv. Tomášovi Akvinském*. Dostupné ze stránek Sdružení přátel bl. Hyacinta Maria Cormiera [cit. 25. 6. 2016]. Dostupné z: <<http://www.cormierop.cz/SvTomas-a-politika.html>>, mírně upraveno.

⁸⁹ WEINBERGER, Ota. *Filozofie, právo a morálka*, s. 156.

⁹⁰ Dnes je tato obava tematizována v souvislosti s islámskou politikou, a zejména islamistickým terorem, a z určitého povrchního pohledu některých sekularistů spolehlivě diskredituje jakýkoliv nábožensky fundovaný základ státu a práva.

⁹¹ P. Holländer k tomu poznamenává: „*Jsou-li Böckenfördovy teze o nezpůsobilosti státu garantovat předpoklad své existence a Alexovy teze o metafyzickém zdůvodnění lidských práv adekvátní, pak rezignace na hledání a nalézání transcendentních východisek, která společnost spojují, dávají jí identitu a jako taková jsou akceptována, by znamenala předzvěst nejchmurnějších důsledků*“.⁹² Viz HOLLÄNDER, Pavel. *Vážně jsme již všichni pozitivisté?* In: PŘÍBĚH, Jiří – HOLLÄNDER, Pavel et al. *Právo a dobro v ústavní demokracii. Polemické a kritické úvahy*. Praha: SLON, 2011, s. 40.

⁹² V podobném duchu odpovídá i P. Holländer na obdobné výtky J. Příběh, viz ibidem, s. 43, 48, 50.

rezignovat na toleranci ve společnosti. Domnívám se, že i tato dichotomie je neadekvátní, neboť vychází z analýzy situace, kdy byla tato touha zneužita k mocenské agresii. *Tato situace je však akcidentálním, historicky podmíněným, nikoliv esenciálním aspektem stavu, že někdo je přesvědčen o možnosti objektivního poznávání – byť třeba v omezené míře*⁹³ – pravdy a dobra.

A pro ty, kteří přesto nechťejí o náboženství ani slyšet, lze navrhnout spolu s Marcellem Perou⁹⁴ (bývalým předsedou italského senátu), že jako důsledek poznání toho, kam vede osvícenské paradigmatické uvažování „jako kdyby Bůh nebyl“ lze přijmout opačné východisko: *Totíž jako metodologické hledisko – uvažovat „jako kdyby Bůh byl (veluti sic Deus daretur)“.* Tedy nikoliv jako absolutní tvrzení, nýbrž jako metodologický předpoklad, jemuž sice mnohé nasvědčuje, ale který je z hlediska vědy, tak jak je dnes definována a z hlediska empirického důkazu nedokazatelné (ale stejně tak je nedokazatelný opak). Výhodu spatřuje v tom, že i nevěřící člověk, který jedná, jako kdyby Bůh byl, se stává mravně odpovědnějším. *„Onen laický, bůh“ je takový, který nemá definovanou tvář, nemá neopravitelná dogmata, nemá zvláštní obřady. Je to „bůh“ svědomí, který dává takovému člověku poznat svou konečnost, ubohost i svou velikost, bůh, který z něho dělá mravně odpovědného člověka.*“⁹⁵

ZÁVĚR

Ať už byl právní řád odvozován z Boží autority, suverenity panovníka, národa, parlamentu apod., vždy měla tato entita představovat obecnou, jednotlivcům nadřazenou autoritu, která v podstatě dočasně zaujímala nejvyšší hierarchickou pozici na místě původně vyhrazeném Bohu. Nyní se zdá, že se tato pozice zcela uprazdňuje.⁹⁶ Zásadním problémem proto podle mého názoru není zánik moderního státu v jeho nacionální

⁹³ Ani Tomáš Akvinský nikde netvrdí, že přirozené právo, tak jak jej poznáváme a definujeme, je *a priori* hotové a absolutně neměnné vždy, všude a do posledního detailu. Naopak on sám dává poměrně velký prostor pro individuální dotváření práva pozitivním zákonodárcem a nadto celkem realisticky dosvědčuje, že naše poznání obecně trpí značným deficitem, a proto je vždy prostor pro zpřesnění či rozvoj poznání. Uvádí, že čím více lidské poznání sestupuje od prvotních principů ke konkrétnějším a ke komplikovanější kazuistice, tím více ztrácí náš rozum evidenci a schopnost přesnosti, viz *Summa Theologická I-II*, q. 94, a to nejen z důvodu nedostatku poznání, nýbrž Akvinský jde dokonce ještě mnohem dále, když zmiňuje až revoluční myšlenku, pro některé jeho současné následovníky zřejmě těžko akceptovatelnou, že přirozenost člověka je v některých „druhotných složkách“ měnitelná, a to vlivem okolností časových, osobních a jiných. Píše, že ačkoliv jsou obecné principy přirozeného zákona samy o sobě neměnné, v konkrétním individuálním případě může dojít (příklad, který k tomu Akvinský uvádí, bychom dnes nazvali střetem principů) s ohledem na komplikované okolnosti k určitým modifikacím, viz AKVINSKÝ, Tomáš. *Summa Theologická I-II*, q. 94, art. 4. Zde je široké pole pro rozvoj poznání i kreativní normotvorby.

⁹⁴ Který se v tomto shoduje se slavnou teorií sázky Blaise Pascala: *„Měl bych větší strach, že se zmýlím a zjistím, že křesťanství má pravdu, než že se zmýlím, když v ně věřím. Ztratit nemůžu nic, ale pokud má křesťanství pravdu, můžu nekonečně vyhrát.“*

⁹⁵ PERA, Marcello. In: RATZINGER, Joseph. *Evropa Benedikta z Nursie v krizi kultur*. Přeložil Josef Koláček. Kostelní Vydří: Karmelitánské nakladatelství, 2006, s. 18–19.

