

## Přednáška č. 4

Tématický okruh:

1. Co je právo?

1.2. Přírozené právo versus pozitivní právo

1.2b) Co je pozitivní právo?

Osnova přednášky:

- i) *Význam pojmu „pozitivní právo“- proč se začalo používat*
- ii) *Co charakterizuje pozitivně právní myšlení?*
  - a) *Dualismus „Sein“ a „Sollen“ ( I. Kant)*
  - b) *radikální odtržení „Sein“ a „Sollen“*
- iii) *Spor o způsob interpretace pozitivního práva*
  - *právní formalismus (H.Kelsen) versus realismus*

i) Význam pojmu „pozitivní právo“

Slovo „ius positivum“ se objevilo až v 6. století v justiniánském kodexu v souvislosti s

„lege ponere“- co znamená stanovit, ustanovit, veřejně vyhlásit, vydat;

*(z lat. slova „pono“ jsou odvozené i slova „positus“ nebo „positivus“ – ve významu, co je stanoveno, vytvořeno lidskou vůlí)*

- Začátkem 12. století pak najdeme toto slovo v jednom textu středověkého filosofa a teolog P. Abelarda – pojem „pozitivní právo“ použil po označení pravidel vytvořených lidmi.

To ukazuje, že slovo „pozitivní právo“ je spojováno s představou práva, které není dané, ale je vytvořené, ustanovené, vyhlášené atd.

## Poznámka k používání slova „pozitivní právo“

O této formě práva byly známé úvahy již v starověkém myšlení, např. sofisté a pak Aristoteles, ale ten nemluvil o právu pozitivním, ale zákonném, podobně Akvinský mluví o vytvořeném právu jako o lidském právu.

Tuto souvislost je nutné zvýraznit, protože o pozitivním právu jako skutečném, (pozitivním) právu se začalo mluvit až později. Tento pojem se udomácnil a stal centrálním pojmem právního pozitivismu v 19. století a pak 20. století.

*(Positivismus je filosofický směr, který hlásá návrat k empirickému poznání; jeho znaky jsou empirismus a vědeckost;)*

Právní pozitivismus připisuje slovu „pozitivní“ význam – čistý, skutečný, existuje jen to, co se dá empiricky ověřit;

Podle pozitivistů je tedy právem jen pozitivní právo.

ii) Předpoklady vzniku pozitivně právního myšlení? (Kdy se začínají psát dějiny pozitivně právního myšlení?)

- první předpokladem bylo stanovení hranice funkce přirozeného práva (Hobbes)

Přirozené právo jako právo všech na všechno se ukázalo jako právo, které nemohlo být realizováno;

- jeho realizace předpokládala restrikcí a zásah autority -

Stručně řečeno: existence tohoto práva nebyla odvozena již z práva přirozeného;

- za zdroj normativity byl označen lidský rozum, resp. rozumná vůle (Kant);

tzn. sféra Sollen – závaznosti byla označena jako autonomní sféra lidské vůle;

Z těchto předpokladů jsou odvozeny také základní znaky pozitivního práva:

Obecně se v definicích objevují tyto znaky:

i) **zdrojem normativity je zde vůle zákonodárce- právní autorita - autoritativně uzákoněné právo**

ii) **závaznost má zákonnou formu (legalita), tzn., formální (zákonný) způsob jak jsou uznány a plněny právní normy, pravidla, apod.; (uznány a stanoveny jsou jako nutnost, která je vynutitelná)**

iii) **sociální účinnost a platnost (legitimita), tzn. jakým způsobem adresátům vznikají práva a povinnosti;**

iv) **forma sankce- vynutitelnost povinnosti**

Tyto znaky jsou různě interpretovány a v právním myšlení rozlišujeme dvě tradice v pojetí pozitivního práva: i) anglo- americkou a ii) kontinentální (německo-francouzská tradice).

#### a) Dualismus „Sollen“ a „Sein“

Pozitivně právní myšlení je spojeno s otázkou vztahu „Sollen“ a „Sein“. (*Sollen- z němčiny to co má být, stanovuje povinnost- normativitu; Sein- z němčiny to, co je, vyjadřuje empiricky ověřitelnou skutečnost; Německé slovo "Sollen" překládáme opisem jako "to, co má být", tzn. povinnost, závaznost.*)

Z filosofického hlediska jsou tyto kategorie spojeny se zjištěním, že je nutné dělat rozdíl mezi poznáním a chtěním;

Tuto skutečnost zdůvodňuje německý filosof I. Kant na základě své kritiky rozumu- rozlišuje teoretický a praktický rozum;

- Kant ukazuje, že předmětem našeho poznání není jen svět věcí pro nás ale také naše jednání.

