

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 vzdělání 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*

Tuto kapitolu začneme poměrně rozvěklou alegorií. Pojednává o nešťastném panování monarchy, který měl přiléhavé, ale ne právě nápadité a dokonce ani ne zrovna královsky znějící jméno Rex.

Osm způsobů, jak neuspět při tvorbě práva

Rex nastoupil na trůn jako zanícený reformátor. Domníval se, že oblastí, v níž jeho předchůdci selhali nejvíc, bylo právo. Po celé generace neprošel právní řád žádnou zásadní reformou. Řízení před soudy bylo těžkopádné, právní normy byly formulovány v zastaralém jazyce, justice byla nákladná, soudci byli lajdáčtí a někdy úplatní. Rex se rozhodl toto vše napravit a zapsat se tak do dějin jako velký zákonodárce. Jeho neštěstím bylo, že v tomto úsilí neuspěl. Neuspěl vskutku velkolepě, protože se mu nejen nepodařilo provést nezbytné reformy, ale dokonce ani nikdy nevytvořil žádné právo, ať už dobré, nebo špatné.

Jeho první oficiální čin v úřadě byl nicméně dramatický a slibný. Protože potřeboval čistý stůl, oznámil svým poddaným, že s okamžitou platností ruší veškeré dosavadní zákony. Poté se pustil do formulování nového kodexu. Protože však byl vychován jen jako princ, jedináček, bylo jeho vzdělání velmi nedostatečné. Zejména zjistil, že není schopen ani těch nejjednodušších zobecnění. Ačkoli nepostrádal sebevědomí, jednalo-li se o rozhodování konkrétních sporů, jakékoli srozumitelné zdůvodnění závěrů bylo zcela nad jeho schopnosti.

Když si Rex začal své meze uvědomovat, vzdal se myšlenky na kodex a svým poddaným oznámil, že od nynějška bude vystupovat jako soudce ve všech sporech, které by mezi nimi mohly vzniknout. Doufal, že díky rozmanitosti jednotlivých případů se rozvinou jeho dřímající generalizační schopnosti a že případ od případu postupně vypracuje systém pravidel, která by se mohla vtělit do kodexu. Nedostatky jeho vzdělání byly bohužel hlubší, než se domníval. Věc totálně zkrachovala. Vynesl doslova stovky rozhodnutí, ale ani on, ani jeho poddaní z nich nedokázali odvodit žádné obecné pravidlo. Pokusy o zobecnění, obsažené v jeho rozhodnutích, zmatek jen zvyšovaly, protože skýtaly jeho poddaným mylná vodítka a oslabovaly jeho vlastní chabé schopnosti rozsuzovat další případy.

Po tomto fiasku si Rex uvědomil, že je třeba začít znovu. Ze všeho nejdřív se dal zapsat do kurzu o zobecnění. S takto posílenými intelektuálními schopnostmi se vrátil k myšlence kodexu a po mnoha hodinách samotářské dřiny se mu podařilo sestavit poměrně obsáhlý dokument. Nebyl si však ještě jist, zda se zcela vyrovnal se svými dřívějšími nedostatky. Proto svým poddaným oznámil, že kodex sepsal a bude se jím napříště při rozhodování jednotlivých případů řídit, že však obsah tohoto kodexu zůstane prozatím státním tajemstvím, které bude znát pouze on a jeho písař. K Rexově překvapení jeho poddaní tento praktický plán zcela odmítli. Tvrdili, že je velmi nepříjemné, má-li se případ, se kterým člověk přijde, rozhodovat podle jakýchsi pravidel, aniž by bylo možno se dozvědět, o jaká pravidla se jedná.

Konsternován tímto odmítnutím, Rex provedl svědomitou inventuru svých předností a slabin. Dospěl k závěru, že život ho poučil v tom, že je snazší rozhodovat věci s pohledem obráceným nazpět, než se snažit předvídat a kontrolovat budoucnost. Zpětný pohled nejen usnadňoval rozhodování v jednotlivých případech, ale - a to bylo pro Rexe nejdůležitější - usnadňoval i jeho zdůvodňování. Rozhodnout z tohoto názoru těžít, Rex pojal následující plán. Počátkem každého kalendářního roku rozhodne všechny spory, které během minulého roku mezi jeho poddanými vznikly. Svá rozhodnutí doprovodí zevrubnými odůvodněními. Takto podaná odůvodnění se přirozeně nebudou chápat jako něco, čím se bude řídit rozhodování v příštích letech, protože tím by se zmařil smysl nového návrhu, kterým bylo těžit z výhod zpětného pohledu. Rex sebejistě oznámil svým poddaným nový plán s poznámkou, že bude publikovat plný text svých rozsudků včetně pravidel, která aplikoval, čímž vyhoví hlavní námitce proti starému plánu. Rexovi poddaní přijali toto oznámení mlčky a pak prostřednictvím svých vůdců pokojně vysvětlili, že když řekli, že potřebují znát pravidla, mysleli tím, že je potřebují znát předem, aby podle nich mohli jednat. Rex zamumlal, že se snad mohli v této věci vyjádřit jasněji, ale řekl, že uvidí, co se dá dělat.