⁹⁶ Jak uvádí Belling, viz BELLING, Vojtěch. *Pojem suverenity a jeho relevance v éře postnacionálního vládnutí*, s. 616 an., poststrukturalistické myšlení, zejména představitel tzv. radikálně demokratického proudu, dokonce docházejí až k jakési „invokaci permanentní konstituující se moci v boji o uprázdněné centrum moci, které však nikdy nesmí být obsazeno“. K tomu Belling poznamenává, viz ibidem, s. 640, že takováto perspektiva je výzvou nejen pro suverenitu moci, nýbrž pro právo samotné.

nebo občanské formě (která byla pouze kulturně historickou formou politicky organizované společnosti – obce), což je jistě fakt bolestný a historicky významný, nikoliv však fatální. *Tím však může být absence jakéhokoliv jednotného referenčního, identifikačního, normativního i legitimizačního rámce za současné absence jednotné normativní morálky.* Svět (povýtce ten západní) se tak může opět proměnit v boj všech proti všem (respektive soupeřících transnacionálních partikulárních koalic) v Hobbesově smyslu, nebo – na principu kyvadla – přilnout k nějaké formě totalitního jednostranně kolektivního náboženství (např. islamismu⁹⁷) nebo pseudonáboženství (sekularismu⁹⁸). Návrat před globalizací není možný jak z důvodů vědecko-technického rozvoje, tak z důvodu vnitřní vyčerpanosti hodnotových základů konceptu modernity. Řešení proto lze spatřovat v návratu a cílevědomém prohlubování a společenském upevňování nejobecnějších konstitutivních hodnot Západu, které se historicky mimořádně osvědčily⁹⁹ a jejichž rovnováha je schopná zaručit jak rozvoj státu, tak garanci autentické svobody jednotlivce. Jejich opuštění považují za vlastní příčinu krize.

⁹⁷ Za pozornost jistě stojí, že velký britský historik a literát 20. století Hilaire Belloc při své analýze rychlého a úspěšného nástupu islámu v 7.–8. století uvádí, že by k němu nedošlo, kdyby islámští dobyvatelé bývali nebyli ve značné míře akceptováni původním, do té doby převážně křesťanským (byť často neortodoxním) obyvatelstvem. Mezi třemi důvody této akceptace jmenuje i to, že s příchodem islámu došlo k výraznému zjednodušení práva, jeho přiblížení běžnému člověku, zvýšení jeho předvídatelnosti a zlevnění vymahatelnosti. Za další důvody této akceptace islámských dobyvatelů ze strany porobených obyvatel pokládá odstranění nákladné a nefunkční nájemné byrokracie, odstranění velmi rozšířené lichvy a nabídku odpuštění dluhů a propuštění otroků na svobodu pro konvertity k islámu, viz BELLOC, Hilaire. *Great Heresies*. USA: místo, vydavatel a rok vydání neuveden.

⁹⁸ P. Holländer zmiňuje, že svobodný stát může existovat, jen pokud je svoboda regulována zevnitř, z vnitřní morální podstaty jednotlivce a z homogenity společnosti. Tyto regulační síly však nemůže moderní stát garantovat sám ze sebe, tj. prostředky nátlaku a autoritativního příkazu, aniž by se vzdal svobodné povahy a upadl – v sekularizované podobě – opět do totalitarismu, viz HOLLÄNDER, Pavel. *Soumrak moderního státu*, s. 10–11.

⁹⁹ Prakticky se jedná o filozofii jsoucna založenou na rehabilitaci rozumu, korespondenční teorii pravdy a realistické noetice, dále o křesťanskou transcendentní teologii a antropologii a o pěstování starořeckých společenských ctností.

RECENZE

**Hapla Martin. Lidská práva bez metafyziky: legitimita v (post)moderní době.
Brno: Masarykova univerzita, 2016, 156 s.**

Mám za to, že do novější české právní literatury uvedl téma metafyziky *P. Holländer* s odkazem na zdůvodňování lidských práv *R. Alexym* (viz níže). S *P. Holländerem* je spjata metafyzika i v jiném gardu: pro některé kritiky je součástí celé doktríny materiálního ohniska (jádra) ústav, jejímž je u nás *Holländer* svého druhu klasikem. Zatímco souboru otázek spojených s členitým tématem materiálního ohniska ústav byly zasvěceny hned tři v posledních letech vydané knihy, jejichž autory jsou *P. Molek*, *O. Preuss* a *M. Tomoszek*, k nimž je třeba dodat rovněž bohatou knižní a časopiseckou produkci slovenskou, téma prvně zmíněné bylo pojednáváno v menším rozsahu. Změnu v tomto ohledu znamená jak recenzovaná kniha *M. Haply*, tak jím iniciovaný loňský ročník brněnské konference „Weyrovy dny právní teorie“.

M. Hapla je mladým učitelem na brněnské katedře právní teorie a kniha o lidských právech je jeho disertační prací. Odhaduji, že u nás bývají v právních vědách obhájeny desítky disertací ročně, knižně jich však vychází jen menší část. Kvůli nedostatku peněz na podpoření publikace, která se obvykle komerčně nevyplatí, anebo proto, že vlastně nejsou tak moc kvalitní? Těžko říci. Každopádně *Haplova* disertační práce vyšla a je to dobře.

Sestává z úvodu, pěti kapitol a závěru, opírá se o velmi solidní přehled relevantních autorů, vesměs angloamerických, také však francouzských, německých a českých, jež se *M. Hapla* snaží organicky včlenit do svého výkladu, jakkoliv někdy v podobě spíše kusých reprodukcí, tzn. ve formě čtenářsky méně komfortní, náročné na dovtípení se významu postřehu.

V úvodu najdeme klíčovou postavu *R. Alexyho*, jehož teze o nezbytnosti metafyziky pro lidská práva se *Hapla* přidržuje, ale i citaci *F. Nietzscheho*, podle něž je metafyzika pokračováním teologie, ovšem ve světě, v němž je Bůh mrtev. Autor zde formuluje určité paradoxy: jedním z nich je, že v sekularizovaném světě je rozkvět lidských práv provázen mizením jejich náboženského základu, což vytváří prostor pro hledání alternativních zdůvodnění. Jiným je rozpor světů teorie a praxe, díky němuž nemá nárůst významu lidských práv v praxi adekvátní pandán v oblasti jejich teoretického zdůvodňování, a to také kvůli nedůvěře k metafyzickému myšlení. Zdá se mi, že poukazu na praxi je třeba rozumět tak, že jsou lidská práva důležitým nástrojem soudů či nevládních organizací, nevylučuje to však skutečnost milionů lidí žijících mimo dosah čehokoli, co nějaká lidská práva připomíná. Rozkvět lidskoprávní praxe je tak značně asymetrický.