- zde však zjišťuje, že svět lidského jednání nepodléhá kauzalitě, ale zákonům svobody, které se mají povahu morálních zákonů- *kategorický imperativ*

- zákony svobody vyjadřují povinnost, to, co má být "Sollen"-, která je stanovená rozumem; (rozumem poznanou nutnost) jak máme správně jednat;

- proti světu svobody "Sollen" stojí smyslový svět "Sein" (toho, co je), který motivuje naší libovůli;

svět "Sein" je světem náhody a ne-rozumového pragmatického jednání, které nevede ke svobodě člověka;

(člověk jednající podle toho co je se stává předmětem náhody, jeho jednání je instrumentalizováno)

- tzn. ze světa „Sein“- světa libovůle není možné odvodit „Sollen“- tzn. rozumné- obecně závazné pravidla jednání, které umožňují svobodu člověka;

2. Svět „Sollen“ je zdrojem jak morální tak právní normativity; Kant vysvětluje tento rozdíl jako rozdíl mezi vnitřním a vnějším;

Právo se týká jen

- vnějšího jednání
- vnějších vztahů člověka vůči druhému
- vnějších zákonů, které jsou zákony svobody

## **b) Radikální odtržení „Sollen“ od „Sein“: "Ryzí nauka právní"**

Zakladatelem H. Kelsen (1881- 1973)

(rakouský právní teoretik, zakladatel tzv. Ryzí nauky právní, tvůrce první rakouské spolkové ústavy, zakladatel a hlavní představitel vídeňské právně-teoretické školy)

**Dílo:** *Hlavní problémy státoprávního učení, 1911; Rakouské státní právo, 1923; Problém parlamentarismu, 1925; Ryzí nauka právní, 1934, 1960; Obecná teorie státu a práva, 1945; Co je spravedlnost?, 1957; Obecná teorie norem, 1979- přeloženo do češtiny.*

Kelsenova cesta k vědeckému poznání vede přes radikální kritiku Kantova pojetí vůle jako zdroje normativity protože podle Kelsena je toto pojetí příliš subjektivní a psychologizující:

Proč?

a) Kantova vůle, resp. praktický rozum byl korektorem subjektivního chtění, tzn. vůle jako zdroj normativity je stále spojena se smyslovým světem, tudíž i svět normativity "Sollen" je zde stále spojován a odvozován ze světa "Sein"

b) Kantova vůle byla zdrojem jak morální tak právní normativity; rozlišujícím znakem bylo jen to, že se týkala vnějšího jednání

**Proto je podle Kelsena nutný jiný přístup k analýze vůle a je nutné ukázat,**

## **že zdrojem normativity není proto, že je rozumná, ale proto, že je to její danost- její strukturální vlastnost být zdrojem normativity**

Aby Kelsen mohl obhájit tento názor, musel

a) vůli (svět Sollen) očistit od světa "Sein", tzn. ukázat svět "Sollen" (povinnosti) jako svébytný svět, který nemá nic společného ze světem "Sein" toho, co je

b) ukázat, že právní normativita není něco objektivní jen proto, že se týká vnějšího jednání a vnějších vztahů; to, že právní normativita je něčím objektivním nemůžeme odvodit jen na základě toho, že je to protiklad něčeho vnějšího, subjektivního, musí se najít obecnější důvod;

A) "očistu" vůle provádí Kelsen tak, že pro její analýzu zvolil logickou analýzu vůle, která měla ukázat, že normativita (Sollen) je výsledkem čisté-logické konstrukce aktu vůle

Jak tomu máme rozumět?

i) Kelsen ukazuje, že akt chtění není výsledkem morálního uvědomění si našeho racionálního poznání jako to bylo u Kanta, ale akt chtění je založen především na mechanismu představování si povinnosti

tzn. naše vůle je sama o sobě schopná (je to její apriorní vlastnost) utvářet si představy, fikce, konstrukce, které fungují jako normativní kritérium našeho jednání

Kelsen z toho činí závěr, že akt chtění vůle má vždy význam normy,

tzn. **NORMA JE VÝZNAMEM AKTU CHTĚNÍ**

ii) Akt chtění je spojen s myšlením a spouští také mechanismus logického

úsudku, takže akt chtění je i formou abstraktního myšlení, kdy dochází k abstrahování toho, co má být (Sollen) jako obsahu normy

Smyslem aktu chtění je poznání povinnosti- **POZNÁNÍ POVINNOSTI**

**"SOLLEN" MÁ VŽDY FORMU NORMY**

Porozumění normativnímu způsobu myšlení by nám měl pomoci následující příklad:

Z Kelsenovy analýzy aktu vůle tedy plyne tento závěr:

- "Sollen"- normativita je nám zde představena jako **objektivní (logická) vlastnost vůle;**

- **základní strukturální jednotkou, resp. formou, kterou se projevuje je norma**

*"Norma je logickým významem aktů vůle; norma je neměnná a podle Kelsena existuje i když nepůsobí jako motiv jednání."*

- svět "Sein" je světem subjektivní zkušenosti, morálky, zájmů apod., kausálních vztahů, tudíž se nikdy nemůže stát zdrojem normativity

- "Sollen" a "Sein" jsou charakteristiky dvou na sobě nezávislých (protikladných) světů; (Mezi světem "Sollen" a "Sein" neexistuje žádný vztah)

