

jím vnutí otázku: „Oba názory jsou dobře zdůvodněné, ale jak to skutečně je?“ Pojem pravdy je klíčovým prvkem racionální kontroly. Nutí člověka, aby se víc snažil. Aby znovu a znovu testoval a posunoval své hranice dostupných důvodů. Nestačí, že člověk má otevřenou mysl. Plnokrevná racionální kontrola vyžaduje **znepokojení**.<sup>133</sup>

# 2

## KRITIKA PRÁVNÍHO POZITIVISMU

### 2.1 Hartův pozitivismus

Herbert Lionel Adolphus Hart (1907–1992) je pokračovatelem právního pozitivismu založeného Jeremy Benthamem a Johnem Austinem. Byl silně ovlivněn analytickou filosofií jazyka. Jeho nejdůležitější prací je dílo *Pojem práva* z roku 1961, které je považováno za vrcholný výklad moderního pozitivismu.

Analytická právní teorie striktně rozlišuje mezi právem a morálkou, což však ještě neznamená, že popírá vztahy a vzájemné ovlivňování se těchto různých druhů společenských pravidel nebo možnost morální kritiky práva. Hart ve své teorii operuje s tzv. minimálním obsahem přirozeného práva v právu pozitivním. Začíná jednoduchým cílem lidského přežití a dospívá ke značně ucelenému souboru pravidel, jenž lze nazývat pravidla přirozeného práva. Hart se tedy nebrání jistému opatrnému uznání pojmu přirozené právo.

<sup>133</sup> Pojem pravdy také může mobilizovat nespokojenost se skutečností, že akademici formulují mímobilizované teorie, jako by každý žil v jiném světě. Tento stav věcí oslabuje racionální kontrolu. Srovnej DUFEEK, Pavel. Democracy as Intellectual Taste? Pluralism in Democratic Theory. In *Critical Review: A Journal of Politics and Society*. 2018, Vol. 30, No. 3–4, s. 24–25.

## KAPITOLA 2: Kritika právního pozitivismu

Bez jistého obsahu totiž nemohou právo a morálka podporovat minimální účel, který lidé mají ve svém společenství, jímž je přežití. Bez přítomnosti tohoto obsahu by lidé neměli žádný důvod dobrovolně se podřizovat jakýmkoliv pravidlům. Bez minima dobrovolné spolupráce těch, kteří zjistili, že je v jejich zájmu dodržet se a dodržovat pravidla, by donucování ostatních, kteří by se dobrovolně nepodřídili, bylo nemožné.

Vztah mezi přirozenými danostmi lidského života a obsahem právních a morálních norem má různé formy. Hart ponechává na vědách, jako jsou psychologie a sociologie, aby objevovaly ty fyzické, psychologické nebo ekonomické podmínky, při jejichž neuspokojení nemůže být založen žádný systém práva nebo morálky. Pouze v případě jejich splnění může právo úspěšně fungovat.<sup>134</sup>

Obsahy právních a morálních pravidel se vztahují k následujícím přirozeným danostem:

1. Lidská zranitelnost
2. Přibližná rovnost
3. Omezený altruismus
4. Omezené zdroje
5. Omezené porozumění a síla vůle.

Z první skutečnosti (lidské zranitelnosti) plyne potřeba pravidel omezujících používání násilí. Jedná se ovšem o „truismus“, nikoliv o „nezbytnou pravdu“. Kdyby byli lidé vybaveni nějakou vnější schránkou nebo kostrou, která by je činila nezranitelnými, nebylo by třeba právních ani morálních pravidel ve smyslu „nezabiješ“.<sup>135</sup>

Z přibližné rovnosti plyne potřeba vzájemné trpělivosti a kompromisů. Navazuje vlastně na Hobbesovskou myšlenku, že jak tělesné, tak i duševní rozdíly mezi lidmi nejsou tak velké, aby dovolovaly jedné osobě ovládat všechny ostatní. Omezený altruismus vyžaduje a zároveň umožňuje pravidla sebeovládání a kontrolu agresivity. Kdyby lidé byli dáblově připraveni ničit bez ohledu na vlastní následky, nebyla by taková pravidla možná. Kdyby všichni byli andělé, byla by

<sup>134</sup> HART, H. L. A. *The Concept of Law*. 2nd edition. Oxford University Press, 1994, s. 193.

<sup>135</sup> HART, 1994, op. cit., s. 194.

omezení zbytečná. Fakt, že lidé nejsou andělé, činí určitá pravidla nezbytnými pro sociální stabilitu.<sup>136</sup>

Pravidlo čtvrté (omezené zdroje) vyvolává nezbytnost pravidel upravujících vlastnictví, dělbu práce a kooperaci. Taková pravidla by nebyla nutná v podmínkách neomezené hojnosti.<sup>137</sup>

Pátý truismus (omezené porozumění a síla vůle) vede k vytváření pravidel stanovících sankce za porušení jiných pravidel. Lidé mají sklon přeceňovat hodnotu krátkodobých zájmů a obětovat jim dlouhodobý prospěch. Z toho je odvozena potřeba pravidel stanovících sankce jako garance všeobecného dobrovolného podřízení se všem dalším pravidlům společnosti.<sup>138</sup>

Hartova teorie tedy vychází z přirozené nezbytnosti sankcí či pravidel upravujících vlastnictví a další oblasti, která by nebylo správně definovat bez vztahu k sociálním potřebám. Proto bývá označováno jako empirické či sociologické pojetí přirozeného práva.