Žijeme-li v době pozdně moderní či postmoderní, považuje *M. Hapla* za podstatné prozkoumání jejího vztahu k metafyzice. Tomu je věnována první kapitola. Z různých výměrů toho, co postmodernou je, vybírá tři základní znaky: ideu plurality, odklon od metafyziky a principiální nejistotu. Následně je zkoumá u různých myslitelů. Na metafyziku nahlíží značně nevládně – je orientovaná na esenci, substanci, první příčinu, představuje totalitu, statiku a nutnost, proti nimž postmoderna vyzdvihuje pluralitu, dynamiku a nahodilost. Náš autor si ovšem není jistý, zda postmoderní způsob uvažování i postmoderní společnost nejsou právě jen (?) dětmi blahobytu ohroženými ekonomickou a sociální krizí.

Druhá kapitola se věnuje pojmu lidských práv. Navzdory různosti jejich nahlížení z perspektivy různých společenských věd, ale vlastně i z perspektivy právní (právní filosofie, platné právo mezinárodní a vnitrostátní), se dají za jejich atributy považovat aspirace na universalitu a odvozování přímo z lidství. Zmíněna jsou přirozená práva jako práva neodvozená

z právních řádů, nýbrž naopak jsoucí jejich kritickým standardem. Pozitivizací se přirozená práva mění v lidská práva (zvláště mezinárodní právo) a v práva základní (zvláště ústavní právo). Občanská práva určují status občana. Snaha vnést do různých autorských pojetí řád vede *M. Haplu* k vytvoření jakési tripartice práva základní – lidská – přirozená, přičemž ta prvně zmíněná jsou čistě pozitivní, zatímco v lidských právech najdeme i prvky politické ideje a přirozenoprávního původu. Stát je představen jako možný narušitel i garant lidských práv, správně je kladena otázka po existenci jeho pozitivního závazku vytvářet předpoklady naplnění negativních svobod. Názor o stejné hodnotnosti sociálních, občanských a politických práv je prohlášen za dobře podložený, přesto se však upozorňuje na jejich odlišnost na pozadí referenční universality. Otázkou totiž je, nakolik může existovat společný standard celého lidstva. Není ostatně universalita jen velkým vyprávěním, jedním z těch, jimž se postmoderna tak trochu vysmívá? V dalším textu je universalita (či universalismus) pojednána subtilněji co do možných pojetí a úrovní (zvláště relativistický universalismus *J. Donnellyho*).

Ve třetí kapitole se pozornost soustřeďuje na vztah legitimacy a lidských práv. Historický exkurs k *Talleyrandovi*, který byl údajně prvním, kdo mluvil o politické legitimitě, by bývalo bylo dobré doplnit kontextem. Zatímco my legitimitu spojujeme s demokracií a lidskými právy, ve Francouzské revoluci byli legitimisty obhájci dynastie a monarchie z Boží milosti. Obsah pojmu legitimacy, tedy reference k tomu, co ospravedlňuje moc, vládu, právo, se změnil až během 19. století. Instruktivně jsou odlišeny přístupy k legitimitě na vstupu a výstupu, procedurální a hodnotové, deskriptivní a normativní. Opět jsou přivoláni mnozí významní autoři, a to jak k tématům legitimacy, tak i delegitimizace (nejen) lidských práv. Zmiňme jen *N. Luhmanna*, pro něž legitimita obnáší obecnou připravenost přijmout v rámci určitých hranic tolerance obsahově ještě neurčená rozhodnutí, nebo *F. Michelmana* píšícího o demokratické legitimizaci lidských práv, zatímco pro *J. Wintra* naopak lidská práva legitimizují demokracii.

Ve čtvrté kapitole přecházíme ke způsobům zdůvodňování lidských práv. *M. Hapla* vidí tři typy zdůvodňování lidských práv: odkazem na objektivní měřítko (Bůh, příroda, také však lidská důstojnost), přístupy konsensuální a welfaristické (lidská práva jako nástroje dosahování společensky akceptovaných účelů) a konečně pojetí moci a efektivit. Podrobněji se zabývá pojmem konsenzus (praktická shoda, praktický konsenzus, ve vztahu k čemu a kde). Co se lidské přirozenosti týče, ptá se, jak může založit subjektivní práva (fakticita a normativita). A také přemítá, jakého člověka vlastně máme na mysli. Např. kantovské poukazy na morální autonomii předpokládají rozumovou vyspělost, a ta souvisí se schopností volit mezi alternativami na základě rozpoznání následků. Kolik takových lidí vídáme? Anebo jde o to, že je za takové chceme považovat? Samostatná partie patří lidské důstojnosti, jež se právním konceptem stala až ve 20. století. Figuruje buď jako základ lidských práv, anebo jako jedno z lidských práv, což má své důsledky teoretické i praktické.

V páté kapitole je představen *R. Rorty* a jeho odmítnutí úsilí o zdůvodnění lidských práv. Podle *Rortyho* má význam rozvíjet lidskoprávní kulturu pěstováním citu, a nikoliv hledat jejich základ. Je ostatně skeptický k něčemu, jako je neměnná podstata a možnost jejího nalezení. Než hledat spojující podstatu lidských práv, respektive lidí vůbec, má význam spíše trivializovat odlišnosti.

V závěru *M. Hapla* podotýká, že zdůvodnění lidských práv hledáme kvůli pochybnostem o jejich platnosti. Žádné nebylo přijato bez výhrad, máme se tedy ptát dále? Universální lidská práva považuje za nutně metafyzická, za objekt víry, a nikoliv dokazování. Neměli bychom se ovšem obávat označit lidská práva za výtvar lidí, neboť to samo nesnižuje jejich hodnotu a účtyhodnost.

Nemyslím, že *M. Hapla* napsal pomyslnou tečku za velkou diskusí o podstatě a zdůvodnění lidských práv. Neměl ovšem ani takovou ambici. Místo toho poctivě přečetl mnoho důležitých textů, promyslel je, komentoval, položil nemálo otázek a mnohé z nich také zodpověděl. Určitě pomohl svým čtenářům zkoumanou problematiku lépe strukturovat a také je nasměroval k dalším autorům. A i kdyby nic jiného, dal svou knihou najevo, že je s ním v české teorii práva třeba nadále počítat. Co více od disertační práce chtít?

Jan Kysela*

Tauchen Jaromír. Práce a její právní regulace v Protektorátu Čechy a Morava (1939–1945). Praha: Wolters Kluwer, 2016, 480 s.

