

Kritika právního pozitivismu

Obecně bychom mohli uvést, že kritika právního pozitivismu je vedena hlavně proti jeho formalismu. Formalismus jako způsob nazírání jevů klade důraz na poznání formy. Poznání obsahu není zde důležité, resp. vychází se zde z názoru, že není v silách lidského rozumu poznat pravou podstatu, hodnotu jevů. Přeceňování formalismu v poznání práva vede k otevřenému konfliktu práva a spravedlnosti, práva a morálky, kdy právní normy jsou formálně správné, ale jejich uplatnění může paradoxně vést k nespravedlivým rozhodnutím, právo je redukováno na pouhou techniku moci a pod.

Formalismus právního pozitivismu je kritizován z různých hledisek. Americký právní teoretik L.L. Fuller hledá východisko k překonání formalismu v strukturální analýze, kdy mluví o tzv. vnitřní morálce práva. Vymezením osmi principů vznikají podmínky kdy právo projeví svou morální sílu.

L. L. FULLER: Morálka práva

Lon L. Fuller (1902-1978), americký právník, významný představitel právní teorie a filosofie 20. století. Od roku 1939 až do roku 1972 působil jako profesor právní teorie na Harvard Law School. Ve svých polemikách se školou právního pozitivismu, především s britským filosofem práva H.L.A.Hartem, zformuloval vlastní přirozenoprávní nauku, která vychází z procedurální povahy přirozeného práva. Fuller si klade otázku, proč jsou právní normy akceptovány. V této souvislosti mluví o jakési "vnitřní morálce práva". Právní systém musí plnit základní morální požadavky legality. Právní pravidlo může být jen tehdy akceptováno, pokud bude srovnatelné s principy "vnitřní" mravnosti práva, tzn. a) právní předpisy musí být formou obecných pravidel, b) právní pravidla musí být otevřená, komunikativní, tzn. musí být známa a zároveň přístupná kritice, c) zákony nemají být retroaktivní, měly by platit jen prospektivně, d) zákony musí být jasně a srozumitelně formulovány, e) zákony nesmějí být rozporné, vnitřně protikladné, f) zákony musí být přiměřeně stabilní, neměly by se často měnit, g) zákony nesmějí požadovat nic nemožného a musí být konečné, h) musí být interpretovány a uplatněny v souladu se svou formulací. Fuller se kromě podstaty a účelu právních procedur a vztahu mezi morálkou a právem zabýval také smluvním právem a je považován za jednoho z předních amerických odborníků v tomto oboru.

Dílo: *The Law in Quest of Itself (1940)*, *Basic Contract Law (1947)*, *The Problems of Jurisprudence (1947)*, *Legal Fiction (1967)*, *Anatomy of the Law (1968)*, *The Morality of Law (1964)*, *The Principles of Social Order* (vydáno posmrtně v roce 1981)

Naše ukázka je z práce: Fuller, L. L.: Morálka práva (The Morality of Law), Praha 1998, str. 37-43, 175-181.

II

MORÁLKA, KTERÁ UMOŽŇUJE PRÁVO

Zákon, který člověk nemůže ani dodržovat, ani podle něho jednat, je neplatný a není žádným zákonem: a nelze dodržovat rozpory anebo jednat podle nich.

C.J. Vaughan, in: *Thomas v. Sorell*, 1677

Je žádoucí, aby naši vzdělaní právníci odpověděli na následující otázky... zda toto společenství, kdykoli zvolilo parlament, dalo jeho členům právně i jinak neomezenou moc a možnost dle vlastní libovůle postupovat proti svým vlastním zákonům a vyhláškám, dokud je nezruší?

Lilburne, *England's Birth-Right Justified*, 1645

V.

