

4. KAPITOLA

POZITIVNÍ PRÁVO A PRÁVNÍ POZITIVISMUS

- a) *Co označuje pojem pozitivní právo? Etymologický a sémantický výklad pojmu.*
- b) *Co je to pozitivní právo?*
- c) *Proč vznikl právní pozitivismus a co jej charakterizuje?*
- d) *Základní směry právního pozitivismu: anglická a německá verze.*
- e) *Kritika právního pozitivismu.*

Literatura: BIX, B. *Jurisprudence: Theory and Context*. 4.ed. London: Sweet-Maxwell, 2006, KOLLER, P. *Theorie des Rechts. Eine Einführung*. Wien: Böhlau Verlag, 1992; KUBEŠ, V. *Právní filozofie XX. století*. Brno: ČSPAS, 1947, s.45-47; SOBEK, T. *Nemorální právo*. Praha- Plzeň: Aleš Čeněk, 2010, s. 234-307; WEINBERGER, O. *Norma a instituce*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2017.

4.1 Co označuje pojem pozitivní právo? Etymologický a sémantický výklad pojmu „pozitivní právo“.

Termín *pozitivní právo* je překladem latinského výrazu „*ius positivum*“. Tento výraz nalezneme již v Justiniánském kodexu (6. st.), kde se objevuje spojení „*lege ponere*“- což znamená „stanovit“, doslova „položít zákon“ (přičestí minulé od „ponere“ je „positum“).

Poznámka:

Používání slova „*ius positivum*“ je vysvětlováno i jako důsledek pokusu přeložit řecký protiklad slov *nomos – fysis* do latiny jako „*positivum a naturalis*“. „*Positivus*“ označuje vše, co nevzniklo z přírody, ale bylo vytvořeno tak, jak je utvořena nějaká věc či nějaké umělecké dílo (*non natura, sed positive, arte constitutum*). V tomto významu bylo spojení „*ius positivum*“ používáno ve středověku. Začátkem 12. století teolog *Abelard* rozlišuje pravidla na přirozená (stanovená od Boha) a pravidla vytvořená lidmi. Rovněž se pak rozlišovalo mezi spravedlností přirozenou a pozitivní: *iustitia positivus a iustitia naturalis*.

Pojem „*pozitivní právo*“ se usadil v právním jazyce až koncem 18. století. Vznikem právního pozitivismu jako teorie práva je pak „*pozitivní právo*“ označením jejího předmětu.

Slovo „*pozitivní*“ je v běžném jazyce používáno ve významu kladný, dobrý. Ve spojení s právem to ale neplatí. Na půdě práva je jeho význam interpretován ve smyslu toho, co *bylo a je záměrně stanoveno, uloženo nebo nařízeno*.

„*Pozitivita*“ práva tudíž nebude pozitivním hodnocením práva, ale bude vyjadřovat skutečnost, že jeho obsah a forma jsou arbitrárně stanoveny zákonodárným aktem; díky tomu získává právo platnost a sociální účinnost.

4.2 Co je to pozitivní právo?

Vývoj pozitivně-právního myšlení je spojen s pojetím práva, které bylo vytvořené, stanovené zákonodárnou autoritou.

- V období klasických teorií přirozeného práva se o tomto právu mluví jako o právu

zákonmém či lidském a jeho funkce je odvozována jen ze vztahu k přirozenému právu.

- V antice mu byla přisuzována role konkrétního „*doplňku*“ přirozeného práva nebo jakéhosi *korektora mezer* (Platón, Aristotelés). Ve středověku fungovaly lidské zákony jako „korektor“ přirozeného práva a to v případě páchaní zločinu či bezpráví. Přirozené právo vycházející z věčného zákona se neumělo vypořádat s nespravedlivým či nezákonným jednáním (Akvínský).

- V novověkých koncepcích se role pozitivního práva mění a začíná fungovat jako nutný „*technický*“ *prostředek* k uplatnění a prosazení přirozeného práva (Hobbes). Stručně řečeno, bez zákonného práva by nemohlo být uplatněno přirozené právo (právo, které se nedá uplatnit je k ničemu). Kant pak precizuje tuto funkci pozitivního práva a uděluje mu roli *prostředku legalizace* přirozeného práva, jehož obsah je utvářen subjektivními právy člověka.

Hobbesovo a Kantovo pojetí přirozeného práva otevírá cestu k pozorování pozitivního práva jako skutečného a svébytného jevu. Od 19. století se na půdě právního myšlení začínají psát již dějiny pozitivního práva.

