

## K debatě mezi Pavlem Holländerem a Jiřím Přibáněm

Právo, dobro, spravedlnost. Velká slova. Co si s nimi počít v našem každodenním životě? Jak nám Rawlsova koncepce spravedlnosti pomůže, když si soused usmyslí, že svůj dům vytáhne o dvě patra, čímž z milované slunné zahrady učiní zahradu stinnou? A uspějeme s argumenty půjčenými od otce ryzí nauky právní Hanse Kelsena, když nám berní úředník vyměří daň 70 Kč za něco, z čeho jsme beztak dostali jen malou část a co už je beztak promlčeno? A je nám k něčemu důkladná znalost rozdílů mezi právním pozitivizmem a naukou přirozeného práva, když policista odmítne přijmout oznámení o trestném činu?

### Potřebná diskuse

Tyto a podobné otázky obyčejně stojí za odporem k velkým teoriím v oblasti práva, k planému teoretizování, k plácání, za něž si „nic nekoupíš“ a které nemohou mít vliv na výsledek sporu, který jsme aktuálně nuceni podstoupit. Kdyby radši něco udělali pro lidi... Přidejme k tomu ještě postkomunistickou podezřívavost ke společenským teoriím, jako k důmyslným nástrojům manipulace s pravdou na straně jedné, společně s automatickým přejímáním všelijakých těch západních vynálezů na straně druhé, a neštěstí je na světě. Odrazem této situace je Přibáněva a Holländerova polemika, jejímž zdánlivým jádrem byl spor mezi pozitivním a přirozeným právem, avšak podstatou byl smutek nad neexistencí poučené polemiky o zásadních otázkách správy politické obce a nad nechutí vřadit právní diskuse do standardního euro-amerického akademického provozu. Věrnější charakteristiku postkomunistického zmatku doprovázeného chutí a pocitem potřeby se vyslovovat k velkým otázkám dneška nabízí záminka polemiky – bloggerský článek neúnavného komentátora vážných otázek moci Karla Hvizďaly, který jako právní laik použil správně pochopenou právní teorii na špatný příklad, na což razantně reagoval právník nové doby (na staré půdě vyrostlý) s nejlepším vzděláním Jan Komárek článkem tak málo otesaným, že čtenář chtějící jinak dát za pravdu konzistenci argumentů oxfordského doktoranda musel odfrknout něco o ztracené schopnosti jemné ironie a chybějící úctě k těm, co si ji zaslouží, a své sympatie namířit ke Karlu Hvizďalovi, který v této konkrétní věci neměl pravdu. Souvisí vůbec tyto dva spory s právním pozitivizmem a naturalismem? Nebo jde spíš o myšlenku míry zohlednitelnosti hodnotově zakotveného práva? A jak to celé souvisí s myšlenkou společenského dobra?

### Velké společenské teorie, transformace a naše právo

Přibáněm vyvolané disputování připomnělo atmosféru devadesátých let minulého století, kdy se stále ještě probíraly obecné společenské otázky v debatě, do níž ale právníci vstupovali buď (typicky pohrdlivými) dotazy směřujícími na okrajovosti, avšak bránícími pokračování diskuse, nebo ostentativně dávajícími najevo, že správný právník přichází na scénu až tehdy, když je třeba vytvářet „paragrafované znění“ výsledků polemiky.

Za této situace byla právní část diskutérů suplována západními teoretiky státu a práva, Ať už šlo o Rawlse, Nozicka nebo MacIntyre, anebo o Habermase či Hayeka. Debatě chybělo zakotvení, uzemnění v našich problémech, s nimiž jsme se potýkali teď a tady. Odcizení (abych užil Marxův výraz) společenské teorie od žité praxe společnosti tak pokračovalo dlouho po pádu komunismu, v němž bylo toto rozštěpení vědomě započato, neboť mj. umožňovalo, aby věda nemohla překážet otázkám moci.