Struktura analytického právního pozitivismu

Pokusím se zde zformulovat základní intelektuální stanoviska, která stojí v pozadí analytického právního pozitivismu. Přídavným jménem "analytický" chci vyloučit pozitivismus vycházející ze vzorců chování, který se v době vrcholu hnutí označovaného jako americký právní realismus snažil právo definovat jako "vzorce chování soudců a ostatních státních úředníků".³⁾ Termín "analytický" také vhodně vyjadřuje jistý způsob uvažování, který upřednostňuje oddělené zkoumání věcí před zkoumáním jejich vzájemného uzpůsobení a fungování; analytičtí pozitivisté se pochopitelně málo zajímají o rozlišení těch prvků mlčky předpokládané vzájemné propojenosti, které naplňují - třebaže vždy jaksi nedokonale - to, co nikoli náhodně nazýváme právním *systémem*.

Struktura myšlení, kterou se pokusím popsat, je vcelku společná pro Austina, Harta i Kelsena. Přitom se budu jen příležitostně zabývat vzájemnými spory mezi zastánci pozitivistického stanoviska. Omezím-li se potom na základní "východiska", která utvářejí pozitivistické vyznání, rozlišil bych jich celkem pět.

Za první, analytický pozitivista pohlíží na právo jako na jednosměrnou projekci autority, vycházející z jistého zplnomocněného zdroje a ustavující se nad občanem. Nerozlišuje žádnou mlčky předpokládanou spolupráci mezi zákonodárcem a občanem jako základní prvek tvorby právního systému; na právo se hledí tak, že prostě působí vůči občanovi - morálně či nemorálně, spravedlivě či nespravedlivě, podle okolností.

Za druhé, pozitivistická filosofie se neptá, co je právo nebo jak působí, ale odkud přichází; zabývá se především otázkou, kdo může tvořit právo. Vzájemné spory uvnitř školy právního pozitivismu se téměř výlučně týkají problému, jak definovat princip či principy, jimiž je vymezeno oprávnění tvořit právo. Tak máme Austinova "jednoho suveréna či mnoho suverénů, těšících se zvyku poslušnosti", Kelsenem postulovanou "Grundnorm" a Hartovo "empiricky" založené "pravidlo uznání".⁴⁾ Pozitivismus může samozřejmě uznávat, že oprávněnému zákonodárci může chybět moc přijmout zvláštní druhy zákonů, například tam, kde psaná ústava vylučuje jisté výkony zákonodárné moci. Žádný moderní pozitivista však nejde nad rámec ústředního bodu svého myšlení, že totiž, abychom si vypůjčili oblíbenou frázi Karla Llewellyna, všechna omezení jsou obsažena v samotném "právnickém díle".

Za třetí, právní pozitivista ve skutečnosti nepohlíží na zákonodárce jako na někoho, kdo zaujímá nějaké zvláštní úřední postavení, roli nebo funkci. Jestliže jsme říkali, že má jistou roli, znamenalo by to mimo jiné, že tato role by měla být přizpůsobena komplementárním rolím ostatních subjektů včetně role prostého občana. Jakýkoli takový pokus by pokus pohlížet na právo jako na jednosměrnou projekci autority kompromitoval.

Za čtvrté, protože zákonodárce nemá podle právních pozitivistů žádnou zvláštní a omezenou roli, není s výkonem jeho funkcí spjato nic, co by bylo možné nazvat "morálkou rolí". Běžný právník samozřejmě podřizuje své chování ke klientům, kolegům, soudům a veřejnosti jistému etickému kodexu. Tento kodex není pouhým přeformulováním morálních principů, jimž se obecně podřizuje lidské chování, ale stanoví zvláštní kritéria aplikovatelná na výkon určité zvláštní sociální funkce. V pozitivistické filosofii však není místo pro obdobný etický kodex, jemuž by byla podřizována role zákonodárce. Když zákonodárce přijme zákony, které Hart označuje za "zlotřilé", provinuje se samozřejmě proti obecné morálce; neexistuje však žádná zvláštní morálka, jež by se dala aplikovat na samo jeho dílo.