Úkol č.1

V různých odborných publikacích a učebnicích se často jako znak rozlišující přirozené a pozitivní právo uvádí:

a) přirozené právo je právo nepsané a pozitivní je právo psané;

b) přirozené právo je právo nad-pozitivní, předcházející pozitivnímu, tudíž není empiricky postihnutelné, kdežto pozitivní právo je empiricky pozorovatelné;

c) přirozené právo usiluje o spravedlnost a dosažení pravdy a pozitivní právo usiluje jen o dosažení právní jistoty;

d) pozitivní právo je právo, které je (objektivně) poznatelné (kognitivismus), naproti tomu přirozené právo má subjektivní povahu, kterou mu vtiskuje jeho morální obsah. Morální soudy nelze racionálně zdůvodnit (non-kognitivismus).

Co vy na to? Zamyslete se, zda jsou tato hodnocení povahy přirozeného a pozitivního práva vhodná a výstižná. Zda za účelem názornosti jejich rozdílů nedochází zároveň ke zjednodušení a redukci základních znaků a vlastností jak přirozeného, tak pozitivního práva.

Úkol.č.2

Americký autor J. B. Murphy ve své práci přisuzuje pozitivnímu právu význam toho, co postrádá svoji vlastní racionální a morální sílu; protože jeho obsah byl „arbitrárně“ utvořen. Protikladem je pak zde to, co má racionální nebo morální sílu už ve své podstatě nebo povaze (např. přirozené právo).

Jak rozumíte uvedenému tvrzení, že pozitivní právo „postrádá vlastní racionalitu a morální sílu“? Znamená arbitrárnost absenci racionality a morálky? Lze vzájemný vztah přirozeného a pozitivního práva vymezovat na základě uvedeného protikladu?

Převzaté od: MURPHY, J. *Philosophy of Positive Law: Foundations of Jurisprudence*. Yale, 2005, s. 5.

Abychom nepropadli jednostrannému pojetí pozitivního práva, bude vhodné, když jeho základní znaky odvodíme prostřednictvím těchto otázek:

- **Co je zdrojem pozitivního práva?** (Má se za to, že normativita práva má svůj „zdroj“.)

- **Jak se toto právo projevuje?** (Normativita se vždy projevuje v nějaké konkrétní formě: norma, pravidlo, předpis, atd.)
- **Co je jeho obsahem?** (Forma je vždy projevem nějakého obsahu.)
- **Jakým způsobem je právo uplatňováno?**

Úkol č. 3

Vaším úkolem je na základě uvedených otázek pojmenovat základní znaky pozitivního práva. Postupujte následovně: **a) nejdříve určete „zdroj“ jeho normativity; b) pak formu (podobu); c) následně obsah; d) jako poslední znak vymezte způsob jeho uplatnění.**

Pokuste se pak tyto znaky zakomponovat do uceleného vymezení pojmu „pozitivní právo“.

Pozitivní právo je právo, které.....

Úkol č. 4.

Podobným způsobem odvoďte znaky přirozeného práva a porovnejte je se základními znaky pozitivního práva. Vycházejte přitom ze svých dobrých znalostí teorie práva a také studia předešlé kapitoly o přirozeném právu.

Rozdíl mezi přirozeným a pozitivním právem spočívá: **a) v odlišném zdroji, b) v rozdílné formě, c) v rozdílném obsahu, d) v rozdílném způsobu jejich uplatnění.**

4.3 Proč vznikl právní pozitivismus a co jej charakterizuje?

Vznik právního pozitivismu koncem 19. století je reakcí na nutnost vytvořit svébytnou teorii práva, která by systematizovala poznatky o právu jako právu. Právní pozitivismus je často označován za protiklad teorií přirozeného práva. Vymezovat právní pozitivismus jen jako protiklad ius naturalismu je velmi zjednodušeným porozuměním vývoje moderního právního myšlení.

Právní pozitivismus jako teorie a způsob poznání práva vznikl jako logický důsledek vývoje (evoluce) právního myšlení. Stoupenci právního pozitivismu měli od počátku ambici prokázat, že pozitivní právo není jen skutečným, platným právem, ale také svébytným společenským jevem. Když pozitivisté mluví o pozitivním právu, tak mluví nejen o právu jaké je, ale o právu jako takovém.

4.3.1 Proč vznikl právní pozitivismus?

- **Změna společenských podmínek ve druhé polovině 19.století;** rozvoj průmyslu a hospodářství, kdy vznikala nová odvětví a činnosti; rozvíjel se obchod a finančnictví. S tím souvisela i změna funkcí státu, kdy se formoval a rozvíjel administrativní aparát, školství, apod.