Po převratu sáhli starší právníci po prvorepublikových knihách, činní právní praktici zůstali u knih, z nichž jako profesionálové vzešli a které četli čtyřicet let. Sociální vědci udělali tlustou čáru, naskočili do světového diskursu, který aplikovali na naše podmínky tak, jako by nebylo

žádné přetržky kontaktu naší společnosti se svobodným světem a jako by společnost neměla svou historii, vývoj, který ovlivňuje současné a budoucí společenské vztahy. Není divu, že v nastalém zmatení jazyků kvetl lidový právní romantismus, podle něhož se vše spraví přechodem k precedenčnímu právu, nebo naopak ještě větším přimknutím živého práva k zákonu, než tomu bylo za reálného socialismu.

Transformace státu, přerod společnosti, požadavek na odstranění bezpráví a nastolení svobodných poměrů přitom dává vzniknout otázkám a výzvám, které se zcela míjejí s dvě stě let starými pŕtkami mezi přirozeným právem a právem pozitivním. Daleko palčivějšími otázkami jsou míra kontinuity se starým právem, pořadí transformačních kroků (napřed ekonomika a potom právo) či konkrétní časová a věcná podoba projektu budování nového právního řádu (novelizovat staré kodexy, anebo hned vytvořit nové? Budovat prvky stability práva z hlediska personálního anebo normativního) atd. atp. Sousední „předvídatelnost práva“, ironické konstatování „naši soudci jsou nezávislí, zejména na zákonu“ nebo představa o tom, že právo lze snadno a rychle zjednodušit jsou stejně chytlavé, jako nejasné v konkrétních krocích plánu směřujícího k naplnění cílových představ.

### **Hodnotové zakotvení práva dělí pozitivismus od naturalismu?**

Jiří Přibáň svůj příběh o *Lesku a bídě právního pozitivizmu* rozehrál na důležitém tématu relevance hodnotového obsahu práva, které bylo přijato řádnou procedurou. Poté představil posun, k němuž došlo v právním pozitivizmu během dvacátého století a který lze dobře dokumentovat na debatě Hart – Fuller, kterou u nás právníci nechtěli znát, ani když jim byla předložena v češtině a v sebrané podobě. Úvahu přesto paradoxně zakončil konstatováním, že pozitivisty jsme dnes všichni, metafyzické spekulace o právu ustupují pragmatickému, realistickému pohledu na skutečné každodenní fungování práva (živé právo či právo v akci – law in action). Přibáňovo právo je neustálým interpretačním procesem, který je plný napětí mezi živým právem a právem v knihách (law in books). Tomuto pohledu se pro nedostatek lepších pojmenování mezi právníky již sto let nepřesně říká pohled sociologický.

Když se ale Pavel Holländer ptá: „*Vážně jsme všichni pozitivisté?*“, uvádí nás do stati, která je k Přibáňovi v opozici, avšak jde o opozici zdánlivou, protože oba diskutéři nepopírají nezbytnost hodnotového výkladu práva. Profesor Holländer zvedl rukavici a zaměřil se na místo, které je největší slabinou teze uzavírající Přibáňovo pojednání. V myšlence, že hodnotové spory nemají v liberální demokracii právního arbitra, zaznívají tóny Fukuyamovy předčasné oslavy konce ideologií a ryk postmodernistické relativistické ideologie. Spor mezi pozitivismem, přesněji řečeno ius positivismem a ius naturalismem je z hlediska jádra předkládané polemiky při okrajovou.

Těžištěm střetnutí není ani použitelnost sociologických náhledů na právo. Holländer se např. hned v úvodu v citátu Ernsta Böckenförda upozorňujícího na absenci integrujícího náboženského tmelu přihlašuje (lhostejno zda vědomě) ke klasické sociologicko-právní tezi Émile Durkheima, který průmyslovou revolucí započatý přechod od tradiční k moderní společnosti spojoval s anomii, sdílenou zmateností v otázce platnosti společenských norem, způsobenou neodvratnými úpadkem integrativní role náboženství. V Durkheimově vizi mělo roli spojujícího tmelu převzít právo vytvářející jemné předivo sítě vzájemných závislostí členů společnosti s rozvinutou spontánní dělbou práce.