Minimální obsah přirozeného práva je základem legitimacy práva, nikoliv ovšem kritériem jeho platnosti. Právo podle Harta platí dokonce i tehdy, když je nespravedlivé, pokud odpovídá vnitřním kritériím právního systému, tj. pokud je výsledkem odpovídající zákonodárné procedury. Nespravedlivé zákony platí dál, nicméně vyvolávají otázku po poslušnosti. To je ovšem pouze vnitřní otázkou svědomí.<sup>139</sup>

Hart obhajoval své pojetí separace práva a morálky ve známé diskuzi, která byla v 60. letech 20. století vedena kolem Wolfendenovy zprávy o deliktech homosexuálů a prostitutek. Tato zpráva obsahovala doporučení, aby homosexuální aktivity dospělých v soukromí již nebyly nadále posuzovány jako trestní delikty. Hlavním argumentem byl názor, že trestem není možno vynucovat nějaký styl života nebo napravovat nemorální jevy.

Proti tomu ostře vystoupil anglický právník lord Patrick Devlin. Jeho argumentace vycházela z přesvědčení, že pro udržení integrity společnosti je nutné zachování určitého morálního standardu, určité veřejné morálky. Kritériem toho,

<sup>136</sup> HART, 1994, op. cit., s. 195.

<sup>137</sup> Tamtéž, s. 196.

<sup>138</sup> Tamtéž, s. 197.

<sup>139</sup> Tamtéž, s. 203.

## KAPITOLA 2: Kritika právního pozitivismu

co má být uznáno za obecně závazný morální standard, je morální citlivost porotců z řad slušných a rozumných občanů.<sup>140</sup>

Podle Harta změnu morálního standardu není možné provést prostředky toho systému, který problém zplodil. Domnívá se, že je nutná změna společnosti jako takové. Za hlavní kritérium morálního zdůvodnění trestu považuje zachování takové. Za hlavní kritérium morálního a zohlednění reálných změn moderní společnosti. Co nejvíce osobní svobody člověka a zohlednění reálných změn moderní společnosti. Základní premisy Hartovy koncepce separace práva a morálky jsou: porušení nějakého standardu konání není dostatečnou podmínkou pro uplatnění trestu; nemorální jevy není možné řešit právem; morálku společnosti není možné prosazovat státním donucením.<sup>141</sup>

Hart odvozuje všeobecnou teorii struktury práva z kritického rozboru rozkazní teorie Johna Austina. Ten definuje právo jako souhrn příkazů suveréna, směrujících vůči osobám, které jsou mu podřízené. Aby bylo udržitelné chápání právní normy jako příkazu, musí být norma spojena s hrozbou sankce.

Hartovo chápání práva vychází z odmítnutí představy Austina o suverénovi. Austin totiž staví suveréna nad právo. Jelikož je to suverén, nemožnou existovat žádná právní limity jeho moci a nepodléhá žádnému jinému zákonodárci. To však neodpovídá modernímu demokratickému právnímu státu, který suveréna limituje právem (např. psanou ústavou, která vylučuje určité věci z legislativní pravomoci). Moc není soustředěna v jedné ruce, ale je rozdělena mezi legislativu, exekutivu a soudy, které se vzájemně kontrolují. V moderním právním státě není suverénem absolutistický panovník, ale lid.<sup>142</sup>

Hart tvrdí, že obsahem práva nejsou pouze příkazy zaštitěné hrozbou sankce (např. trestní právo). Existuje mnoho právních norem, které poskytují jednotlivcům příležitost realizovat jejich přání a dávají jim možnost vytvářet strukturu práv a povinností (např. možnost uzavřít smlouvu, napsat závět, uzavřít manželství).<sup>143</sup>

Hartova ústřední námitka proti rozkazní teorii tedy vychází z rozdílnosti právních norem, které nejen ukládají povinnosti, ale také přinášejí oprávnění. Rozdílnost právních norem se pro Harta stává podstatným prvkem právního systému.

<sup>140</sup> DEVLIN, Patrick. *The Enforcement of Morals*. Oxford University Press, 1959, s. 25.

<sup>141</sup> HART, H. L. A. *Law, liberty and morality*. Stanford University Press, 1963, s. 53–81.

<sup>142</sup> HART, 1994, op. cit., s. 18 a násl.

<sup>143</sup> Tamtéž, s. 27.

mu a základem jeho strukturální teorie. Na jejím základě rozlišuje dva základní druhy právních pravidel – primární a sekundární pravidla.<sup>144</sup>

Primární pravidla lidem ukládají povinnosti tím, že jim předepisují, aby něco dělali nebo se něčeho zdrželi bez ohledu na to, zda si to přejí nebo ne (bez ohledu na vůli adresáta) a jsou opatřena hrozbou sankce. Stanoví tedy povinnosti členům společnosti; určují, co je zakázané a co přikázané.

Sekundární pravidla přenášejí na jednotlivce veřejnou nebo soukromou moc, a tyto osoby jsou povolány k tomu, aby nová pravidla prvního typu vytvářeli a stará rušili nebo měnili. V případě soukromé moci jde například o právo uzavírat smlouvy nebo sepsat závět. Sekundární pravidla se člení na tři další druhy, které mají funkcionální souvislosti s primárními pravidly.<sup>145</sup>

Pravidla změny (rules of change) zabezpečují změnu a vývoj jednotlivých prvků právního systému tím, že zakotvují příslušné pravomoci a proceduru. Zplnomocňují tedy určitou osobu nebo určitý sbor změnit primární vzor pravidla.