Obsáhlých monografií, které by poctivě a kompletně dokumentovaly a mapovaly vývoj jednoho jasně vymezeného právního odvětví v přesně datovaném historickém období, je mezi právněhistorickými publikacemi stále spíše poskrovnu. Jednou z výjimek z poslední doby je odborná kniha *Práce a její právní regulace v Protektorátu Čechy a Morava (1939–1945)* od *Jaromíra Tauchena*, která vyšla ve druhé polovině roku 2016 v nakladatelství Wolters Kluwer.

O právním dualismu v období protektorátu a souvisejících vybraných otázkách toho bylo napsáno již relativně dost, zejména po roce 1989. Autoři z řad právních historiků se dosud soustředili především na veřejné právo, státoprávní otázku a organizaci veřejné správy v protektorátu (např. *Pavel Maršálek, Pod ochranou hákového kříže*) či na problematiku tehdejšího rasového zákonodárství, které proniklo na území protektorátu z Německa a stalo se nástrojem pronásledování Židů i na našem území (např. *Helena Petrův, Zákonně bezpráví*).

Jaromír Tauchen si vybral za předmět svého zkoumání pracovní právo jako součást soukromého práva. Jak záhy zjistíme, ani pracovní právo tehdy nezůstalo ušetřeno rozsáhlých a pokřivujících ideologických zásahů. Právní regulace práce v období německé okupace dokonce obsahovala i normy vyložené represivní či podporující diskriminaci části obyvatel z důvodu jejich rasového původu. Rovněž právní dualismus a koexistence německého a protektorátního (českého) práva se do pracovního práva na území protektorátu v letech 1939 až 1945 silně promítaly.

Monografie o více než čtyři sta padesáti stranách je postavena především na archivních zdrojích, edicích archivních materiálů, dobových pramenech práva, memoárech a dobovém tisku a spíše jen doplňkově na sekundární literatuře. Hned v úvodu je proto třeba vyzdvihnout a ocenit, že kniha přináší fakta a poznatky z velké části dosud nepublikované. Autor je získal vlastním rozsáhlým archivním výzkumem. Hlavní text doplňuje téměř na každé stránce bohatým a pečlivě zpracovaným poznámkovým aparátem a odkazy na zdroje. V tomto směru se jedná o dílo vskutku průkopnické.

Na koncepčním pojetí i finálním zpracování knihy je zřejmé, že autor je zkušený publikující právní historik se zaměřením na německé a rakouské právní dějiny s těžištěm v historickém období nacionálního socialismu a rovněž na dějiny Němců v českých zemích. *Jaromír Tauchen* působí jako odborný asistent na katedře dějin státu a práva brněnské právnické fakulty. Vydaná monografie není prvním dokladem jeho erudice v oboru a kompetence v daném tématu. Publikoval již více odborných textů, ve kterých se věnoval mimo jiné vývoji

* Doc. JUDr. Jan Kysela, Ph.D., Právnická fakulta Univerzity Karlovy v Praze a Kancelář Senátu. E-mail: kyselaj@prf.cuni.cz.

německého trestního soudnictví v letech 1933 až 1945. Je rovněž spoluautorem dvoudílné práce o vývoji soukromého práva na území českých zemí.

Monografie je přehledně členěna do jedenácti kapitol. Expozici do problematiky je věnován prostor v prvních třech kapitolách. Autor v nich podrobně popisuje výchozí stav právní regulace práce v českých zemích (respektive v českém a moravském vnitrozemí) těsně před vyhlášením *Protektorátu Čechy a Morava*, včetně přehledu základních druhů pracovních smluv používaných před 15. březnem 1939, včetně smluv služebních a živnostenských. Dále představuje v základních konturách pojetí práce v nacistické ideologii jako tehdejší materiální pramen práva. A konečně čtenáře seznamuje s říšským pracovním právem, platným a dále utvářeným v Německu od roku 1933. Toto právo, dělené na kolektivní a individuální pracovní právo, se stalo vzorem pro pracovní právo také v protektorátu. Autor v této souvislosti připomíná i existenci nacistických „odborů“ (*Německé pracovní fronty*).

Z hlediska zvoleného předmětu výzkumu leží těžiště monografie především ve čtvrté, páté a sedmé kapitole. Z této části publikace vystupuje jako klíčové téma především omezení autonomie vůle zaměstnance, a dokonce i zaměstnavatele v pracovněprávních vztazích, které bylo přímo charakteristické pro pojetí práce v nacistické ideologii. Omezení vůle se stalo základním předpokladem pro rychlé zavedení propracovaného systému řízení a nucené práce v protektorátu. Pracovněprávní vztah a výkon zaměstnání měly odpovídat především potřebám státu.

Autor monografie připomíná, že systém řízení práce se opíral především o novou mzdovou politiku a zákaz hromadného propouštění. Naproti tomu systém nucené práce byl podle jím zjištěných poznatků založen na zavedení všeobecné pracovní povinnosti, evidenci pracovních sil a možnosti příkazování práce. Pro řízenou i nucenou práci bylo společné vynucování si vysoké pracovní morálky. Autor začlenil do tématu nucené práce logicky i problematiku totálního nasazení pracovních sil a pozdější nasazení Čechů při zákopových pracích nejen na území protektorátu, ale také v Dolním Rakousku a ve Slezsku, a rovněž jejich pracovní nasazení u protiletectvé ochrany a *Technické nouzové pomoci*, a dokonce i existenci kárných pracovních táborů.

V rámci řízené a nucené práce systém zaváděl zvláštní pracovněprávní postavení pro některé přesně definované skupiny zaměstnanců, kterým se autor rovněž podrobně věnuje. Jednalo se zejména o německé a veřejné zaměstnance, zemědělské a domácí dělníky, osoby zaměstnané v domácnosti a dále o osoby podléhající diskriminaci podle rasových zákonů, na které mimo jiného doléhala i přísná restrikce při výkonu některých povolání. Problematika právního postavení Židů v protektorátu je v práci zestručněna, zřejmě z důvodu již existující literatury k tomuto tématu.

Ve zbývajících částech monografie autor analyzuje činnosti úřadů s působností v oblasti pracovního práva, ať už se jednalo o správní úřady vytvářející nové pracovněprávní normy (*Ministerstvo hospodářství a práce*, *Ministerstvo sociální a zdravotní správy* či *Úřad říšského protektora*), nebo o úřady dohlížející na jejich aplikaci (zprostředkovatelny práce a úřady práce) či vykonávající dozor nad jejich dodržováním (živnostenská a horní inspekce). Zmiňuje také existenci *Ústavu lidské práce*, který se zabýval výzkumem, což je téma téměř neznámé.