### **Tmel důvěry**

Nyní jsme o sto let zkušenější a víme, že právo nemá automatickou integrující schopnost. Ale i tak tento moment činí Holländerův výpad myšlenkově přitažlivým. Právo bez tmelu důvěry není ničím. Důvěra v právo je mimoprávní složkou podmiňující fungování práva, které je čistě nemateriálním výtvoem, který nemá nijak dopředu zaručeno spojení se skutečností. Právní instituty a víra v ně je totéž jako víra v jednorožce, a nejde jen o institut lidských práv.

Na rozdíl od jednorozců a čarodějnic však jsou lidská práva nebo institut smlouvy či právního úkonu přívlastky lidského konání. Právo těmto konáním a situacím dává význam a vždy jde o instituce, které se dotýkají lidského jednání a vzájemných vztahů člověka k člověku či jedněch lidí k druhým.

Zkratka: víra, důvěra je nezbytným mimoprávním předpokladem umožňujícím fungování práva. Celé právo je fikcí Tak jako jiné teorie, hypotézy, koncepty a myšlenkové konstrukce, je právo myšlenkovým konceptem, kterému vtiskuje řád uvažující lidské vědomí, které tak čelí chaosu. Pavel Holländer hledá spolu s Alexym východisko v racionální a univerzální metafyzice, kdy odkazem na Verdrossa představuje možné spojení morálky a práva (jako donucovacího řádu libovolného obsahu) v příkazu, aby (alespoň) hraniční orgán byl zavázán sledovat právo podle nejlepšího vědomí a svědomí. Odmyslíme-li si etické základy práva, bortí se právo samotné.

### **Pragmatická víra racionalismu, že vše dobře dopadne, protože musí**

Nelze rezignovat na hledání transcendentních východisek spojujících společnost. Diskurs výkladu práva si musí uchovávat schopnost rozlišovat dobro a zlo. Z vnějšku dodané poznání pravdy o dobru je nutné, aby se stát nedostal na roveň dobře fungující bandy lupičů, neboť by spočíval jen na funkčnosti, nikoli na spravedlnosti. Když Holländer cituje Ratzingera, který připomíná, že „rozum působí jen v historických souvislostech, na nichž závisí a které překračuje“, slyšíme ozvěny myšleni Ernesta Gellnera, který upozorňuje na kulturní podmíněnost rozumu a racionality. Je-li naše racionalita podmíněna časoprostorovými prvky, pak není jedinou možnou racionalitou a Alexyho závěr upínající se k racionalitě dostává viklavý základ. Ale Gellnerovy myšlenky problematizují i Příbáňův diskursivní optimismus, tváříci se, že při právních debatách postačí dbát jen na procedury, protože i tento postoj se opírá o víru, které Gellner říká providencialismus (od slova „prozřetelnost“), tedy přesvědčení o tom, že necháme-li věcem volný průběh, vše dobře dopadne. A ptáme-li se, proč „to“ dobře dopadne, odpověď nenalezneme. Vykoukne na nás jen předpoklad, že „to“ prostě dobře dopadnout musí. Tedy o mimo-racionální spoléhání na štěstěnu či osud.

### **Vztah práva a morálky**

Příbáň Holländerovy výtky přivádějí k úvahám o dobru a spravedlnosti a připomíná, že dnešní koncepce demokratického státu stojí na liberálním předpokladu o bezhodnotovém, přesněji řečeno hodnotově neutrálním státu a právu, které dobro a pravdu vykazuje ze sféry právního státu. Dnešní stát nesmí prosazovat určitou koncepci dobra, ale jen spravedlnost ve smyslu rovnosti a férového zacházení. Právo nelze s morálkou zcela zaměňovat a jakékoli připomenutí nutnosti respektovat, že právní stát stojí na nesamozřejmých předpokladech, je v Příbáňově uvažování spojeno v odklonu od kantovské morální autonomie k hegelíánské morální autonomii kolektivity.

Právě toto místo prokazuje, že Holländer správně zacílil na nejproblematictější místo Příbáňovy koncepce, která ve svých východiscích jednoduše předpokládá, že vše musí dobře dopadnout, neboť je to osudem právního státu. Tento předpoklad je trvalým rysem Příbáňova myšlení, který se projevil již v jeho *Sociologii práva*. Avšak Příbáň vysvětluje, že postmetafyzická doba a pragmatismus nutně nesplyvají s militantním sekularismem, morálním relativismem, filosofickým pozitivizmem či utilitarismem. Jen říkají, že základy našeho politického společenství a práva musíme hledat uvnitř společnosti, nikoli „tam nahoře“ či venku.