Pravidla rozhodování (rules of adjudication) zakotvují pravomoci vydávat individuální právní akty při porušení primárních pravidel. Delegují tudíž rozhodování a případná donucovací opatření při porušení norem na specifickou instanci.<sup>146</sup>

Pravidla uznání (rules of recognition) stanoví kritéria platnosti norem, které náleží do právního systému. Určují tedy, jaké znaky musí mít přijaté pravidlo, aby existoval rozhodný a kladný příznak toho, že jde opravdu o pravidlo skupiny, a že tím musí být podporované v tlaku, který samo vykonává.

Každý právní systém podle Harta tvoří souhra primárních a sekundárních pravidel. Druh a způsob, jakým primární a sekundární pravidla spolupůsobí, objasňuje srovnáváním sociálního řádu primitivních společností se způsobem fungování rozvinutého právního systému.<sup>147</sup>

Sociální soužití primitivních společností je regulováno v podstatě systémem primárních povinnostních pravidel, která jsou většinou členů společnosti uznána jako závazná a prosazují se sociálním tlakem. I když by takový systém primár-

<sup>144</sup> HART, 1994, op. cit., s. 79 a násl.

<sup>145</sup> Tamtéž, s. 94.

<sup>146</sup> Tamtéž, s. 97.

<sup>147</sup> Tamtéž, s. 92.

KAPITOLA 2: Kritika právního pozitivismu

ních pravidel byl pro malou společnost za relativně stabilních vnějších podmínek dostačujícím prostředkem sociální kontroly, nebyl by schopen v komplexní, funkčně členěné organizované společnosti zaručit uspořádané soužití.

V komplexní společnosti by se prokázal takový systém nedostatečný ve třech směrech. Byl by neurčitý, protože nedisponuje žádnou institucionalizovanou právo tvornou instancí, která by v případě pochybnosti mohla autoritativně stanovit, zda nějaké pravidlo platí nebo ne. Byl by nepohyblivý, protože nezná žádný způsob, jak přizpůsobit pravidlo práva podle potřeby měnícím se okolnostem. Nakonec by byl sociální tlak, který primární pravidla v malé společnosti ospravedlňuje, také nedostatečně účinný, aby ve velké společnosti reguloval sociální život.

Všechny tyto nedostatky systému budou podle Harta odstraněny, pokud budou primární pravidla doplněna sekundárními pravidly. Sekundární pravidla zejména na specifikují kritéria identifikace práva v rámci systému, podmínky a způsob změny a zániku primárních pravidel a podmínky porušení primárních pravidel.

Hartovy vývoody o jednotě a výstavbě práva jsou inspirovány Kelsenovým pojetím. Předpokládá, že v každém právním systému existuje pravidlo poznání, které poskytuje kritéria platnosti všech ostatních pravidel systému. Z tohoto důvodu jej označuje jako poslední pravidlo (ultimate rule). Toto poslední pravidlo není ovšem podle Hartova pojetí pouze předpokládané jako Kelsenova „Grundnorma“, nýbrž reálně existující, uznané zákonodárným sborem, soudy, úřady a občany a právní dění určující pravidlo, které obsahuje množství různých kritérií platnosti právních pravidel.<sup>148</sup>

## 2.2 Fullerova procedurální teorie přirozeného práva

Americký právní teoretik Lon Fuller (1902–1978) ve své knize *Morálka práva*<sup>149</sup> formuloval tezi, že právo má vnitřní morálku oddělenou od morálky vnější. Charakteristické formální znaky právního systému, které uvádí pozitivisté, existují pouze proto, že jsou svázané s účelem a smyslem právního systému.

<sup>148</sup> HART, 1994, op. cit., s. 105 a násl.

<sup>149</sup> FULLER, Lon. *The Morality of Law*. Yale University Press, 1964.

Tímto účelem je podle Fullera morální aspirace. Proto pochopení toho, co právo je, nemůže být odděleno od pochopení toho, co právo má být, neboť morální aspirace je vlastní samotné koncepci práva.

Fuller klade morálku na imaginární stupnici. V dolní části najdeme nejdůležitější a nejzjevnější morální povinnosti. Stupnice stoupá směrem k největším výkonům, jichž je člověk schopen. Na dolním konci najdeme morálku povinnosti. Jsme odsuzováni, jestliže porušíme tyto povinnosti, ale nedostane se nám ocenění, jestliže je splníme. Takže budeme odsouzeni, jestliže se dopustíme krádeže, znásilnění či vraždy, ovšem nebudeme pochváleni, pokud se těchto skutků nedopustíme.

Na horním konci stupnice je morálka aspirace. Zde nebudeme odsuzováni při selhání, ale budeme obdivováni v případě úspěchu. Takže nebudeme odsuzováni, jestliže nepodstoupíme heroické oběti k záchraně životů, ovšem budeme oceněni, pokud tak učiníme. Morálka povinnosti se tedy skládá především ze zákazů. Morálka aspirace zahrnuje pozitivní jednání. Na morální stupnici existuje neviditelná dělící čára, kde tlak povinnosti přechází do výzvy k dokonalosti.<sup>150</sup>

Oprávnění přijímat zákony nemůže spočívat na jiném zákonu. Musí být podporováno morálními postoji, které poskytují tuto kompetenci. Fuller tvrdí, že vládcí musí při tvorbě zákonů respektovat alespoň minimum morálky společnosti, jestliže si přejí zachovat svou legislativní autoritu. Jedná se o morálku povinnosti na dolní části stupnice. Vládce například nesmí ukládat nehumánní tresty nebo trestat nevinné osoby. Právo se může snažit dosáhnout úrovně dokonalosti na horní části stupnice morálky. Bude oceněno, jestliže uspěje, ovšem nebude postiženo ztrátou poslušnosti, jestliže nedosáhne takové úrovně.