Mezi další podrobně zpracovaná témata v knize patří ochrana života a zdraví zaměstnanců a bezpečnost práce v protektorátu, politika glajchšaltování v organizacích zastupujících zaměstnance, zejména vytvoření *Národní odborové ústředny zaměstnanecké*, a rovněž řešení pracovněprávních sporů před pracovními, rozhodčími i řádnými soudy. Opomenuto nezůstává ani téma volby povolání české mládeže v podmínkách německé okupace. Kniha připomíná zejména tehdejší nástroje pro plánovité včleňování mládeže do nedostatkových profesí a jejich používání v praxi.

Tauchenova monografie podává ucelený a téměř dokonalý přehled o systému řízení a nucené práce prosazeného okupační mocí na našem území v roce 1939 a o jeho dalším vývoji až do roku 1945. Jako nezbytnou pomůcku ji jistě ocení každý, kdo se tématem pracovního práva nebo jeho vybrané části v období protektorátu bude v budoucnu dále zabývat. Navzdory komplexnímu zpracování knihy zůstává i po jejím vydání prostor pro další výzkum. Zajímavá by například byla komparace s právní regulací práce a pracovních sil a jejich mobilizací ve válečných ekonomikách některých dalších států účastnících se druhé světové války, například v Itálii, Sovětském svazu či ve Velké Británii.

František Emmert*

Rolph David – Vitins Matt – Bannister Judith – Daniel Joyce. Media Law: cases, materials and commentary. Victoria: Oxford University Press, 2015, 663 s.

I přes neutuchající příliv nových publikací z oblasti mediálního práva a svobody projevu v tomto roce – stejně jako v letech předchozích – je druhé vydání australské knihy s obecně shrnujícím názvem *Media Law: cases, materials and commentary* od většiny z nich odlišná. Obdobně jako kniha *European Media Law*¹ totiž nepopisuje pouze vybrané či soudobé otázky z dané právní oblasti, ale co možná nejkompaktněji pokrývá normativní úpravu a zároveň nabízí aktuální pohled na vývoj mediální scény na celém kontinentě. Je tak osvěžujícím komparativním prvkem pro všechny, kdo se zabývají mediálním právem, vztahem médií a soudnictvím, právem na informace i oblastmi s nimi úzce spojenými. Oproti zmiňované publikaci *European Media Law* se ovšem strukturálně liší tím, že jednotlivé části člení podle větších dílčích celků (právní regulace, difamace, soukromí, právo na informace...), nikoliv po konkrétních člancích mezinárodních dokumentů, či dokonce jednotlivých zákonů, jak činí výše jmenovaná kniha evropská (rozebírající např. Směrnici o televizi bez hranic a Směrnici o audiovizuálních mediálních službách po jednotlivých člancích).

Objemná, více než šestisetstránková publikace o sedmnácti kapitolách otevírá téma poměrně klasicky přes vymezení role médií ve společnosti. Nejprve připomíná pojem veřejné sféry – poprvé v tomto smyslu užívaný *Jürgenem Habermasem* – který mimo jiné popsal roli tisku ve společnosti jako zcela zásadní: právě přes média se totiž podle něj soukromé názory stávají veřejnými. Sílu médií navíc považoval za fundamentální v tom, že jsou prosta soukromých i veřejných vlivů. Bylo by více než zajímavé sledovat, jak by popsal vývoj na mediálním trhu a proměny společnosti v současném světě. K tomu se nicméně vyjadřují alespoň autoři knihy, když sice připomínají klišovité označení médií za „čtvrtou moc“ ve státě, jedním dechem ale příhodně dodávají, že mezera mezi rétorickými proklamacemi o roli médií a skutečností je obrovská.

Kromě této drobné odbočky do historie se v úvodní části kniha příliš zpět neohlíží a rovnou představuje systém fungování médií, což lze – vzhledem k cílům knihy představit co možná nejvíc ze současného systému mediální regulace – hodnotit kladně. Přestože se Austrálie stále svým mediálním systémem nejvíce blíží k Velké Británii a Spojeným státům americkým, dokázala si najít svůj vlastní model fungování. Ten je hybridním propojením amerického dominantně-komerčního přístupu k trhu (financování z příjmů z reklamy) a britského

* JUDr. František Emmert, Ph.D., Ústav státu a práva, v. v. i. E-mail: frantisek.emmert@ilaw.cas.cz.

¹ CASTENDYK, Oliver – DOMMERING, E. J. – SCHEUER, Alexander. *European Media Law*. Kluwer Law International, 2008.

modelu s důrazem na veřejnoprávní vysílání (koncesionářské poplatky), přičemž Austrálie používá obojí, a to pod označením „Class A“ a „Class B“. V 70. letech byl dobře zavedený model navíc obohacen o třetí samostatnou větev – komunitní vysílání, za které bojovala zejména *Australian Broadcasting Control Board*. Vláda jejímu návrhu přisvědčila a sama navrhla prvních dvanáct komunitních rozhlasových stanic. Komunitní neboli občanská či „nezisková“ média tak tvoří samostatný a plnohodnotný třetí sektor vysílání. Podle mediálních teoretiků tento typ médií nabízí strukturální obohacení mediální oblasti a přispívá k rozvoji občanské společnosti. Komunitní média na sebe mohou brát různé podoby a využívat různé technologické platformy (tisk, rozhlas, TV, internet, smíšené platformy). Odlišujícím prvkem od veřejnoprávních a komerčních médií je ale právě jejich úzké propojení s občanskou společností, alternativní povaha a oddanost zapojení komunity a demokracii.²

Od doby jejich prvního založení se v Austrálii jejich počet rozrostl na stovky napříč různými mediaty a podle veřejných ohlasů tak pozitivně přispívají k podpoře diverzity na tamní mediální scéně. Tento typ médií česká právní úprava doposud nezná, přestože se před několika lety zvedla na toto téma debata díky pozičnímu dokumentu Rady pro rozhlasové a televizní vysílání.³ Byť veřejná diskuze tímto směrem od té doby výrazně nepokročila, je možné, že se právní úprava komunitních médií dostane do chystané české novely zákona o rozhlasovém a televizním vysílání.