### **Víceznačnost osvícenského odkazu a hodnotové předpoklady liberalismu**

Přibáň na oplátku vystihl, že Holländerův náčrt modelu vývoje politických teorií vykazuje jednostrannosti až povážlivé. Osvícenství má jak svou etasticky optimistickou francouzskou verzi, tak jednotlivce ctící verzi skotskou, a Voltaire či Rousseau vedou společnost jinými chodníčky, než jsou stezky Fergussona, Humea či Smitha. Tato plochost je pro zdejší debatu již dvacet let příznačná. Stejně jako zužování vějíře státně skeptických teorií na utilitarismus nebo jednostranné ekonomizující – (marxistické) – čtení morální filosofie Adama Smitha, anebo pomíjení zásadního vkladu Johna Locka do debaty o tom, jak má státní právo distribuovat moc, aby bylo riziko zneužití co nejmenší. Osvícenský racionalismus, píše Přibáň, otevřel člověku cestu k osobní svobodě, důstojnosti a morální odpovědnosti vůči sobě, ostatním lidem i Bohu. Chce se nám dodat, že kulturně podmíněný, chcete-li hodnotový obsah, modelu státu a práva neseného osvícenským racionalismem nám osvětlila v abstraktní podobě islámská výzva či zavádění liberálního státu na půdu obdělávanou militantním ateismem, nebo v konkrétní podobě odmítání rovnosti lidí (například rovnosti muže a ženy) či postkomunistické pojetí státu a práva jako hodnotově prázdných nádob, jímž konkrétní hodnotový obsah dává momentální exekutivní většina.

Stejně tak Habermasova komunikativní racionalita potřebuje ke svému životu splnění předpokladů diskuse, které jsou – opět, časově a prostorově, chcete-li historicky podmíněné, a euroamerický kulturní okruh se diskusi učí chápat na pozadí jednotící báze tvořené svébytně interpretovaným antickým odkazem. Ostatně Přibáňem citovaný Richard Rorty hovoří nejen o procedurách, ale i o ústavních zárukách svobodné občanské rozpravy, kterážto je základem politického rozhodování. Přibáň ostatně hrubý náčrt postmetafyzické doby ukotvuje odkazem na MacIntyrea a realistickým odmítnutím jedné definitivní pravdy a upozorněním na rozmanitost a rozporuplnost morálních argumentů. Modernita nám totiž přinesla krvavé zkušenosti s politickým prosazováním jediného, státem uznaného dobra.

Pavel Holländer se nevzdává a přirozenoprávní protějšek moci (resp. metafyzický korelát či nadpozitivní korelát) představuje jako účinnou zbraň proti tyranii jediného oficiálního politického dobra, neboť metafyzika je lidskou reakcí na neúplnost racionálního. A tak Holländer přivádí na scénu Kurta Gödela a jeho teorém neurčitosti nebo Davida Huma. Člověk není jen jednorozměrně uvažující racionální bytostí maximalizující svůj užitek, ale bytost vedená jak ratiem, tak étosem, nejen egoistickým kalkulem, ale i sociálním začleněním, užívajícím lásku, empatii a soucit a nejednající jen v důsledku kauzality a teleologie, ale i normativity. Nepozitivizmus je v Holländerově pojetí nesen právě doplněním neúplnosti racionality. Český ústavní soudce tak debatu uzavírá opět v dichotomii přirozené-pozitivní právo.

## **Učené právní debaty a každodennost práva**

Myslím, že nejsem sám, kdo měl v průběhu polemiky pocit, že duelanti hrají argumentační tenis, v jehož průběhu postupnými úkroky mění stranu dvorce. A rozdíly mezi nimi jsou menší, než dávají najevo, resp. že jádro jejich různic není ve sporu mezi pozitivním a přirozeným právem. Holländerova pozice je snadno včlenitelná do dnešní podoby právního pozitivizmu a Přibáňův proceduralismus držící se v koridoru základních hodnot by musel být akceptovatelný pro nejednoho dnešního vyznavače přirozeného práva, který své přesvědčení neponechává v rovině proklamací, ale řídí se jím při každodenním výkonu právního řemesla.