- *Další diferenciacie právních činností*; rozvíjela se nová odvětví práva (obchodní právo, finanční právo, správní právo, atd.). Právo a právní jevy se začaly projevovat ve společnosti čím dál více jako autonomní, svébytné fenomény, nezávislé od politiky či jiného společenského jednání (morálky).
- *Přirozeno - právní doktrína již nepostačovala k teoretickému vysvětlení toho, co je právo*; bylo nutné vytvořit takový teoretický koncept práva, který by představil a vysvětlil právo takové, jaké je, jako skutečně fungující jev.
- Hledal se vhodný teoretický a metodologický přístup a za takový byl koncem 19. století považován filozofický směr pozitivismus.

Doporučení k dalšímu studiu:

Český právní filozof **Vladimír Kubeš (1908-1988)** ve své práci „*Právní filozofie XX. století*“ velmi přehledně a plasticky popisuje především filozofická východiska utváření moderního právního myšlení.

Viz k tomu KUBEŠ, Vladimír. *Právní filozofie XX. století*. Brno: ČSPAS, 1947.

4.3.2 Co je to pozitivismus?

- Pozitivismus je filozofický směr, který se rozvíjí ve druhé polovině 19. století. Jako první použil termín pozitivní filozofie francouzský sociolog **Auguste Comte (1798-1857)**.
- Pozitivismus odmítá metafyzický způsob myšlení; na otázku co je podstatou bytí (univerza, světa) nelze dát jinou než spekulativní odpověď.
- Předmětem našeho poznávání může být jen to, co je „dané“, co je skutečné. Poznávání skutečností je poznáváním jednotlivých ověřitelných faktů.

Pozitivismus můžeme charakterizovat jako způsob poznávání a myšlení, pro který je charakteristický:

- ***empirický přístup, empirická verifikace***; teoretické koncepty je v konečném důsledku vždy možné empiricky ověřit. *Platí, že vědecké jsou jen ty výroky, které jsou empiricky ověřitelné a vyvratitelné.*

- ***objektivistický přístup***; věří v možnost objektivního poznání, objektivní potvrzení vědeckých teorií je možné prostřednictvím deduktivní logiky (logicizmus);

- ***behavioristický přístup***, zaměřující se na to, co je pozorovatelné; pozorování je zde pojímáno jako hodnotově neutrální;

- **naturalistický přístup**, který hájí jednotu přírodního a společenského světa a tím také jednotnou metodologii přírodních a společenských věd.¹

4.3.3 Právní pozitivismus.

K právnímu pozitivismu, který přebírá základní premisy filozofického pozitivismu, se hlásí řada směrů a přístupů, což znesnadňuje jednoznačné vymezení jeho obecných či typických znaků. V 50. letech 20. století se o to pokusil H.L.A.Hart, který identifikuje význam pojmu „pozitivismus“ na základě pěti tvrzení:

- **zákony jsou lidské příkazy;**
- **mezi právem a morálkou není nutný vztah, podobně jako mezi právem, jaké je a jaké by mělo být;**
- **analýza významů právních pojmů je jednak obohacující, ale je i odlišná od historické či sociologické interpretace a také od kritického hodnocení práva z hlediska morálních či jiných sociálních představ o jeho účelu;**
- **právní systém je logicky uzavřený systém, ve kterém je možné dedukovat korektní právní rozhodnutí prostřednictvím logiky z daných právních pravidel, a to bez odkazu na sociální cíle, obecné zásady či morální kritéria;**
- **morální a hodnotové výroky není možné ospravedlnit a obhajovat prostřednictvím racionálních argumentů, důvodů či důkazů jako výroky o skutečnostech, jako fakta (non-kognitivismus v etice).²**

Poznámka:

Podobně německý filozof Norbert Hoerster formuloval pět tezí právního pozitivismu: **a) zákonnost, b) neutralita, c) subsumpce, d) subjektivismus (relativismus), e) legalismus (poslušnost).** Viz k tomu více HOERSTER, Norbert. *Verteidigung des Rechtspositivismus*. Frankfurt: 1989, s. 10.

Uváděné znaky či charakteristiky právního pozitivismu jsou jednotlivými stoupenci různě interpretovány a stěží bychom našli nějakou koncepci, která by je všechny obsahovala. Proto je lepší mluvit o tématech, která jsou nejčastěji středem pozornosti. K takovým nesporně patří:

- tzv. oddělující téze; otázka vztahu práva a morálky, zda mezi právem a morálkou je či není nutný vztah, atd.

¹ Viz k tomu více HOLLIS, Martin. The Last Post? In: SMITH, Steve.; BOOTH, Ken.; ZALEWSKI, Marysia. (eds.). *International Theory: Positivism and Beyond*. Cambridge – New York: Cambridge University Press, 1997, s. 301–317; také LLOYD, Christopher. *The Structure of History*. Oxford: Blackwell, 1993, s. 72-73.

² Viz k tomu HART, H.L.A. Positivism and the Separation of Law and Morals. In: HART, H.L.A. *Essays in Jurisprudence and Philosophy*. Oxford: Clarendon Press, 1983, s. 57-58.