Vnitřní morálka práva se skládá z určitých vlastností, které by mělo právo obsahovat. Jestliže takové vlastnosti chybějí, nejedná se o právo, neboť by selhala morálka povinnosti. Úplné dosažení všech těchto vlastností vytváří dokonalý právní systém. Takový stav je ovšem nedosažitelný, i kdyby se o něj vládcé pokusil.

Fuller vypočítává osm způsobů, jak selhat při tvorbě práva:

1. Každá norma je přijímána ad hoc a postrádá určitý stupeň obecnosti.

<sup>150</sup> FULLER, 1964, op. cit., s. 5.

4. Pravidla musí být stozumitelná. Od lidí nelze očekávat, že budou při organizaci své činnosti dodržovat zákonné požadavky, pokud nevědí o těchto požadavcích. Zveřejnění pravidel proto musí být jasné a přesné.<sup>155</sup>

5. Pravidla nesmějí být v rozporu. Pokud jsou právní předpisy vzájemně protichůdné, bude občan zmaten, kterému pravidlu by měla být dána přednost. V tomto ohledu by tedy bylo nepřiměřené vyžadovat dodržování pravidel v případech, kdy občan neví, zda bude určité jednání považováno za protiprávní či nikoli.<sup>156</sup>

6. Dodržování pravidel musí být možné. Je zcela zřejmé, že pravidla vyžadující cí nemožné nebudou nutně dodržována, a zdá se tedy zbytečné, aby systém taková pravidla vytvářel, s výjimkou případu, kdy je záměrem pouze učinit životy občanů obtížné.<sup>157</sup>

7. Pravidla se nesmí neustále měnit. Jistota je nezbytným prvkem zákona jako systému pravidel, protože občané mohou smysluplně naplánovat své kroky pouze tehdy, když mohou předvídat důsledky své činnosti s dostatečnou přesností. Systém, jehož konečným účelem je používat pravidla jako prostředek k řízení lidského chování, musí zajistit tuto jistotu, pokud má být zajištěna jakákoliv míra úspěchu při dodržování předpisů.<sup>158</sup>

8. Musí existovat shoda mezi vyhlášenými a zveřejněnými pravidly a činnostmi úředníků odpovědných za uplatňování a vymáhání těchto pravidel. To umožňuje občanům mít přiměřenou jistotu, že jejich jednání vyvolá určité reakce právního systému. Tímto způsobem mohou občané dodržovat právní normy s relativní důvěrou a být si jisti výsledky svých jednání.<sup>159</sup>

Těchto osm kritérií není možno chápat jako povinné morální zásady, spíše dohromady reprezentují mravní cíl pro právní systémy. Odpovídají myšlence právního státu, která je důležitým ideálem v kontinentálním i angloamerickém právu. Fuller viděl nezbytnou souvislost mezi právem a morálkou prostřednictvím toho, co v právním řádu považoval za účel. Má-li být právní systém skutečně právním systémem, musí uznávat určité procesní účely za své cíle.

<sup>155</sup> FULLER, 1964, op. cit., s. 63.

<sup>156</sup> Tamtéž, s. 65.

<sup>157</sup> Tamtéž, s. 70.

<sup>158</sup> Tamtéž, s. 79.

<sup>159</sup> Tamtéž, s. 81.

2. Norma není zveřejněna pro ty, které zavazuje.
3. Jsou přijímány retroaktivní normy, které nepůsobí na budoucí chování.
4. Právní normy jsou nesrozumitelné.
5. Právní normy si vzájemně odporují.
6. Právní normy vyžadují chování, které je neuskutečnitelné.
7. Právní normy jsou často měněny a subjekty obtížně přizpůsobují své chování.
8. Mezi normami a jejich skutečnou aplikací je nedostatečný soulad.<sup>151</sup>

Na základě těchto selhání Fuller vytvořil osm zásad řádného zákonodárství. Jednalo se o následující principy:

1. Musí existovat pravidla. Právo musí být tvořeno pravidly, která specifikují chování, které je jejich předmětem a jak má být toto chování kontrolováno. Pravidla po jejich vytvoření přetrvávají. Zákon nelze ustanovit ad hoc ustanoveními ve formě rozmarných příkazů a zákazů.<sup>152</sup>

2. Pravidla musí být perspektivní a nikoli retrospektivní. Má-li se lidské chování řídit pravidly, musí být ti, jejichž chování má být předmětem takové regulace, informováni předem, aby mohli odpovídajícím způsobem naplánovat a organizovat své činnosti. Retrospektivní zákony mají za následek penalizaci lidí za činy, které nebyly protiprávní v době, kdy byly spáchány. Výsledkem je zbavení právní úpravy jakéhokoli zdání systému, které by případně mohlo mít.<sup>153</sup>

3. Pravidla musí být zveřejněna. Stejně jako u výše uvedeného musí lidé znát kategorie svého chování, které se mají řídit právními předpisy, jakož i způsob, jakým má být tohoto řízení dosaženo. Řádné zveřejnění právních norem takové informace poskytuje, a je proto nezbytné pro fungování práva jako systému.<sup>154</sup>

<sup>151</sup> FULLER, 1964, op. cit., s. 39.

<sup>152</sup> Tamtéž, s. 46.

<sup>153</sup> Tamtéž, s. 51.

<sup>154</sup> Tamtéž, s. 49.