Právo je praktickým řemeslem, které svou užitečnost prokazuje při každodenním řešení problémů vznikajících při střetech životních drah na cestách nás všech za svou představou o štěstí. Kurt Gödel se ucházel o americké občanství a zvolil logickou, ale krajně nepraktickou cestu k úspěchu.<sup>1</sup> Ke zděšení princetonských přátel Alberta Einsteina a Oskara Morgensterna, kteří mu byli za svědky u občanského slibu, nabízel soudci důkaz, že americká ústava

<sup>1</sup> Za upozornění na tuto příhodu autor děkuje RNDr. Jaroslavu Frýdkovi.

obsahuje logickou skulinu, neúplnost umožňující nastolení diktatury (jak traduje princetonská mytologie). Gödel byl naštěstí reálně v rukou dobrých přátel – svědků, a konkrétního člověka – soudce, který otázku vhodnosti udělení občanství posuzoval mimo rámec formalismu, pod jehož zorným úhlem by býval musel žádost o občanství zamítnout.

Jde však o vážnější otázku soudcovské aplikace práva: Proč vybočovat a riskovat a (relativně krátce po válce) užít zákonem předvídané soudcovské uvážení ve prospěch nominálního člena německého národa hovořícího o nové vlasti jako o potenciální diktatuře? Právo je lidským výtvozem užívaným lidmi a aplikovaným na lidská jednání. Vpasování pestrých každodenních aktivit do šablon velkých společenských teorií tak, aby šlo o zařazení jednoznačné a neměnné je ošemetnější, než se zdá.

Pokud posledních deset či patnáct let sledujeme českou veřejnou debatu o státu a společnosti, nemohly nám uniknout četná sdělení Jiřího Přibáně k aktuálním otázkám české ústavnosti. Tyto promluvy a texty sice můžeme vřadit do rámce diskursivní teorie práva či komunikativní racionality, ale stěží je vtěsnáme do škatulky pozitivistického, hodnotově neutrálního výkladu práva. V otázkách dělby moci, výkladu ústavních pravidel či vztahu státu a jednotlivce formuluje Jiří Přibán názory, které jasně vycházejí z tradic politického liberalismu, bojovné demokracie a právního státu, což jsou hodnotově zakotvené koncepty.

### **Teoretické postoje a právní praxe**

Po přečtení komentovaných textů Pavla Holländera můžeme nabýt dojmu, že jej od Přibáně dělí koňské délky. Avšak prvních deset let působení v taláru ústavního soudce dokumentovaných nálezy a usneseními soudce zpravodaje Pavla Holländera představuje tohoto právního logika jako výrazného zastávce přednosti procesního přezkumu před přezkumem hmotněprávním, který potenciálně umožňoval učinit z mnoha ustanovení Listiny základních práv a svobod „monology zákonodárce“, které nelze přímo aplikovat, a to ani v řízení před ústavním soudem, byť by šlo o články, z nichž lze dovodit ústavní ochranu autonomie vůle nebo ochranu právní subjektivity jednotlivce. Tzv. subsidiarita hmotněprávního k procesněprávnímu přezkumu, kterou lid právní přejmenoval do rčení „ústavní soud se stará jen o proces“ je přitom nejlepší praktickou ukázkou hodnotově lhostejného přimknutí se k procedurální spravedlnosti.

Výše uvedené příklady podle mého názoru nejsou dokladem nekonzistence obou právních myslitelů, nýbrž ukazují na míru vzdálenosti mezi velkou teorií či koncepcí (právní pozitivismus a iusnaturalismus) a praktickým používáním práva v jeho každodennosti. Ostatně i výše psané poznámky ukazují, že poznatky společenských teorií nejsou puzzle umožňující seskládat jeden jediný obraz, ale mnohem více se jedná o kameny mozaiky, která má u každého sestavovatele trochu jinou podobu. Důležité je zůstat v rámu, konkrétněji zůstat v rámci právního státu tvořeném jeho občany a pro tyto občany a chránícím jejich svobody a práva.