Způsob řešení tohoto vztahu vede k diferenciaci různých metodologických přístupů (*slabá a silná verze non-kognitivismu*) či názorových skupin (*exkluzivní či inkluzivní pozitivismus, metodologický či normativní, apod.*);

➤ otázka poznávání práva jako sociálního faktu; všichni pozitivisté považují právo za sociální jev, shodují se na tom, že jeho obsah a platnost jsou podmíněny sociálními faktory. Zdrojem rozdílnosti je zde pak různé porozumění a interpretace významu toho, co lze či nelze označit za skutečnost, za sociální fakt, atd.

Úkol č.5

Vysvětlete významové rozdíly těchto pojmů:

- a) „pozitivní právo“ a „právní pozitivismus“;
- b) empirismus a racionalismus;
- c) kognitivismus a non-kognitivismus;

Úkol č. 6

Kritizujte uvedené jednostranné a předsudečné interpretace, které o právních pozitivistech uvádějí někteří autoři. Vysvětlete, v čem spočívá jejich omyl, když tvrdí, že pozitivisté:

- a) popírají důležitost morálky jako takové;
- b) popírají vliv morálky na obsah zákona;
- c) popírají možné rozhodování soudců podle morálních hodnot a měřítek;
- d) pozitivisté nepřipouští existenci morálního závazku dodržovat právo.³

4.4 Základní směry právního pozitivismu.

Tak, jak se obtížně hledají obecné znaky právního pozitivismu, tak se liší i různé typologie jeho směrů či názorových skupin. Kupříkladu známý německý právní filozof a teoretik **Robert Alexy (1945)** vymezuje jednotlivé varianty právního pozitivismu na základě dvou definičních prvků pojmu pozitivní právo. Zde vymezuje platnost práva na základě prvku s normativním systémem souladného nebo autoritativního stanovení a prvku společenské účinnosti.⁴

Poznámka:

Již uváděný Weinberger dělí právně-pozitivistické směry do čtyř velkých skupin: a) *historický právní pozitivismus*, b) *normativistický pozitivismus*, c) *realistický pozitivismus*, d) *institucionalistický právní pozitivismus*.

Weinberger tyto směry uvádí bez informací o jejich představitelích. Tím se vyhnul nesnázím se zařazením některých „hraničních“ pozic či směrů, a to za cenu určité schematizace, která zcela nevystihuje proměny právního pozitivismu.

WEINBERGER, Ota. *Norma a instituce*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2017, s. 73.

Pro základní orientaci v řazení jednotlivých pozic a směrů právního pozitivismu bude vhodnější uplatnit historické hledisko. Díky tomu můžeme vymezit dvě verze, které se liší svými filozofickými východisky: první, **anglická nebo dnes anglo-americká verze**, která

³ Viz k tomu více SIMMONDS, E. Nigel. *Základní otázky právní vědy. Spravedlnost, právo, práva*. Olomouc: Iuridicum Olomucense, 1997, s. 98-99.

⁴ Viz k tomu ALEXY, Robert. *Pojem a platnost práva*. Bratislava: Kaligram, 2009, s. 25-26.

vychází z empirismu a utilitarismu rozvíjeného anglickými filozofy 17. -18. století. Druhá, německá verze právního pozitivismu vychází z německé klasické filozofie 18. a 19. století.

4.4.1 Anglo-americká verze právního pozitivismu.

Předchůdci: a) *Thomas Hobbes* svým pojetím smlouvy a státu; legitimní zákonodárná moc suveréna vytváří zákonné a legitimní právo;

b) *David Hume (1711-1776)*, skotský empirik a skeptik, zpochybňuje možnost odvození morálních soudů či hodnotových závěrů z deskriptivních premis (to, co má být, nelze vyvozovat z toho, co je).

Filozofická východiska: *empirismus a skepticismus v teorii poznání, teorie ospravedlňující suverénní zákonodárnou moc; morální představy, které charakterizují utilitarismus, později příklon k pragmatismu a filozofii jazyka.*

Základní směry:

a)imperativní teorie práva- *Jeremy Bentham (1748-1832), John Austin (1790-1859);*

Poznámka:

Bentham i jeho pokračovatel Austin považují právní řád za soubor příkazů vytvořených zákonodárnou autoritou. Kritizují morální zdůvodňování pojmů svrchovanost či zákonodárná autorita. Na základě toho ukazují, v čem spočívá rozdíl mezi morální a právní povinností. Právní povinnost se podle obou projevuje formou příkazů stanovených legitimní zákonodárnou autoritou. Tato povinnost je vynutitelná pod hrozbou sankce. Jejich zásluha tkví v tom, že již systematicky vymezují základní právní kategorie: *suverenita, zákonodárná autorita, právní povinnost, příkaz, sankce.*