## 2.3 Polemika Hart – Fuller

Tato významná debata mezi pozitivistickým a přirozenoprávním pohledem na právo se několik let odehrávala především na stránkách časopisu *Harvard Law Review*,<sup>160</sup> ale také v rámci prvního vydání Hartovy nejvýznamnější knihy *Pojem práva* a prvního vydání Fullerovy *Morálky práva*.

Hart začíná obranou právního pozitivismu. Tvrdí, že právním pozitivistům je vlastní utilitaristická teorie separace práva a morálky, nicméně argumentuje, že to neznamená, že by neuznávali význam morálky ve společnosti. Uvádí, že i velcí utilitaristé Bentham s Austinem si byli vědomi mnoha průniků mezi právem a morálkou a připomíná, že byli významnými reformátory a zastánci politického liberalismu. Dále tvrdí, že právě rozlišením práva, jaké je a jaké by mělo být, mohou právní filosofové najít novou intelektuální čistotu, ale také morální integritu. V minulosti podle něj právě smísení těchto pojmů vedlo k přesvědčení, že takové rozlišení je špatné a nemožné.<sup>161</sup>

Hart dále uvádí, že pod pojmem právního pozitivismu, jak jej používají jeho kritici, se skrývají tři aspekty utilitaristické doktríny, a to vedle separace práva a morálky také přesvědčení, že pouze prostřednictvím analytického zkoumání práva a významu právních pojmů je možné dojít k jejich poznání. Třetí doktrínou, která se pod uvedeným pojmem skrývá, je rozkazní teorie (*command theory*). Nesprávné přesvědčení o nerozlučnosti těchto tří odlišných tezí přispělo k přesvědčení, že pokud tvrdíme, že morálka a právo jsou nutně spojeny, zároveň tvrdíme, že i ostatní dvě doktríny nemohou obstát.<sup>162</sup>

V návaznosti na právě uvedené se dále ve své eseji Hart zabývá kritikou rozkazní teorie a vysvětluje, že i když tato teorie není udržitelná, neznamená to, že bychom nemohli trvat na odlišení práva a morálky. Ve světle renesance přirozeného práva po druhé světové válce argumentuje opačně než kritici právního

<sup>160</sup> HART, H. L. A. Positivism and Separation of Law and Morals. *Harvard Law Review*, Vol. 71, No. 4, 1958, s. 593–629; FULLER, Lon. Positivism and Fidelity to Law – A Reply to Professor Hart. *Harvard Law Review*, Vol. 71, No. 4, 1958, s. 630–672; HART, H. L. A. Review: *The Morality of Law* by Lon L. Fuller. *Harvard Law Review*, Vol. 78, No. 6, 1965, s. 1281–1296.

<sup>161</sup> HART, 1958, op. cit., s. 598.

<sup>162</sup> Tamtéž, s. 601.

pozitivismu. Podle něj jedině oddělení práva a morálky může pomoci ochránit právní stát před tyranii a absolutismem.

Fuller ve své odpovědi uvádí, že Hartova esej je vnitřně rozporná, a že mu není zřejmé, zda rozlišení mezi právem a morálkou je něco, co existuje, nebo co by mělo být. Dále kritizuje Hartův výklad pozitivistických teorií. Pokud totiž právo definujeme jako pouze něco odlišného od morálky, je nám jejich učení k ničemu. Je přesvědčen, že díky tomuto zjednodušení je Hartova teorie nekompletní a že zamýšlených cílů dosáhne, pouze pokud se bude více zabývat definicí práva ve vztahu k ideálu věrnosti právu.<sup>163</sup>

Dalším problémem trvání na oddělovací tezi jako základním rysu práva je podle Fullera fakt, že většina pozitivistů se nezaobírá pojmem morálky do detailu a většinou vychází z jejího velmi širokého pojetí, kdy se pod ním skrývá takřka cokoliv. Všimá si Hartovy kritiky rozkazní teorie práva jako příkazu podložené ho hrozbou sankce. Jestliže Hart došel k závěru o nesprávnosti této teorie (která tvrdí, že základem právního systému nemůže být donucovací moc, ale společenost přijatá pravidla, která specifikuji proces tvorby zákonů), měl by podle něj dojít také k závěru, že nejsou pravidly právními, ale pravidly morálního charakteru.<sup>164</sup>

Fuller kritizuje Harta kvůli nedostatečnému zdůvodnění původu těchto podstatných pravidel. Uvádí, že základní pravidla umožňující právo jsou neprávními pravidly a pozitivisté často unikají k fikci jako Kelsen s jeho základní normou. Tvrdí, že taková základní norma, nejlépe ve formě psané ústavy, musí být vždy přijímána nejen jako právo, ale jako dobré právo. Ústavu musíme chápat jako dokument, který stanoví základní procedurální mantinely pro budoucí činnost vlády. Právě prostřednictvím stanovení takovýchto procedurálních mantinelů může dojít k naplnění ideálu věrnosti právu.<sup>165</sup>

Hart v rámci obrany pozitivismu zmiňuje teorii amerických právních realistů, kteří chápou právo prostřednictvím chování soudců a jejich rozhodování. V této souvislosti Hart uvádí, že realisté poukázali na zásadní význam lidského jazyka a myšlení. Tím přispěli k lepšímu pochopení procesů soudního rozhodování, což je velmi důležité pro pochopení pojmu práva jako takového.<sup>166</sup>

<sup>163</sup> FULLER, 1958, op. cit., s. 634.

<sup>164</sup> Tamtéž, s. 639.

<sup>165</sup> Tamtéž, s. 643.

<sup>166</sup> HART, 1958, op. cit., s. 606.