Domnívám se, že nemusím pracně dokazovat, že tyto čtyři prvky pozitivistického vyznání, o nichž jsem se právě zmínil, jsou vzájemně závislé; v jistém smyslu každý z nich implikuje ostatní. Všechny je lze shrnout ve zjištění, že pozitivista neuznává ve fungování právního systému nic, co by bylo skutečně možno označit za *sociální rozměr*. Pozitivista vidí právo v okamžiku jeho vydání zákonodárcem, a potom v okamžiku jeho působení na právní subjekt. Nevidí zákonodárce a občana v jejich vzájemném působení a vzhledem k této neschopnosti také není schopen vidět, že vytvoření účinné interakce mezi nimi je neodmyslitelnou součástí samotného práva.

Zatím jsem vynechal *pátý* a nejdůležitější článek pozitivistického vyznání víry. Spočívá v přesvědčení, že jasné myšlení je nemožné, dokud náležitě neoddělíme cílevědomé úsilí, které vstupuje do tvorby práva, od práva, které je ve skutečnosti výsledkem tohoto úsilí. Může se zdát, že tento aspekt pozitivistické filosofie - který nepochybně ospravedlňuje její název - s ostatními čtyřmi nijak nesouvisí. Má k nim však velice blízký vztah.

Pozitivistický postoj k realitě je nejobtížnější udržet tehdy, jedná-li se o lidskou interakci. Kdykoli lze naopak na lidské jednání věrohodně nahlížet jako na jednostranně projektované, nedostatky pozitivistického přístupu jsou minimální. Jestliže se A pokouší dosáhnout určitého účelu jednáním vůči lhostejnému B, potom můžeme s jistou mírou úspěchu rozlišovat mezi účelem A - tím, čeho se A snažil dosáhnout - a výsledkem jeho jednání - určitou změnou ve vnějším světě. Jestliže je A chirurg, který operuje B v narkóze, můžeme říci, že se A pokouší dosáhnout určitého konkrétního výsledku, a můžeme se důvodně ptát, jakého výsledku opravdu dosáhne. Samozřejmě, pokud nejsem sám chirurg, mohu při sledování operace ve skutečnosti chápat co se děje leda ve velmi hrubých obrysech; zvláštní pohyby chirurgových rukou, použité nástroje a další podrobnosti nemusím ve skutečnosti vůbec postřehnout. Všechny tyto podrobnosti by měly smysl pro kolegu chirurga, který by přihlížel operaci, jednoduše z toho důvodu, že by sledoval cílevědomé *proč* toho, co se děje, a mohl se na něm podílet. Navzdory této omezenosti mého chápání toho, co se dělo, však stále mohu coby laik trvat na tom, že jsem přinejmenším v obecné rovině porozuměl účelu operace a že ten se zcela odlišoval od skutečného výsledku, ať už se na tento výsledek hledí jako na úspěch nebo neúspěch vzhledem k účelu, který chirurg sledoval.

Předpokládáme však, že A nejednal vůči lhostejnému B, ale že A a B jsou dvě osoby ve vzájemně vědomém a aktivním vztahu. A a B mohou například společně podnikat. Nestanovili si ještě formu spolupráce, ale jak se podnik postupně rozjíždí, začínají, výslovně v rozhovorech a mlčky svou činností, jednat o jistém druhu ústavy, která by upravovala jejich vzájemné vztahy. Každý orientuje svá slova, znaky a činnosti podle toho, o co podle jeho názoru druhý usiluje, a částečně také podle toho, o čem si myslí, že si druhý myslí, že o to on usiluje. Z interakcí jednotlivých stran zde nevyplývá nic empiricky ověřitelného, co by bylo možno postavit proti účelům, které to přivodily. Kvalita a podmínky vztahu vzniklého mezi jednotlivými stranami -jeho "zákony", chcete-li - vytvářejí důležitou sociální realitu. Jde ale o realitu, jež vznikla a udržuje se cílevědomým úsilím a způsobem, jakým si jedna strana vykládá cíle strany druhé. To, co jsem se právě pokusil vyjádřit, výmluvně vyjadřuje následující úryvek z díla věnovaného interakční sociologii: "Realita v tomto typicky lidském světě tedy není ničím pevným a neměnným, nýbrž je křehká a neustále posuzovaná je něčím, o čem se má diskutovat, v čem se má dospívat ke kompromisům a co se má regulovat."5)

Není pak, domnívám se, náhoda, že prvky interakce, které tvoří právo a dávají mu smysl, analytický pozitivista ponechává stranou a do značné míry ignoruje. Kdyby tak neučinil, dostal by se do vážných potíží při zachovávání základních článků své víry.