Bentham je také považován za zakladatele utilitarismu. Základní principy utilitarismu vycházejí z názoru, že podstatou morálky je „maximalizace blahobytu“, protože přirozeností člověka je maximalizace svého užitku. Zda je jednání morální nebo nemorální lze posoudit jenom podle jeho následku. Kritériem morálního jednání je zde zásada „*co největší (užitek) štěstí pro co nejvíce lidí*“.

b) Právní realismus: i) americká verze - *Oliver Holmes (1841-1935), Roscoe Pound (1870-1964), Benjamin N.Cardozo (1870-1938);*

ii)skandinávská verze- *Axel A.G. Hagerström (1868-1939), J.Ross (1899-1979), Karl Olivecrona (1897-1980).*

Poznámka:

Právní realisté kritizují tradiční pozitivistické myšlení za ztrátu kontaktu s realitou, za propadnutí formalismu a určitému „mechanickému“ rozhodování podle Ústavy. Zastávají názor, že právo je skutečně utvářeno až v soudcovském rozhodování, až v soudním procesu nalézá své konkrétní vyjádření. Předmětem teoretického zkoumání by tak neměla být otázka tvorby normativních pravidel, ale spíše metody soudcovského rozhodování, které budou zohledňovat všechny podmínky tohoto procesu; do těchto podmínek zahrnují i mimoprávní vlivy jako je intuice soudců, jejich zkušenost a další psycho-sociologické důvody. Typické pro skandinávské realisty je to, že více pozornosti věnují právnímu jazyku a snaží se o empiričtější popis základních právních pojmů (vlastnictví, norma nebo povinnosti a práva). Právní realismus našel své stoupence také v jiných evropských zemích, např. ve Francii nebo v Itálii.

c) Analytická jurisprudence - H.L.A. Hart (1907-1992), který představil svůj koncept práva jako systém právních pravidel ve známé práci „*Pojem práva*“. (Hartovu pojetí právních pravidel je věnována větší pozornost v kapitole o vztahu právních pravidel a principů).

d) Exkluzivní a inkluzivní právní pozitivismus.

V pohartovském období se v anglicky mluvících zemích na půdě právního pozitivismu vydělily dvě názorové skupiny: **a) „exkluzivní“ právní pozitivismus** (někdy je označován jako „hard“ pozitivismus) - *Joseph Raz, Scott Shapiro, Andrej Marmor a jiní.*)

b) „inkluzivní“ právní pozitivismus (někdy je označován jako „soft“ pozitivismus nebo inkorporativní právní pozitivismus) – *Jules Coleman, Matthew Kramer, David Lyons a jiní.*

Poznámka:

Kritériem rozlišení na exkluzivní a inkluzivní právní pozitivismus je odlišný přístup k otázce, zda je nutná separace práva od morálky nebo je možný mezi nimi nějaký „pojmový“ vztah a morální normy mohou být kritériem platnosti práva. **Exkluzivní právní pozitivisté** trvají na tom, že morální kritéria nemohou být ani dostatečnou ani nutnou podmínkou platnosti právní normy. Nicméně nevyklučují, že morální soudy či argumenty se mohou použít pro potřeby aplikace práva jako mimoprávní prostředky.

Stoupenci inkluzivního právního pozitivismu nevyklučují možnost, že v nějakém právním systému mohou morální normy sehrávat roli nutné podmínky právní platnosti. Tudíž připouštějí i konkrétní situaci, kdy morálka neplní roli nutné podmínky, a kdy tuto roli může plnit.

Viz k tomu: SOBEK, Tomáš. *Nemorální právo*. Praha-Plzeň: Aleš Čeněk, 2010, s. 276-283.

4.4.2 Německá verze právního pozitivismu.

Předchůdci: **I. Kant** a později **novokantovci** obou směrů, marburské i bádenské školy.

Filozofická východiska: racionalismus a apriorismus v poznávání, deontologické pojetí morálky, hodnotová neutralita práva, později příklon k pragmatice jazyka (teorie řečových aktů *J.L.Austin*, *J. Searle*).

Poznámka:

Ve druhé polovině 18. století se centrum filozofie přesouvá na území dnešního Německa. Německá filozofie zažívá v tomto období nebyvalý rozkvět, kdy se předmětem filozofického tázání stává člověk nejen jako subjekt poznávání ale i jednání. Toto období reprezentují představitelé tzv. německé klasické filozofie (**I. Kant, J. G. Fichte, F. Schelling, G. W. F. Hegel**), kteří na rozdíl od anglických empiriků byli zastánci racionalismu.