Aby vyvrátil tvrzení, že trvání na oddělování tezi vede k soudnímu formalismu, uvádí jako příklad zákazu vjezdu vozidel do parku. Automaticky dojdeme k závěru, že tento zákaz směřuje k vjezdu automobilů. Ale co si počít v případě jiných druhů vozidel, jako jsou jízdni kola, koloběžky, dětská autíčka nebo konce letadla? Na tuto otázku Hart reaguje argumentem, že jazyk má otevřenou texturu. To znamená, že každé slovo obsahuje jednak jádro ustáleného významu, ale také polostín sporných interpretací, které se vždy do jisté míry s jádrem významu shodují, ale stejně tak se mohou lišit.

Podle Harta tento problém nelze vyřešit pouze logickou dedukcí. Je to právě tato oblast, kde se nutně projevuje jistá koncepce práva a kde dochází k průniku práva a morálky. Kritika pozitivismu jako formalistického přístupu k právu vychází právě ze skutečnosti, že ti, kteří takto uvažují, si neuvědomují existenci problému polostínu a z nerozlišování práva jaké je a jaké by mělo být.<sup>167</sup>

Hartovo řešení uvedeného problému spočívá v lingvistické analýze významu jednotlivých slov. Zákony a pravidla jsou ze své podstaty nekompletní a k vyřešení problému polostínu musí soudce vždy tvůrčím způsobem vybírat z určitých možností za rozumného zvážení společenského cíle daného významu slova. Nic z toho však neodůvodňuje realisty navrhované řešení, které by spočívalo v opustění teze oddělení práva jaké je a jaké by mělo být. Hart uvádí, že je důležité zabývat se problémy polostínu, nicméně nesmíme být tímto problémem zaslepeni už dopředu.<sup>168</sup>

Fuller konstatuje, že Hartovo podrobné vysvětlení je pouze sdělením, že některé případy jsou obtížnější než jiné. Zároveň chápe Hartovu doktrínu jádra a polostínu jako snahu o zjištění přesného významu daného slova. Tvrdí, že Hart vnímá interpretaci obecně jako zjišťování významu jednotlivých právních pojmů, jako je například vozidlo.<sup>169</sup>

Zásadním problémem Hartovy teze je, že se soustředí na významy jednotlivých slov, nicméně s takovým interpretačním dilematem se v praxi téměř nikdy neseťkáváme. Problém spočívá v Hartově tvrzení, že jádro významu bude vždy stejné, a to jak v právním, tak neprávním kontextu. Soudce tedy při aplikaci pojmu v jeho běžném významu nesehrává žádnou tvůrčí roli a pouze jej aplikuje. Fuller

<sup>167</sup> HART, 1958, op. cit., s. 608.

<sup>168</sup> Tamtéž, s. 615.

<sup>169</sup> FULLER, 1958, op. cit., s. 662.

je přesvědčen, že interpretace spočívá vždy ve výkladu většího celku, vět, odstavců a celých stránek. Nikdy nemůžeme dojít k pravému významu slova bez posouzení kontextu, ale zejména účelu daného vyjádření.

V této souvislosti se ptá, jak nám pomůže analýza v případech, když na Hartův příklad zákazu vjezdu vozidel do parku aplikujeme situaci, kdy patrioti budou chtít do parku umístit plně funkční vojenský vůz jako válečný pomník? Zde je naprosto k ničemu, že sice dokážeme poznat, že se jedná o jádro významu slova vozidlo, nicméně pokud nebudeme schopni posoudit účel daného zákazu, k žádnému řešení nemůžeme dospět.<sup>170</sup>

Fuller uvádí vlastní příklad, kterým testuje Hartovu teorii jádra a polostínu. Jedná se o zákaz přespávání v nádražní hale pod pokoutou pěti dolarů. Ptá se, jak posoudíme situaci, kdy je zadržén cestující, který ve tři hodiny ráno čeká na opožděný vlak a klidně sedící v obvyklé pozici na chvíli usne. Druhým případem je situace muže, který si do nádražní haly přinese polštář, peřinu a zcela zjevně se v hale chystá strávit noc, je ovšem policistou zadržén ještě dříve než usne. Na základě těchto dvou situací pokládá Fuller otázku, který z případů představuje standardní význam slova „spát“? Pokud druhého muže potrestáme a prvního nikoliv, narušili jsme povinnost věrnosti právu?<sup>171</sup>

Podle Fullera není možné interpretovat právní předpis, aniž bychom byli schopni poznat účel, ke kterému směřuje. Měli bychom se tedy ptát, k čemu má toto pravidlo sloužit a jakému zlu se snaží zabránit. Není nejpodstatnější hledat jednotlivý význam slov. Dále Hartovi vytýká, že jeho postup je odtržen od reality a ze soudního rozhodování dělá pouhou katalogovou proceduru.<sup>172</sup>

Asi nejvýznamnější okruh debaty se týká věčné otázky platnosti nemorálního práva. V této souvislosti Hart reaguje na kritiku právního pozitivismu ze strany Gustava Radbrucha a dalších právních filosofů, kteří hrůzy nacistického režimu svalovali právě na právní pozitivismus a jeho tvrzení „zákon je zákon“. Upozorňuje, že už Austin výslovně označil tvrzení, že morálně špatné právo není právem, za naprosto nesmysl.<sup>173</sup>

<sup>170</sup> FULLER, 1958, op. cit., s. 663.

<sup>171</sup> Tamtéž, s. 664.

<sup>172</sup> Tamtéž, s. 666.