Nyní si Rex uvědomil, že se nevyhne zveřejnění kodexu, vyhlášení pravidla, která se budou aplikovat v budoucích sporech. Dále poslouchal přednášky o zobecnění a zároveň pilně pracoval na revidovaném kodexu, nakonec oznámil, že bude brzy publikován. Toto oznámení bylo přijato se všeobecným

uspokojením. O to větší bylo zděšení Rexových poddaných, když jeho kodex spatřil světlo světa a zjistilo se, že jde o opravdu mistrovskou práci plnou záhad. Právní odborníci, kteří kodex prostudovali, prohlásili, že v něm není jediná věta, které by mohl rozumět zkušený právník, natož prostý občan. Nastalo obecné pobouření a brzy se před královským palácem objevili demonstranti s transparentem "Jak se může někdo řídit pravidlem, kterému nikdo nerozumí?".

Kodex byl rychle stažen. Rex poprvé uznal, že potřebuje pomoc, a sestavil tým odborníků, aby pracovali na revizi. Nařídil jim, aby podstatu nechali nedotčenou, ale projasnili vyjadřování. Výsledný kodex byl přímo vzorem jasnosti, při jeho studiu se však ukázalo, že jeho jasnost pouze ozřejmila, že v kodexu není jediné ustanovení, které by nebylo rušeno jiným ustanovením, jež mu odporuje. Před královou rezidencí se opět objevili demonstranti; na jejich transparentu stálo "Tentokrát se král vyjádřil jasně - tak i tak".

Kodex byl znovu stažen k revizi. Nyní však už Rex ztratil trpělivost se svými poddanými a s tím, jak odmítavě zřejmě přistupují ke všemu, co se pro ně snaží udělat. Rozhodl se dát jim za vyučenou a skoncovat s jejich malichernou kritičností. Svým expertům poručil, aby kodex zbavili rozporů, zároveň ale drasticky vystupňovali všechny požadavky v něm obsažené a přidali dlouhý seznam nových zločinů. Tak se stalo, že kde měl občan předvolaný k trůnu původně deset dní na to, aby se dostavil, po revizi se tato lhůta zkrátila na deset vteřin. Z kašlání, kýčání, škytání, mdlob nebo pádu v přítomnosti krále se staly zločiny, trestané deseti lety vězení. Za velezradu se nyní považovalo, když někdo nerozuměl doktríně evoluční, demokratické spásy, nevěřil v ni a řádně se jí nedržel.

Když byl nový kodex publikován, způsobil téměř revoluci. Přední občané vyhlásili, že mají v úmyslu jeho ustanovení nedbat. Kdosi při četbě jakéhosi starého autora objevil pasáž, která se zdála příhodnou: "Přikázat něco, co nelze vykonat, neznamená tvořit právo; znamená to právo ničit, protože příkaz, který nelze splnit, slouží jen zmatku, strachu a chaosu." Brzy se tato pasáž citovala ve stovkách petic, které králi docházely.

Kodex byl opět stažen a tým odborníků byl pověřen, aby ho předělal. Rex přikázal odborníkům, aby každé pravidlo požadující něco nemožného bylo revidováno tak, aby bylo možno ho dodržet. Ukázalo se, že má-li se tohoto cíle dosáhnout, musí se každé ustanovení kodexu zásadně přepracovat. Konečný výsledek byl však opravným triumfem legislativní práce. Kodex byl jasný, neodporoval si a po poddaných nepožadoval nic, co by snadno nemohli splnit. Byl vytištěn a zdarma se rozdával na každém rohu.