Základní směry:

a) „Gesetzpositivismus“ (zákonný pozitivismus): *Karl Bergbohm (1849-1927), Felix Somló (1873-1920);*

Poznámka:

V německém prostředí je často zmiňovaný zákoný pozitivismus jako směr právního pozitivismu. Někteří autoři mluví dnes spíše o metodologickém přístupu než směru. Zákoný pozitivismus se zrodil z kritiky tzv. vědeckého pozitivismu, kterému vyčítal přílišnou formálnost, díky které není možné zabránit vzniku nemorálních a nespravedlivých zákonů. Stručně řečeno, stoupenci této verze chtějí „očistit“ od libovůle i rozhodovací právní procesy, proto jej někteří označují také za praktický pozitivismus. Odmítají, aby tvorba práva a soudcovské

rozhodování vycházelo z nějakých jiných zdrojů, než je zákon. Zákon je zde závazný bez ohledu na obsah, kdy se věří, že zákonná forma práva zabrání libovůli v rozhodovacích procesech a jeho aplikaci. Zákonný pozitivismus se stal metodologickým východiskem i Hanse Kelsena, který jej ale funkcionálně dotváří.

V německé poválečné diskusi o přirozeném právu byla doktrína zákonného práva nekriticky označena za jeden ze zdrojů nacistického práva. Zajímavé hodnocení zákonného pozitivismu nacházíme u tvůrce systémové teorie práva, německého právního teoretika a sociologa **Niklase Luhmanna (1927-1998)**. Tento směr právního pozitivismu považuje za krok k úplné pozitivizaci práva tím, že „i rozhodování zde právo plně přenechává politickému systému“.⁵

Viz k tomu více ELLSCHIED, Günter. Das Naturrechtsproblem. Eine systematische Orientierung. In: KAUFMANN, Arthur.; HASSEMER, Winfried. (Hrsg.). *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*. 6. Auflage. Heidelberg: C.F.Müller, 1994, s. 179-184.

b1) Ryzí nauka právní: Hans Kelsen (1881-1973);

b2) Normativní škola práva, resp. Brněnská škola právní teorie: František Weyr (1881-1951), Karel Engliš (1880-1960), Jaromír Sedláček (1885-1945), Zdeněk Neubauer (1901-1956), Adolf Procházka (1900-1970), a jiní. K nejmladším představitelům patří Vladimír Kubeš (1908-1988) a Ota Weinberger (1919-2009).

Poznámka:

Kelsenova ryzí nauka právní je považována za nejradikálnější formu právního pozitivismu; představuje doslova „koperníkovský obrat“ v moderním právním myšlení. (Viz více ke Kelsenově teorii v následující kapitole.)

Právní normativismus významným způsobem ovlivnil i vývoj českého právního myšlení v 30. letech 20. století. Nezávisle od Kelsena zformuloval podobná normativní východiska také český právní teoretik F. Weyr, který je považován za zakladatele tzv. Brněnské školy právní teorie. Tato škola působila v tomto období na Právnické fakultě v Brně a ovlivnila celou generaci právníků. Její specifčnost spočívá v tom, že nevznikla jako recepce (přejímání) Kelsenovy teorie práva tak, jak to bylo v jiných zemích. Weyr představil zásady své normativní koncepce práva o tři roky dříve než Kelsen. Učinil tak již v roce 1908 ve svém habilitačním spisu „*Příspěvky k teorii nucených svazků*“. Druhou zvláštností je to, že právní normativismus se stal teoretickým východiskem dalších disciplín (občanského práva či národního hospodářství). Kelsenova teorie práva nebyla takto rozvinuta.

Doporučení k samostudiu:

WEINBERGER, Ota.; KUBEŠ, Vladimír. *Brněnská škola právní teorie (normativní teorie)*. Praha: Karolinum, 2003.

c) Neo-institucionalismus, institucionální právní pozitivismus: Ota Weinberger (1919-2009), D. Neil MacCormick (1941-2009).

Poznámka:

Weinberger se stal známým právním teoretikem a logikem po své emigraci v roce 1968, kdy žil a působil jako profesor v rakouském Štýrském Hradci. V 80. letech 20. století představil svůj koncept neo-institucionalismu jako pokusu o překonání rozdílů mezi právním normativismem a realismem. K podobným názorům v tomto období dospívá také skotský právní teoretik *D. Neil MacCormick*. Jejich metodologické východisko bychom mohli obecně označit za antiredukcionistické. Sociální skutečnost neredukují jen na materiální realitu, ale fakticitu připisují i institucím. Stručně řečeno, do právního života zahrnují také instituce a do poznání práva institucionální fakta. Dále, právo neredukují na soubor norem. Do struktury práva patří další různé typy právních pravidel: normy chování, právní zásady, zmocňovací normy. Oba jsou zastánci non-kognitivismu, kdy Weinberger připouští možnost racionálně zdůvodněné právně-politické analýzy.