<sup>173</sup> HART, 1958, op. cit., s. 616.

a nepublikovaných zákonů. V americké i anglické společnosti by nebylo příliš přesvědčivé tvrzení, že retroaktivní zákony narušují vlastní podstatu práva jako takovou. Za tímto účelem si musíme představit společnost, ve které jsou všechny zákony retroaktivní, teprve v takovém případě by nastal konflikt s vnitřní morálkou práva.<sup>176</sup>

Radbruch věděl, že nacisté byli vždy připraveni ignorovat své vlastní zákony a pravidla, a právě proto zaujal stanovisko, jaké zaujal. Není tedy možno jakkoliv hodnotit kroky německých poválečných soudů, pokud si právě uvedené neuvědomíme. Podle Fullera se podrobnějšími okolnostmi nacistické vlády Hart vůbec nezaobírá.<sup>177</sup>

Fuller dále předkládá svůj pohled na případ manželky udavačky. Všímá si nejen konkrétních aspektů zákonů, na základě kterých byl její muž odsouzen, ale také formy rozsudku, kterým se tak stalo. Poukazuje na fakt, že trestný čin, za který byl muž odsouzen, musel být podle zákona spáchán veřejně. To se nestalo, ale nijak to nebránilo soudu vynést rozsudek. Druhá nehoráznost předmětného rozsudku pak spočívala v úplné absenci odůvodnění toho, proč by měl manžel být odsouzen k trestu smrti.<sup>178</sup>

Fuller souhlasí s Hartem, že nejlepším řešením situace poválečných německých soudů by bylo přijetí retroaktivních zákonů. Avšak ne z důvodu, že tento postup je nejlépe běžným právním postupům, ale takový retroaktivní zákon by považoval za symbol ostrého odloučení od minulosti a součást procesu očištění justice a návratu k funkčnímu soudnímu systému. Podle něj by právě tento postup umožnil co nejrychlejší návrat k ideálu věrnosti právu v jeho pravém významu.<sup>179</sup> Fuller na příkladu zrůdnosti nacistického Německa poukazuje na fakt, že pokud se totalitní režim může natolik vzdálit od morálky obecně a vnitřní morálky práva zejména, přestává být právním systémem.

Hartův pohled na Fullerovo pojetí práva je dobře patrný z jeho recenze knihy *Morálka práva*. Svou recenzi otevírá pochvalou, nicméně vzápětí přichází polemika a kritika většiny jeho stanovisek. Fuller jasně stanoví, že morálka povinnosti je svázána s všeobecně poznatelným a objektivním, zatímco morálka aspirace směřuje k vyšším cílům a subjektivnímu pojetí. Hart ovšem tvrdí, že

<sup>176</sup> FULLER, 1958, op. cit., s. 650.

<sup>177</sup> Tamtéž, s. 652.

<sup>178</sup> Tamtéž, s. 653.

<sup>179</sup> Tamtéž, s. 661.

Pro Austina a Benthama bylo zřejmé, že pokud nespravedlnost práva přeroste určitou míru, existuje zde čistě morální závazek se takovému právu vzepřít. Hart se tedy dále zabývá praktickou zkušeností německých soudců, kteří pod Radbruchovým vlivem rozhodovali případy, ve kterých byli souzeni nacističtí váleční zločinci. Poukazuje na skutečnost, že tyto případy byly souzeny na základě retroaktivních zákonů, které byly přijaty právě pod vlivem přesvědčení, že právo musí naplňovat minimum morálky.

Hart uvádí jako příklad kauzu německé ženy, která se za války chtěla zbavit svého manžela, a proto jej nahlásila příslušným úřadům s odůvodněním, že uráží Hitlera. Její manžel byl poté odsouzen k trestu smrti, nicméně nakonec nebyl popraven, ale poslán na frontu. V roce 1949 byla tato žena souzena za omezení svobody svého manžela podle trestního zákona z roku 1871. U soudu tvrdila, že odsouzení jejího manžela bylo v souladu s tehdy platnými zákony a tudíž svým jednáním nemohla spáchat trestný čin. Soudy ji nakonec uznaly vinnou s odůvodněním, že sice postupovala v souladu s tehdy platnými zákony a její muž byl také podle platných zákonů odsouzen, ty ale byly v rozporu se zdravým svědomím a smyslem pro spravedlnost všech slušných lidských bytostí.<sup>174</sup>

Hart uznává, že podobně nemorální čin si zaslouží potrestání, ale ne za cenu prohlášení zákona za neprávno. Proto nabízí dvě řešení. Prvním by bylo nechat ženu nepotrestanou, druhým správným řešením je potrestat ženu na základě nového retroaktivního zákona, a to za cenu všech následků, které přijetí retroaktivních pravidel přináší. Domnívá se, že přijetím a uplatněním retroaktivního zákona by bylo zřejmé, že se rozhodovalo mezi dvěma zly – nechat ženu nepotrestanou nebo narušit základní principy právního systému. Hart tvrdí, že Radbruch a německé soudy míchají dohromady to, co chápeme jako právní a morální závazek. Nakonec říkají, že právo je právem, ale může být příliš špatné na to, abychom se jím řídili.<sup>175</sup>

Fuller tvrdil, že Hart se při své úvaze vůbec nezabývá tím, co sám označil jako vnitřní morálku práva a do jaké míry se nacisté touto morálkou řídili. Zdá se tomu, že Hart považuje za jediný rozdíl mezi nacistickým a anglickým právem to, že nacisté používali své zákony pro dosažení cílů, které jsou Angličanům odporné. Fuller se ve své argumentaci mnohem podrobněji věnuje okolnostem, za kterých nacisté vládli, když poukazuje na extenzivní využívání retroaktivních

<sup>174</sup> HART, 1958, op. cit., s. 619.