**Kelsen tyto dva světy radikálně odděluje**

- vyhlášením Sollen za autonomní sféru utváří zároveň podmínky pro analýzu její struktury a funkcí; **základní strukturální jednotkou práva je právní norma;**

- tím byly vybudovány teoretické základy **moderní právní dogmatiky a právní teorie;** (právní norma a její fungování se staly předmětem právní

vědy)

- hlavním úkolem právní vědy je vybudovat teorii práva, která bude na základě svých vlastních metod schopná popsat právo, jaké je;  
(přirozené právo není právo, je to jen záležitost morálky)

### iii) Spor o interpretaci pozitivního práva:

Příklad:

*Pán A. je nájemníkem a také domovníkem jednoho nájemného domu v Zürichu. V domě bydlí deset rodin a jeho majitelem je pán B. Nájemné pána A z důvodu vykonávání funkce domovníka je o 500 franků měsíčně nižší. Pán A však onemocněl a musel jít do nemocnice, kde zůstal měsíc, takže celý měsíc se nemohl o dům starat. Pán B si najal na danou dobu náhradního domovníka a v následující platbě zvýšil pánu A nájem o 500 franků. A odmítl zvýšení zaplatit a celá záležitost se dostala k soudu.*

Advokát pána A postavil svojí obhajobu na tom, že A měl sjednanou řádnou nájemnou smlouvu a také smlouvu o vykonávání domovní služby. Podle švýcarského občanského práva – smlouva o vykonávání domovní služby je atypickou smlouvou podlého speciální regulaci, nicméně úleva na nájmu je zde brána jako odměna. Podle pracovního práva existuje krátkodobá nemocenská povinnost, takže advokát pána A dospěl k závěru, že ještě pán B vlastně dluží pánu A tyto peníze.

Advokát pána B oponoval a argumentoval následovně:

Smlouva o domovnictví je sice smlouva, ale v jednotlivostech není zákonem regulována takže, povinnosti a práva jsou určovány na základě reálných vztahů a zájmů. Tak velký dům si vyžaduje domovní službu a nájemníci jsou s tím



srozumění, že si jí hradí prostřednictvím svého nájemného. S tím počítal i pan B ve výši nájemného panu A. Takže nájemníci domu mají právo na tyto služby a proto má také pán B právo odebrat tuto odměnu A, pokud své povinnosti nesplnil a danou činnost nevykonával. Tímto odejmutím úlevy z nájemného B nahradil způsobenou škodu.

Oba příklady představují dva různé způsoby interpretace pozitivního práva: První můžeme charakterizovat jako normativní (kelsenovský) a druhý jako realistický.

a) Kelsenovský způsob myšlení charakterizuje:

- důsledné odtržení Sollen (povinnosti) od Sein, tuto skutečnost charakterizuje následující myšlenkový postup:

„kdo uzavře smlouvu, má povinnost ji plnit“

- „Sollen“ je zde přičítáno podmínce následku - podmínkou následku je zde plnění

- tento následek není kausální, ale vyžaduje splnění stanovené povinnosti

„Nebude smlouva splněna, tak vznikne druhé smluvní straně škoda“; náhrada škody je zde stanovená zákonem

- náhrada škody zde není stanovená jako logický důsledek poškození, ale jako normativní odpověď práva;

Z toho plyne, že platnost jedné normy je zde odvozená vždy již z platnosti druhé normy;

Smluvní klausule platí, protože odpovídá zákonnému, smluvnímu právu; toto právo platí, protože je v souladu s ústavou;

Kelsen nám zde konstruuje vztah norem jako regres, který vede

k hierarchickému uspořádání norem a tzv. základní normě (Grundnorm)

Tato norma je podle Kelsena hypotetická a vystupuje jako předpoklad; není to žádná poslední norma, není to žádný princip, který by určoval obsah norem, není to ani transcendentální hodnota.

Stručně řečeno: „mělo by se tak jednat, jak předepisuje ústava“

- charakteristickým rysem tohoto myšlení je formálnost, resp. formální jistota, která tvoří nezpochybnitelné jádro právního myšlení;

b) Proti tomuto způsobu myšlení stojí jiné, realistické pojetí, které ztělesňuje v tomto příkladu argumentace druhého advokáta. Ten právní řešení vyvozuje

i) z faktických vztahů a jejich normativní regulace- domovník - majitel domu, majitel domu ostatní nájemníci;

ii) povinnosti a práva jsou zde odvozeny z funkce těchto vztahů;

domovník z titulu své funkce má povinnost, majitel domu má povinnost vůči ostatním nájemníkům, oni mají práva atd. . .

iii) práva a povinnosti jsou zde důsledkem určitého jednání, resp. skutečných zájmů a přání občanů

iv) uplatnění právní normy zde sleduje sociální cíle;

Oba přístupy jsme si představily v ideální podobě, oba představují jen různou interpretaci pozitivního práva, která má své slabé a silné stránky.

V další přednášce budeme věnovat pozornost hlavně kritice právního formalismu jako zdroje rozporu pozitivního a přirozeného práva.