Viz k tomu více: WEINBERGER, Ota. *Norma a instituce*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2017, s.76-82; WEINBERGER, Ota.; MACCORMICK, D. Neil. *An Institutional Theory of Law. New Approaches to Legal Positivism*. Dordrecht: Kluwer Academic Publishing, 1986.

⁵ LUHMANN, Niklas. *Soziologische Aufklärung*. Köln-Opladen, 1971. s.180.

Úkol č. 7

Případ „Domovník“

Tento úkol by nám měl pomoci porozumět základním zásadám (klasického) právně pozitivistického myšlení.

„Pan A je nájemníkem a také domovníkem jednoho nájemního domu v Zürichu. V domě bydlí deset rodin a jeho majitel je pan B. Nájemné A je z důvodu funkce domovníka o 500 franků měsíčně nižší. (Podle švýcarského práva se jedná o specifickou pracovní smlouvu.) Pan A však onemocněl a musel jít do nemocnice, kde zůstal celý měsíc. Z tohoto důvodu se nemohl o dům starat. Majitel domu, pan B si najal na tuto dobu náhradního domovníka a v následující platbě panu A zvýšil nájem o 500 franků. Pan A odmítl zvýšení zaplatit a celá záležitost se dostala k soudu.“

Pan A si najal advokáta, který při řešení tohoto případu vycházel ze zásady, že smlouva byla uzavřena na základě zákona, z čeho dovedl, že požadavek majitele domu 500 franků je neoprávněný.

Pan B si najal advokáta, který sice zastává názor, že smlouva je uzavřena podle zákon, ale podle něj zákon vše neupravuje, takže podle něj pro určení povinnosti a práv je potřebné přihlížet k reálně existujícím vztahům a zájmům. Na základě tohoto přístupu dovedl, že pan A musí zaplatit 500 franků majiteli domu.

Vášim úkolem je vytvořit argumentační strategii obou advokátů; a) z jakých premis vychází argumentace advokát pana A? b) z jakých premis vychází argumentace advokáta B? c) Co byste soudci, který má rozhodnout tento případ, doporučili? Ze které pozice by mělo vycházet jeho rozhodnutí?

Upravené a převzaté od: MASTRONARDI, Philippe. *Juristisches Denken*. Bern: Haupt Verlag, 2003, s. 186-188.

4.5 Kritika právního pozitivismu.

Právní pozitivismus se stal ve 20. století dominantním právním směrem a také dominantním způsobem právního myšlení. Po druhé světové válce dochází k první radikální kritice jeho základních premis:

- oddělovací teze, která odmítá nutnost vztahu práva a morálky;
- odmítnutím premisy, že normativitu nelze odvozovat z fakticity; „Sollen nelze odvodit ze „Sein“;
- odmítnutím názoru, že obsah práva nelze spojovat s ideou spravedlnosti;
- odmítnutím zásady, že praxe nemůže být zdrojem teoretického poznání práva.

Největším kritikem byl německý právní filozof a teoretik trestního práva **Gustav Radbruch (1878-1949)**. Jeho kritika byla namířena konkrétně vůči Kelsenově Ryzí nauce právní, která podle něj umožnila, aby zákonné bezpráví, které ztělesňovaly nacistické zákony, byly uznány za závazné a platné právo. Tomu lze předejít jen připuštěním spravedlnosti jako podmínky platnosti, a to i za cenu porušení právní jistoty jako stěžejní zásady právního

pozitivismu. Svůj koncept práva představuje jako úsilí o „třetí cestu“, která by vedla k propojení právně-formalistického a hodnotového přístupu k právu.⁶

Ve druhé polovině 20. století byl právní pozitivismus jako směr a způsob právního myšlení podroben vlně další kritiky. Pro lepší orientaci bychom tuto kritiku mohli rozdělit na **kritiku vedenou „zevnitř“ a kritiku vedenou „zvnějšku“**.

4.5.1 „Vnitřní“ kritika právního pozitivismu.

O překonání slabin klasického právního pozitivismu (imperativní jurisprudence a také Ryzí nauky právní) usilují i samotní stoupcí právního pozitivismu. Z takové kritiky vzešla i **Hartova analytická jurisprudence**, která se pokouší jednak o překonání „zbytků“ naturalismu a moralismu v Austinově pojetí práva, ale také o zmírnění radikálního řešení vztahu práva a morálky, které zastává Kelsen ve své koncepci právního normativismu.