Právě uvedené poznámky jsem neuváděl s přesvědčením, že představují nějaké řešení toho, co se obvykle nazývá problém dichotomie faktu a hodnoty. Tím, o čem jsem se zde zmínil, jsem pouze chtěl tuto otázku uvést do vztahu k ostatním principům pozitivismu. Jestliže jsem při tomto úsilí překroutil pozitivistické hledisko vůbec nebo názory jednotlivých pozitivistů, obzvláště těch, kteří se označují jako noví analytičtí právníci, ochotně se nechám opravit. Vyslovit to, co druzí kolegové mlčky předpokládají, je riskantní

záležitost, ale někdy je takový pokus nutný, má-li vůbec dojít k účinné komunikaci.

Než přejdu ke své *Odpovědi*, rád bych ještě k tomuto výčtu přidal poznámku o dvou intelektuálních vlivech, o nichž jsem přesvědčen, že poznamenaly a pomohly zformovat myšlení nových analytických právníků. Jedním je filosofie běžného jazyka, spojovaná se jménem J. L. Austina; druhým je utilitarismus.

Přístup filosofie běžného jazyka obecně spočívá v odhalování a objasňování rozdílů, které obsahuje obvyklé používání jazyka. Zdá se, že v kterékoli oblasti tyto rozdíly objevíme, tam existuje jistá domněnka, že prokážeme jejich platnost a užitečnost a že stačí, když je zcela jasně popíšeme. Za příklad této metody může posloužit Hartův intenzivní zájem o rozdíl mezi "být povinen" a "mít povinnost". Tato metoda umožnila jistý užitečný náhled na některé skutečnosti; ve skulinách běžné řeči se nepochybně skrývá množství nevyslovené a pronikavé moudrosti. Ti, kdo této metody používají, však mají sklon považovat za cíl sám o sobě to, v čem by se měl spatřovat užitečný doplněk filosofického myšlení. Jak zjistil Stuart Hampshire, filosofové jazyka, zdá se, předpokládají, že rozdíly vyvozené z běžné řeči mají užitek, který je nezávislý na kontextu jakéhokoli konkrétního problému, a že tyto rozdíly lze převádět z jednoho problému do druhého.6) Souhlasím s Hampshirem, že toto je hrubý omyl.

Později upozorním na některé příklady, v nichž podle mého názoru předpoklady běžného jazyka uvedly v omyl některé kritiky mého díla. Nyní mi však dovoďte zmínit se o jednom názorném případě, kdy se projevil duch této filosofie. Na stranách 116-121 jsem vyslovil názor, že problémy týkající se zachování integrity právního systému nejsou typické jen pro právo státu či federace, ale zasahují také do tvorby a uplatňování vnitřních pravidel takových sdružení jako jsou církve, kluby, univerzity a odbory. Prohlásil jsem proto, že vnitřní směrnice takových organizací budou pro účely mé analýzy "právem". Hart toto tvrzení označuje za "nestoudné", 7) zatímco Summers jím byl tak vyveden z míry, že nemohl přijít na nic lepšího než říci, že se jedná o další příklad toho, co považuje za můj celoživotní intelektuální sklon, tj. činnosti, kterou nazývá

"ohřívání vlastní polívčičky". 8) Ve věcné analýze by samozřejmě mělo být dovoleno vyslovit názor, že běžné používání slova "právo" může stejně tak zakrývat jako odkrývat základní podobnosti.