K podpoře komunitních médií se přihlásila také Evropská unie skrze Rezoluci Evropského parlamentu o komunitních médiích v Evropě – s cílem podpořit komunitní média jako efektivní prostředek posilování kulturní a jazykové diverzity, sociální inkluze a lokální identity. Přestože se tak stalo již v roce 2008, unie od té doby v tomto směru nepodnikla žádné výraznější kroky. Komunitní média jsou nicméně jako třetí mediální sektor uznávána již nyní některými národními legislativami v Evropě, například ve Spojeném království, Irsku, Rakousku nebo Nizozemsku.

Silná pozice komunitních médií

Právě toto dělení do tří základní sektorů (veřejný, respektive veřejnoprávní, komerční a komunitní) považují autoři za australskou devízu, kterou by jim rozhodně mohly mnohé, nejenom západoevropské státy závidět. Silná pozice komunitních neboli také alternativních či participativních médií totiž dokáže bohatě přispívat nejen k odkazu *Habermasovy* veřejné sféry a občanské společnosti, ale také k jeho vyzdvihování kritického myšlení, inkluze a celospolečenské diskuze. Austrálie si přitom se svou geograficky oddělenou polohou od zbytku světa i relativně klidným historickým vývojem v této oblasti vytvořila ideální podmínky pro růst stovek komunitních médií. Ta se jinak po celém světě využívají nejen v dobách klidných, ale ještě častěji v obdobích útlaku, válek a revolucí, z posledních let lze vzpomenout příklady ze Somálska, Sýrie nebo Afghánistánu.⁴

Australané moc dobře vědí, že silná komunitní média dokáží vhodně doplnit, či zčásti i nahradit, média veřejnoprávní. Proto si jejich pozice považují a zákonnou úpravou je chrání

² KOMUNITNÍ MÉDIA. In: *Rada pro rozhlasové a televizní vysílání* [online]. 2012 [cit. 12. 3. 2017]. Dostupné z: <http://www.rrtv.cz/files/pracovni-skupiny/komunitni_media.pdf>, s. 2–3.

³ Ibidem. K tématu také komentář jednoho z autorů dokumentu: CARPENTIER, Nico. Proč bychom měli mít v České republice komunitní média? In: *Deník Referendum* [online]. 24. 7. 2012 [cit. 5. 3. 2017]. Dostupné z: <<http://denikreferendum.cz/clanek/13626-proc-bychom-meli-mit-v-ceske-republice-komunitni-media>>.

⁴ REVENTLOW, Andreas. Diversity in internet freedom: higher standards for all. In: *Medium* [online]. 5. 3. 2017 [2017-03-13]. Dostupné z: <<https://medium.com/@areventlow/diversity-in-internet-freedom-higher-standards-for-all-1a099a415674#.142exn3ze>>.

tak, aby podpořili jejich fungování a rozvoj, které přispívají k programové i kulturní diverzitě na celém kontinentu. Na australském území se v roce 2014 provozovalo úctyhodných 359 komunitních rádií, 3 televizní stanice s dlouhodobou a 2 televizní stanice s krátkodobou licenci. Jde o bezprecedentní úspěch, který rozhodně stojí za povšimnutí a který (ostatně právem) vyzdvihují také autoři knihy v úvodní kapitole i částech následujících.

Celý provoz komunitních médií, formou vedených jako neziskové organizace, do velké míry stojí na práci dobrovolníků. Podle jejich sčítání z let 2011–2012 bylo v té době do aktivit spojených s komunitním vysíláním zapojených téměř dvacet tisíc dobrovolníků, což je vzhledem k nikterak velkému počtu obyvatel⁵ poměrně úctyhodné číslo (jen pro srovnání, např. Junák – český skaut má v současnosti okolo třinácti tisíc dobrovolníků). Díky nim si podle autorů knihy média vystačí pouze s omezenými zdroji příjmů, kterými jsou zčásti vládní financování a ve zbytku sponzorské dary. Komunitní média mají zákonem dovoleny vysílat pouze sponzorské vzkazy, nikoliv klasickou reklamu. Na základě výše uvedených informací o komunitních médiích proto není divu, že jim autoři věnují solidní prostor hned v úvodních pasážích knihy – protože právě tyto skutečnosti odlišují australský systém od jiných.

Právní úprava veřejnoprávních médií a jejich financování

Jak v knize autoři vyzdvihují, veřejnoprávní média by měla hrát onu důležitou roli přenašeče nejenom pouhých informací, ale také kvalitního obsahu, společenských hodnot, umění, podpory menšin i národní identity.⁶ Navíc tvoří důležitou protiváhu vysílatelům komerčním, zvláště pokud se jim daří udržet si svou informační nezávislost a nesloužit jako hlásná trouba politického režimu.⁷ Realistickým pohledem autoři nicméně jedním dechem dodávají, že ani jeden typ médií není pro demokracii automaticky samospásný, byť oba druhy mají schopnost demokratické prostředí dlouhodobě podporovat.

Australský systém veřejnoprávních médií sestává z *Australian Broadcasting Corporation* (ABC) a *Special Broadcasting Service* (SBS). Obě jsou upraveny vlastními zákony (*Australian Broadcasting Corporation Act* z roku 1983 a *Special Broadcasting Service* z roku 1991). První jmenovaný mimo jiné stanovuje tomuto veřejnoprávnímu vysílateli povinnosti jako poskytování inovativní a srozumitelné vysílací služby o vysoké kvalitě, vysílání pořadů vzdělávacích, nebo například i takových, které přispívají k pocitům národní identity. Druhý zákon i samotná společnost SBS vznikly v 70. letech s ohledem na propagaci etnického vysílání, přičemž SBS má sloužit jako multikulturní vysílatel. Na rozdíl od ABC funguje SBS na modelu hybridního financování a má dovoleny i komerční reklamní přestávky.

Přestože mají obě organizace zákonem upravenou volbu radních do představenstev, jejichž hlavní funkcí je nezávisle a nezaujatě rozhodovat o zásadních otázkách obou společností, mnoho odborníků poukazuje na zpolitizovanost volby v posledních letech. Radní oficiálně jmenuje generální guvernér Austrálie⁸ na ministerské doporučení – volba radních tak ale fakticky zůstává právě na exekutivě. Ministr nicméně vybírá z již předem připraveného seznamu kandidátů (sestavěného nominačním panelem) a odchýlení od těchto jmen musí zdůvodňovat před oběma komorami parlamentu. Přesto tento proces – politizace volby

⁵ V roce 2016 měla Austrálie přibližně 23 milionů obyvatel.