Poznámka:

Hart kritizuje Austinovo pojetí zákonodárné autority spojované s politickou mocí a také moralismus, kterým je ještě zatížen obsah (právních) příkazů. Příkazy mají odstranit zlo v jednání adresátů. Nebezpečí formalismu, které plyne z radikálního odtržení práva a morálky, chce zamezit zdůvodněním minimálního obsahu přirozeného práva v pravidlech, ale i nahrazením dichotomie „Sollen“ a „Sein“, rozlišením pozice „pozorovatel“ a „účastník“, atd.

4.5.2 Kritika právního pozitivismu „z vnějšku“.

V kritice právního pozitivismu z vnějšku můžeme rozlišit několik přístupů. Všechny mají jedno společné, chtějí otupit dominantnost právně-pozitivistického myšlení a prokázat, že je možný i jiný **„ne-pozitivistický či non-pozitivistický koncept pozitivního práva“**.

Za non-pozitivisty jsou považováni **R. Dworkin, J. Finnis, R. Alexy a jiní**. Zjednodušeně řečeno, kritizují právní pozitivismus, ale neodmítají pozitivní právo. Od zmiňovaných tzv. inkluzivních pozitivistů se odlišují tím, že vztah mezi právem a morálkou považují za nutný či nevyhnutelný, nikoliv jen možný. Mají za to, že povaze práva jsou vlastní morální požadavky, které podle nich ztělesňují právní principy. Principy vyjadřují vždy nějaké morální hodnoty a zásady. Podle toho, jaká funkce je principům připisována, se rozlišují dvě verze: **strukturálně teoretická (R. Alexy) a verze teorie platnosti (R. Dworkin)**.

Poznámka:

Alexy ve svých pracích rozlišuje kritiku právního pozitivismu na kritiku uplatňující „argument neprávem“ nebo „argument principy“. Argument neprávem vychází z Radbruchovy kritiky. Tento argument rozšířil na kritiku totalitních právních systémů německý teoretik ústavního práva **Martin Kriele (1931)**. Alexy se hlásí ke kritice vycházející z argumentace principy.⁷

⁶ Viz k tomu více RADBRUCH, Gustav. *O napětí mezi účely práva*. Praha: Wolters Kluwer, 2012, s. 120-138.

⁷ Viz k tomu ALEXY, Robert. *Pojem a platnost práva*. Bratislava: Kalligram, 2009, s. 92, 99-112.

Kromě non-pozitivistické kritiky se koncem 80. let 20. století objevuje také kritika, která zpochybňuje jinou premisu právního pozitivismu, a to práva jako sociálního faktu. Stručně řečeno, pro právní pozitivismus je sociálním faktem jen to, co sám takto určí.

Na neschopnost právně-pozitivistického myšlení vypořádat se s proměnami sociální reality v post-moderní společnosti reagoval německý filozof a sociolog **Jürgen Habermas (1929)** svojí diskursivní teorií práva. Habermas obviňuje právní pozitivismus z falešného realismu, který ve jménu zachování pozitivistické čistoty vede k podceňování sociálních důsledků při uplatňování práva. Právě to podle něj rozvíklává legitimitu pozitivního práva, která se odkazuje jen na zákonnost. Právo má podle Habermase platit nejen ze zákonných důvodů, ale i z rozumných důvodů. Tento požadavek je podle něj možné naplnit jen tehdy, když bude legitimita právních norem potvrzována v demokraticky vedeném diskurzu.⁸

Na slabiny právního pozitivismu v pojetí práva jako systému poukázal německý právní sociolog **Niklas Luhmann (1927-1997)** ve své systémové teorii práva. Luhmann kritizuje pozitivistické pojetí systému odvozovaného ze struktury právní normativity.

Na základě této kapitoly a seminární diskuse byste měli umět zodpovědět tyto otázky:

- a) *Jaké jsou charakteristické znaky pozitivního práva a čím se liší od práva přirozeného?*
- b) *Co charakterizuje pozitivismus jako filozofický směr?*
- c) *Proč vznikl právní pozitivismus?*
- d) *Které znaky a témata charakterizují právní pozitivismus?*
- e) *Čím se liší anglo-americká verze právního pozitivismu od německé verze?*
- f) *Které směry reprezentují jednotlivé verze?*
- g) *Co je předmětem kritiky právního pozitivismu?*

⁸ Habermas pod „diskursem“ rozumí argumentační řeč. Jedná se o neautoritativní situaci komunikativního jednání, kdy všichni účastníci diskursu mají rovné postavení. Všichni mají právo ptát se a povinnost odpovídat. Jejich odpovědi musí být racionálně zdůvodněny. Cílem diskursu je dosažení konsensu, kdy dochází ke vzájemnému přijetí a uznání vznesených argumentů. Tyto argumenty jsou přijímány účastníky jako správné a stávají se normativním vodítkem jejich jednání. Viz k tomu HABERMAS, Jürgen. *Faktizität und Geltung*. Frankfurt: Suhrkamp, 1992, s. 11.