Ještě dřív, než nový kodex nabyl účinnosti, se však zjistilo, že postupné revize Rexova původního návrhu zabraly tolik času, že události mezitím podstatu kodexu výrazně předběhly. Od chvíle, kdy Rex nastoupil na trůn, byly běžné právní postupy pozastaveny a to vedlo k zásadním ekonomickým a institucionálním změnám v zemi. Aby bylo možno se těmito změněným podmínkám přizpůsobit, bylo zapotřebí mnoha podstatných změn práva. Od okamžiku, kdy nabyl účinnost, byl proto nový kodex dennodenně novelizován a doplňován. Nesouhlas lidu opět rostl; na ulicích se objevil anonymní leták s karikaturou krále a článkem pod titulem: "Právo, které se každý den mění, je horší než vůbec žádné právo."

S poklesem tempa přijímání novel a dodatků začal tento zdroj nespokojenosti zakrátko vysychat. Ještě dříve, než k tomu došlo v míře, aby si toho někdo povšiml, však Rex oznámil důležité rozhodnutí. Při uvažování nad neštěstími, která provázela jeho panování, dospěl k závěru, že většinu z nich způsobily špatné rady odborníků. Vyhlásil tudíž, že soudní moc bere opět do svých rukou. Bude tak moci přímo dohlížet na aplikaci nového kodexu a uchrání svou zemi další krize. Prakticky všechn svůj čas začal trávit slyšením a rozhodováním případů, na které se nový kodex vztahoval.

Když v tom král pokračoval, zdálo se, že jeho dlouho dřímající generalizační schopnosti se začnou pozdě, ale přece probouzet. V jeho názorech se vskutku začala projevovat sebevědomá a téměř nevázaná virtuozita, když obratně rozlišoval mezi vlastními dřívějšími rozhodnutími, formuloval zásady, podle nichž rozhodoval, a stanovoval hlavní vodítka pro řešení budoucích sporů. Rexovým poddaným svítila jiskřička naděje, že konečně budou moci přizpůsobit své jednání ucelené soustavě pravidel.

Tato naděje se však v brzy rozplynula, když byly tlusté svazky Rexových rozsudků vydány a pečlivě prostudovány, jeho poddaní s údivem objevili, že neexistuje žádný zjiřitelný vztah mezi rozsudkem a kodexem, který se v nich měl aplikovat. Z hlediska toho, jak se promítal do skutečného rozhodování sporů,

nový kodex vlastně nemusel vůbec existovat. Přesto v doslova každém svém rozhodnutí Rex tvrdil, že kodex je základním zákonem jeho království.

Přední občané se začali v soukromí scházet a diskutovat, jak kromě otevřené revolty krále přimět, aby opustil soudcovský stolec a vrátil se na trůn. Za těchto diskusí Rex náhle a předčasně zesnul, hluboce zklamán svými poddanými.

Prvním opatřením jeho nástupce, Rexe II., bylo oznámení, že státní moc odnímá právníkům a svěřuje ji psychiatrům a odborníkům pro styk s veřejností. Vysvětlil, že tak lze lidi učinit šťastnými bez pravidel.

Důsledky neúspěchu

Rexova zpackaná kariéra zákonodárce a soudce dokládá, že pokus vytvořit a udržet systém právních pravidel může ztroskotat přinejmenším osmým způsobem; existuje, chcete-li, osm navzájem odlišných cest ke zkáze. První a nejzjevnější spočívá v neschopnosti vůbec dospět k pravidlům, takže každý případ se musí rozhodnout ad hoc. Ostatní cesty jsou: 2) neschopnost zveřejnit nebo přinejmenším straně jimi dotčené zpřístupnit pravidla, která má dodržovat; 3) zneužití retroaktivního zákonodárství, které nejen samo nemůže být vodítkem jednání, ale podkopává také integritu pravidel působících do budoucna, protože se vystavuje hrozbě, že budou retroaktivně změněna; 4) neschopnost vytvořit srozumitelná pravidla; 5) uzákonění pravidel, která si odporují nebo 6) pravidel, která vyžadují chování, jehož ten, na koho se vztahují, není schopen; 7) provádění tak častých změn pravidel, že ten, na koho se vztahují, se při svém jednání nemůže podle nich orientovat; a konečně 8) neschopnost dosáhnout shody mezi vyhlášenými pravidly a jejich uplatňováním v praxi.