⁶ Tuto myšlenku pronesl generální ředitel British Broadcasting Corporation John Reith již v roce 1924, autoři citují v knize na s. 7.

⁷ K tomu více např. JACKA, Elizabeth. *The Future of the Public Service Media Broadcasting*. In: CUNNINGHAM, Stuart – TURNER, Graeme (eds). *The Media and Communications in Australia*. Allen & Unwin: Crows Nest, NSW, 2006.

⁸ Tj. zastupující královny Alžběty II. v Austrálii. K březnu 2017 jím byl Sir Peter John Cosgrove.

představenstev televizních rad – v posledních letech označila senátní komise za znepokojivý a konstatovala, že tento způsob politického propojení „je starý jako organizace ABC sama“, jak zdůrazňují autoři knihy.⁹ Bude rozhodně pozoruhodně sledovat, zda a jakým způsobem na kontinentu protinožců dojde v blízkých letech k úpravě zákonů v tomto ohledu a zda politici na nátlak opravdu provedou opatření k odpolitizování obou televizních rad. Taková legislativa by mohla být vítanou inspirací pro mnohé další země.

I přes různorodost příjmů obou veřejnoprávních televizních společností stojí jejich hlavní zdroj příjmů na tříletých vládních dohodách o financování. Také tento mechanismus je často kritizován kvůli možnému vlivu politických uvážení na fungování obou televizních společností.¹⁰ Navíc se v současnosti – obdobně jako v dalších státech světa včetně České republiky – stále hlasitěji debatuje o rolích veřejnoprávních médií v dnešní společnosti a o nutnosti či nadbytečnosti jejich existence. Australští zastánci v této kontroverzní diskuzi pak nejčastěji tvrdí, že právě veřejnoprávní média jsou pionýrem v inovativních řešeních, navíc pokrývají i témata nekomerčního, menšinového či komunitního charakteru. Právě vzhledem k aktuálnosti tématu lze autory jedinečně pochválit, že téma zařazují a nevyhýbají se mu. Drobným nedostatkem pak je, že téma čtenáři předkládají poněkud zkratkovitě bez hlubších úvah a návrhů možných řešení, která by se od nich, jakožto mediálních profesionálů a akademiků, dala očekávat.

Svoboda projevu napříč celou publikací

Jako hodnota, na níž je celý systém mediálního práva do velké míry postaven, tvoří svoboda projevu základní stavební kámen celé knihy. Navíc je jí vyhrazena i samostatná druhá kapitola v první části knihy. Je zajímavé, že toto základní politické právo nemají Australané upraveno explicitně ve své ústavě (kterou mají na rozdíl od Spojeného království a Nového Zélandu psanou). Tamní Nejvyšší soud nicméně dovedl, že je toto právo součástí právního řádu na základě jejího implicitního obsažení v existujícím politickém systému, vytvořeném právě ústavou. Autoři s jistou nadsázkou poznamenávají, že na světě existují i právní řády, které svobodu projevu zakotvují poněkud explicitnějším způsobem. Co se týká pilířů svobody projevu, podle autorů jsou v Austrálii postaveny na třech základních hodnotách: pravdivosti, demokratičnosti a sebeurčení.

Autoři napříč knihou vhodně konfrontují teoretické modely mediální regulace se stávající legislativou a vyvíjející se judikaturou. To je i případ části o svobodě projevu, u níž přílehavě zmiňují známý rozsudek *O'Flahertyz* roku 2013. V něm Nejvyšší soud potvrdil chápání pojmu svobody projevu obdobně jako například ve Spojených státech amerických podle prvního dodatku tak, že i zabránění místa k protestu (při akci zvané *Occupy Sydney*) je formou symbolického projevu, který je chráněn obdobně jako jiné druhy politické komunikace. Do této kategorie symbolického projevu (angl. také jako *expressive conduct*¹¹) obecně spadá mimo jiné i pálení vlajky¹² nebo tichý protest.¹³ Již dříve tento názor australský Nejvyšší soud vyslovil také v rozsudku *Levy proti Viktorii*.

⁹ S. 8 recenzované knihy.

¹⁰ To se údajně projevilo zatím jen jedenkrát, a to v pozdních 90. letech, kdy výrazně poklesly příjmy televize ABC. Dodnes se to vykládá (ať už špatně, nebo správně) jako možná odpověď vládních představitelů na pravidelnou televizní kritiku jejich práce. Více viz s. 9 recenzované knihy.

¹¹ V USA definováno jako „jednání za účelem předání určitého vzkazu, jež bude s velkou pravděpodobností pochopen i těmi, již toto jednání sledují“. Zdroj: rozsudek Nejvyššího soudu Spojených států amerických *City of Harvard v. Gaut*.

¹² Více informací viz také první americký rozsudek Nejvyššího soudu k této problematice *Texas v. Johnson*.

¹³ Viz také americký rozsudek Nejvyššího soudu *Tinker v. Des Moines Independent Community School District*.

Svoboda projevu prozařuje i zbytek knihy v různých obdobách. V druhé části se destiluje do konkrétně popisovaných právních aktů mediálněprávní regulace. Autoři připomínají dřívější „tvrdý boj“ o svobodný tisk, který ustál všechny prozatímní pokusy o jeho omezení skrze regulaci (např. licencování). Oproti tomu stojí masivní regulace televizního vysílání, upravená zejména vysílacím zákonem z roku 1992. Tato část knihy (zahrnující čtyři samostatné kapitoly) se také dotýká specifických pravidel omezujících vlastnictví médií nebo regulace online médií a problémů s ní spojenými.

Další části knihy pak zahrnují difamací, povinnosti médií v trestních řízeních, princip otevřené justice, soukromí, ochranu osobních údajů, cenzuru spojenou s limity svobody projevu a v neposlední řadě také právo na informace. Přestože jsou tyto dílčí části zpracovány vynikajícím způsobem z hlediska obsahové i formální úrovně, tyto podrobné informace včetně bohaté judikatury ocení především ti, kteří se věnují komparaci konkrétních právních institutů nebo výše jmenovaných tematických oblastí.