Druhý silný vliv na myšlení nových analytických právníků se odvozuje z filosofie utilitarismu. Často se má za to, že hlavním nedostatkem utilitarismu je jeho sklon trivializovat cíle. Myslím, že zásadnější nedostatek spočívá v jeho falzifikaci vztahu mezi účely a prostředky - nedostatek, který směr zvaný utilitarismus pravidel

zmírňuje, ale zcela určit neodstraňuje. Utilitaristická filosofie v nás podporuje intelektuálně pohodlnou představu, že prostředky jsou jen věci osobního prospěchu a že o nich nelze říci nic, co by mělo obecnou platnost; vede nás k zapomnění toho, že v právním systému a institucionálních formách společnosti vůbec jsou prostředky pro jednoho účelem pro druhého a že prostředky a účely jsou ve vztahu všeprostopující interakce.

Poznámky:

1. G. Simmel, *The Sociology of Georg Simmel* (1950), přel. Wolff, par. 4, "Interaction in the Idea of Law", str. 186-189; viz také kapitola 4, "Subordination under a Principle", str. 250-267. Simmelovo pojednání by si měli prostudovat ti, kdo se zabývají definováním podmínek, na nichž lze uskutečnit ideál.
2. O některých rysech tohoto úpadku jsem hovořil ve svém článku "Positivism and Fidelity of Law", in: *Harvard Law Review*, 71, str. 630 a 648-657 (1958). Tento článek nechce být úplným přehledem všech poválečných soudních rozhodnutí v Německu, která se zabývala událostmi za Hitlerova režimu. Některá pozdější rozhodnutí dovozovala neplatnost rozsudků vydaných soudy za Hitlera nikoli z neplatnosti aplikovaných právních předpisů, ale z toho, že nacističtí soudci špatně interpretovali zákony svého vlastního státu. Viz H.O. Pappé, "On the Validity of Judicial Decisions in the Nazi Era", in: *Modern Law Review*, 23 (1960), str. 260-274. Zdá se mi, že Dr. Pappé toto rozlišování poněkud přehání. Koneckonců význam právního předpisu závisí částečně na přijatých způsobech interpretování. Lze říci, že poválečné soudy v Německu daly plný průchod nacistickým zákonům, když je interpretovaly podle vlastních kritérií, namísto zcela odlišných kritérií, běžných za nacistického režimu? Navíc se zdá, že je poněkud nemístné příliš se zabývat otázkami náležité interpretace takových zákonů, které jsou plně vágních formulací a neomezených delegací pravomoci.
3. Odkazy na právní realismus vycházející ze vzorců chování lze nalézt v mé knize *The Law in Quest of Itself* (1940, 1966), str. 53-57.
4. Zde ani nikde jinde jsem se nepokoušel kriticky zhodnotit Hartův pojem pravidla uznání. Zainteresovaný čtenář takové zhodnocení nalezne v R. E. Sartorius, "The Concept of Law", in: *Archiv fuer Rechts- und Sozialphilosophie*, 1966, str. 161-190 a R. Dworkin, "The Model of Rules", *University of Chicago Law Review*, 35 (1967), str. 14-46. Tyto dva články jasně ukazují, že pravidlo uznání není ani zdaleka tak jednoduchým pojmem, jak by se mohlo z Hartova výkladu zdát. Jak ho lze "empiricky" ustavit, místo aby bylo "postulováno" po způsobu Kelsenovy základní normy, je nadále do značné míry neprozkoumáno a neobjasněno.
5. G. J. McCall, J. L. Simmons, *Identities and Interactions* (1966), str. 42.
6. "J. L. Austin and Philosophy", *Journal of Philosophy*, 62 (1965), str. 511-513.

7. "Toto široké pojetí práva, nepochybně a zcela nestoudně zahrnuje pravidla klubů, církví, škol a stovky dalších sdružení." Pozn. 3 výše, str.1281.
8. R. C. Summersova recenze, str. 22. Profesor Summers v této recenzi využívá celkem šestkrát příležitosti charakterizovat části z mé knihy jako "ohřívání vlastní polívčičky"; viz str. 15, 18, 19, 20, 22 a 24.