Naprostý neúspěch v kterémkoli z těchto osmi směrů nevede jen ke špatnému systému práva; vede k něčemu, co se správně vůbec systémem práva nenazývá, leda snad v pickwickovském pojetí, podle kterého se i o neplatné smlouvě stále ještě dá říci, že je určitým druhem smlouvy. Zajisté nemůže existovat žádný racionální základ pro tvrzení, že člověk může mít morální povinnost podřídit se právnímu pravidlu, které neexistuje, nebo je před ním drženo v tajnosti, nebo vzniklo teprve poté, co již jednal, nebo je nesrozumitelné, nebo odporuje jinému pravidlu téhož systému, nebo příkazuje nemožné, nebo se každou minutu mění. Nemusí být pro člověka nemožné podřídit se pravidlu, které přehlíží ti, kdo mají na starosti jeho uplatňování, v určitém okamžiku se však poslušnost stává marnou - ve skutečnosti stejně marnou, jako je marné odevzdávat hlas, který se nikdy nepočítá. Jak vypožoroval sociolog G. Simmel, jedná-li se o dodržování pravidel, existuje mezi státem a občany jakási reciprocita. 1 Stát občanovi říká: "Toto jsou pravidla, která, jak očekáváme, budeš dodržovat. Budeš-li je dodržovat, máš naše ujištění, že se jedná o pravidla, která se budou na tvé chování aplikovat". Je-li toto pouto reciprocit zcela a s konečnou platností státem přetrženo, nezbyvá nic, na čem by bylo možno založit občanovu povinnost pravidla dodržovat.

Občanovy nesnáze se ještě stupňují, dojde-li, přestože k totálnímu selhání nedošlo, ke všeobecnému a drastickému úpadku legality, jaký se projevil například v hitlerovském Německu. 2 Vzniká například situace, kdy některé zákony sice publikovány jsou, ale jiné, včetně nejdůležitějších, publikovány nejsou. Ačkoli většina zákonů působí do budoucna prospektivně, retrospektivního zákonodárství se nepoužívá natolik volně, že žádný zákon není imunní vůči změně ex post facto, hodí-li se to těm, kdo jsou u moci. Pokud se týče trestních procesů, v nichž jde o loajalitu vůči režimu, ustavují se zvláštní vojenské tribunály a ty, kdykoli jim to vyhovuje, ignorují pravidla, jimiž by se mělo jejich rozhodování řídit. Hlavním cílem státu není, jak se zdá, poskytovat občanovi pravidla, podle nichž by utvářel své chování, ale zastrašovat ho až k bezmoci. Jestliže taková situace nastane, problém, kterému občan čelí, není tak prostý, jako problém voliče, který si není jist, zda se jeho hlas započítá. Spíše se podobá problému voliče, který ví, že se téměř s jistotou nezapočítá, a pokud ano, že se s velkou pravděpodobností přičte tomu, koho ve skutečnosti nevolil. V takové obtížné situaci se občan musí sám rozhodnout, zda se bude na systému podílet a odevzdá svůj hlas jen jako jakýsi symbolický akt, vyjadřující naději v lepší budoucnost. Takto stál německý občan za Hitlera před rozhodnutím, zda je povinen dodržovat zákony, které nacistický teror ponechal nezměněné.

V takových situacích nemůže existovat jednoduchý princip, jímž bychom testovali občánovou povinnost být věren právu, stejně jako nemůže existovat princip, jímž bychom testovali jeho právo zúčastnit se revoluce. Jedno je však jasné. Pouhé respektování zavedené autority nelze zaměňovat s věrností právu. Rexovi poddaní například zůstali Rexovi coby králi věrni po celé jeho dlouhé a neschopné panování. Nebyli však věrni jeho právu, protože nikdy žádné nevytvořil.

V.

Struktura analytického právního pozitivismu

Pokusím se zde zformulovat základní intelektuální stanoviska, která stojí v pozadí analytického právního pozitivismu. Přidavným 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 *systemem*.

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 občánem. Nerozlišuje žádnou mlčky předpokládanou spolupráci mezi zákonodárcem a občánem jako základní prvek tvorby právního systému; na právo se hledí tak, že prostě působí vůči občánovi - 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 občána. 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 roli". Běžný právník samozřejmě podřizuje své chování ke klientům, kolegům, soudům a veřejnosti jistému etickému kodexu. Tento kodex není pouhým přeformulováním morálních principů, jimiž 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 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.

Předpokládejme 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 zachování 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 dovoluji 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. činnost, 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 určitě neodstraňuje. Utilitaristická filosofie v nás podporuje intelektuálně pohodlnou představu, že prostředky jsou jen věcí 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 všeprostopupující 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. Zainteresoovaný 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.

Otázky k diskusi:

a) Reprodukujte Fullerem popsáný příběh Rexe a pokuste se z něho odvodit jednotlivé principy "vnitřní" mravnosti práva

b) Diskutujte o Fullerově hodnocení analytického právního pozitivismu