<sup>175</sup> Tamtéž, s. 620.

## 2.4 Dworkinova integrální teorie práva

Ronald Dworkin (1931–2013), nástupce profesora Harta na univerzitě v Oxfordu, prezentoval v souboru esejů *Když se práva berou vážně*<sup>184</sup> názor, že právní systém není možno redukovat pouze na soustavu právních pravidel. Vedle právních pravidel existují také obecné principy, které často mění či dokonce ruší účinek právních pravidel. Soudy mají v obecných principech oporu při řešení tzv. obtížných případů (hard cases), kdy by aplikace daných pravidel přivodila nespravedlivé rozhodnutí.

Dworkin vytvořil vlastní teorii obtížných případů, kterou staví do opozice vůči teorii H. L. A. Harta. Teorie právního pozitivismu podle Dworkina nabízí k řešení obtížných případů diskreční pravomoc soudců. Při absenci jasného právního pravidla dává tato diskreční pravomoc soudcům možnost rozhodovat na základě jiných skutečností, než jsou právní pravidla přijatá zákonodárcem. Diskrece v pozitivistickém slova smyslu umožňuje soudcům rozhodnout obtížné spory na základě vlastního uvážení. Tím dochází k tomu, že soudci u nějakého konkrétního sporu v podstatě vytvářejí nové právo, které následně retroaktivně aplikují na daný spor.<sup>185</sup> Dworkin přichází s vlastní teorií, která k problematice obtížných případů přistupuje odlišným způsobem.

Dworkin ve svých textech kritizuje právní pozitivismus, kterému mimo jiné vyčítá jednostranné zaměření na systém pravidel jako standardů, když nepřipouští existenci jiných standardů, které také mohou mít svůj nezastupitelný význam. Na významných soudních případech demonstuje, jak mnohdy soudci aplikují jiné standardy, nicméně se nejedná o vytváření nového práva, ale o interpretaci obsahu a smyslu stávajícího práva. Jako příklad uvádí principy a politiky, přičemž nepovažuje tento výčet za uzavřený.<sup>186</sup>

Politikou je podle Dworkina standard, který stanovuje určitý cíl, k němuž se má směřovat a má sloužit ke zkvalitnění hospodářské, politické či sociální situace ve společnosti. Ne všechny stanovené cíle jsou pozitivní, mohou být i takové, které jsou negativní, kdy je naopak potřeba chránit společnost před změnou k horšímu.

<sup>184</sup> DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. London: Duckworth, 1977.

<sup>185</sup> DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. London: Duckworth, 1977.

<sup>186</sup> Tamtéž, s. 17 a násled.

právě toto rozlišení sám nedodržuje, když například hovoří o mnoha morálkách aspirace, ale rovněž mnoha možných morálkách povinnosti. Dalším problémem je pro Harta tvrzení, že pokud vyslovíme morální soud vedený morálkou povinnosti, tento by měl existovat z nějaké vyšší moci. Není zřejmé, jestli toto měti vychází z morálky povinnosti nebo aspirace. Hartovi tedy celý koncept dvou morálek připadá jako nedotažený, matoucí a rozporný.<sup>180</sup>

Hart také kritizoval rozlišení vnitřní a vnější morálky práva. Tvrdil, že klasifikace osmi principů vnitřní morálky je matoucí a že se jedná více o principy dobré legislativy než o cokoliv, co by mělo být nazýváno morálkou. Fuller považuje tyto principy za vnitřní, protože k nim docházíme prostřednictvím zvážení toho, co je nutné k efektivnímu výkonu práva jako účelové aktivity, která vede lidské chování pomocí pravidel.<sup>181</sup>

Hart ovšem svou kritiku vnitřní morálky práva a jejich kritérií směřoval více k jejich praktickému užítí. Jeho zásadní problém s vnitřní morálkou práva spočíval v jejím označení za morálku, navíc morálku právní. Domníval se, že tyto principy můžeme aplikovat také na jiné pravidly a účelem řízené aktivity, nikoliv pouze na právo. Největší chybou konceptu vnitřní morálky práva tedy je, že míchá pojem účelové aktivity a morálky. V této souvislosti uváděl příklad travěčství, které je nesporně účelovou aktivitou. Mohli bychom tedy s ohledem na jeho účel tvrdit, že také travěčství má svou vnitřní morálku, která spočívá například ve snaze nepoužít jed, který by obět zvracet nebo by vzbudil přílišnou pozornost.<sup>182</sup>

Tyto argumenty jsou projevem Hartova důrazu, který kladl na význam slov. Tvrdil, že jelikož Fuller vnitřní morálku práva nazývá morálkou (nikoliv podle něj správným označením „principy legality“), je neustále nucen řešit, zda se v případě vnitřní morálky práva jedná o morálku aspirace nebo povinnosti, což celou problematiku dále zamlžuje a odvádí pozornost od důležitějších problémů. Hart ve své recenzi reagoval také na ty pasáže *Morálky práva*, ve kterých jej Fuller kritizuje a rozhodně brání své pozice. Jak ale sám na začátku své recenze uvedl, vychodiska obou autorů jsou natolik rozdílná, že je pouze velmi obtížné, aby našli jakoukoliv podstatnou shodu.<sup>183</sup>

<sup>180</sup> HART, 1965, op. cit., s. 1283.

<sup>181</sup> Tamtéž, s. 1284.

<sup>182</sup> Tamtéž, s. 1286.

<sup>183</sup> Tamtéž, s. 1281.