Pro obecný přehled naopak zvidavému čtenáři poslouží především přehledná první část knihy, která v kostce nastiňuje systém a fungování mediálního práva Australského společenství. Kdo by obdobné shrnutí hledal také závěrem, bude bohužel zklamán; první část knihy nicméně obojakou funkci splňuje obstojně. Uživatelsky přívětivou formu publikace pak podporuje dynamické členění textu, stručně popisovaná soudní rozhodnutí vydělaná z textů do samostatných rámečků, shrnující otázky následující za jednotlivými podkapitolami (které mohou posloužit mimo jiné nejen k revizi přečtené kapitoly, ale také jako dobrá inspirace například pro výuku mediálního práva) i seznam tipů na další literaturu k tématu.

Monika Hanych*

* Mgr. Bc. Monika Hanych, Právnická fakulta Masarykovy univerzity v Brně. E-mail: monika.hanych@law.muni.cz.

Human Rights as an Essentially Contested Concept

Michal Šejvl

Abstract: This article tries to show that concept of human rights is an essentially contested concept. After explaining the difference between essentially contested concepts and criterial concepts, it focuses on three attributes usually ascribed to human rights – that human rights are rights, that these rights are moral rights and that these rights are inalienable. As far as the first attribute is concerned, it tries to argue that economic and social rights can be understood as “real” rights; it uses as an example a right to housing. Then it discusses advantages and disadvantages of the understanding of human rights as legal rights on the one hand and as moral rights on the other. In the case of the inalienability of human rights it shows that euthanasia violates this attribute. In other cases we can agree that permanent and complete alienation of a right is against inalienability, but in the case of only temporary and partial alienation we can disagree, whether this particular alienation violates the “essence” of a right. It tries to demonstrate this disagreement using the example of the right to human dignity and concludes that human dignity is probably essentially contested concept too.

Key words: human rights, essentially contested concept, right, inalienability of rights, “manifesto rights”, legal rights, moral rights, human dignity

The Person as a “Point of Imputation”

Karel Beran

Abstract: The aim of this article is to elucidate the conception of a person as a point of imputation. To be a person in law, in this perspective, means to be an „item“ to which one can impute rights and duties. What makes a person a point of imputation is, in the author's view, the concept of “imputability”. From this perspective imputability is also identical with the legal personality or personhood. However, the person is not just a static point of imputation of some existing rights and duties. It is also and foremost an entity which causes the creation of legal duties. It follows that a person cannot be understood only as a personification of the existing duties and rights but, from a dynamic point of view, one should impute a right to create these rights and duties to this person as well. This dynamics, however, cannot be caused by the mere fact that the person theoretically has this „competence“ (i.e. the person is entitled to create rights and duties) but also by the fact that one can impute an intellect and will to it. In this respect we must impute four qualities to a person in law:

- i. intellect and will,
- ii. right to impose a duty on another person,
- iii. right to ask for an enforcement of an existing duty (i.e. to have a claim-right)
- iv. obligation to fulfill an existing duty (i.e. to have a duty).

Key words: person, natural person, man, point of imputation, attribution, personhood, personified set of legal norms, pure science of law, Kelsen, Weyr

Bans on *Niqab* in Egypt – When the “Secular” Court Interprets Islamic Law

Lenka Bezoušková

Abstract: The paper deals with the ban on full-face veil known as *niqab*. The primary focus of this paper is the decision of Egypt's Supreme Constitutional Court from the year 1996 which dealt with the ban of *niqab* in public schools by the minister of education. The Supreme Constitutional Court had to undergo an analysis of alleged violation of Articles 2 and 41 of the Egyptian's constitution, i. e. article which states that principles of shari'a are the main source of the legislation and an article

which guarantees the preservation of personal freedom, by issuing the decisions by minister of education on the matter of school uniforms (not only) for girls in public schools. The aim of the paper is to demonstrate the relationship between shari'a and constitutional law on the example of niqab ban and the argumentation of the Supreme Constitutional Court, which came to the decision that banning the full-face veil in schools is in accordance with provisions of the Constitution. The debate on niqab in schools and universities in Egypt is ongoing and the recently lounged campaign calling for a ban on niqab in all state institutions is seen by a part of the Egyptian society as highly controversial.

Key words: niqab, Constitutional court, Egypt, Islamic law, shari'a

Metaphysical Causes of the Crisis of Modern State

Jan Petr Kosinka

Abstract: Pavel Holländer, with his text *Soumrak moderního státu* (*The Twilight of Modern State*) published by the *Právník* journal, as well as with his essay *Finanční ústava aneb defenzivní konstitucionalismus současné doby* (*Financial Constitution, or Defensive Constitutionalism of the Present Era*), started an extensive discussion to which a number of other authors contributed in addition to the main opposing voice embodied by the polemic of Jiří Přibáň with the former one, under the title of *Ranní červánky globálního konstitucionalismu: O radostné právní vědě v postnacionální společnosti* (*The Dawn of Global Constitutionalism: On Joyful Jurisprudence in the Post-national Society*). The aim of this article is a reflection of the most general causes that give rise to the individual symptoms of the crisis of modern state. The cause of the crisis is seen, in accord with the above-mentioned Holländer's texts, in the absence of a commonly shared reason of legitimacy of power, in the absence of rationale of the status of an individual, in a substantial modification of categories of internal and external sovereignty, in the loss of functionality of the State, and in the abandonment of the arrangement principles of the legal system. However, I do not see the fundamental problem in the extinction of modern state in its national or civic form but in the erosion of several basic universal attributes of "the intrinsic morality of law" (consistency, intelligibility, stability) as defined by Lon L. Fuller, and in the absence of any united reference, identification, normative and legitimization framework, with the absence of any united normative morality at the same time, which results in weakening the law in its own normative basis. In this sense, the "twilight" of modern state is recognized as another, final stage of the nominalistic revolution which takes place in the Western civilization from the very turn of the Middle Ages and the modern era. However, its absurd ends leading to "post-factuality" become apparent now. I come to the conclusion that the question of a transcendental basis of the legitimacy of law and morality cannot be thrown away in the 21st century, either. In general, the increasing interest in the importance of religion for the society can be observed even in Europe but, on the other hand, there is a contrary tendency of strengthening radical secularism in the West. That's why a solution can be seen in the return to and purposive deepening and social strengthening of the most general constitutive values of Western societies, which proved to be extraordinarily useful from the historical point of view and which, if in balance, are able to guarantee both the development of the state and the authentic individual freedom. I consider the abandoning of these values and patterns of thought to be the actual cause of the crisis and/or of the threat it includes.

Key words: individualism, civilization crisis, dictatorship of relativism, legitimacy, metaphysics