

Úkoly č.3 k tématu "pozitivní právo"

1. Vysvětlete na základě uvedeného úryvku :

- a) **základní znaky Kelsenovy ryzí nauky právní- proč je ryzí nauka právní ryzí?**
- b) **Kelsenovo pojetí právní normy a její platnosti**
- c) **Kelsenovo pojetí tzv. základní normy(Grundnorm)**

Ukázka je z práce: Kelsen, H.: Ryzí nauka právní. Metoda a základní pojmy. Orbis Brno - Praha 1933. Kapitola I., str. 7 - 11; Kapitola II., str. 12 - 14; Kapitola V., str. 32 - 35.

Machalová, T. -Rázková, R.: Vybrané texty z dějin právní filosofie. MU Brno 2000, str.

I. Právo a příroda

§ 1. Ryzí nauka právní je teorie pozitivního práva. Jakožto teorie chce svůj předmět výlučně a jedině poznávat. Pokouší se odpovědět na otázku, co je právo a jaké je právo, nikoli však na otázku, jaké právo být má nebo jaké se má vytvořit. Jest právní vědou, nikoli právní politikou.

Nazývá-li se "ryzí" naukou o právu, jest tomu tak proto, poněvadž se chce omezit pouze na poznání, vztahující se k právu, a vylučovat z okruhu tohoto poznání vše, co nepřínáleží k onomu předmětu, který jest považovat exaktně za právo. Což znamená: Ryzí nauka právní chce oprostiti právní vědu od všech prvků, jež jsou cizí jejímu předmětu. Jest to její základní metodický princip. Tento princip zdá se býti samozřejmostí, než jediný pohled na tradiční právní vědu, jak se byla vyvinula během 19. a 20. století, ukazuje zřetelně, jak je vzdálena tomu, aby odpovídala požadavku metodické ryzosti. Jurisprudence směřovala se zcela nekritickým způsobem s psychologii a biologii, etikou a teologií. Neexistuje dnes již téměř žádná sociální věda, do jejíž oblasti proniknouti by nepovažovali juristé za přípustné, ba tito juristé dokonce považují za možné, že zdokonalí svůj vědecký názor, přivlastní-li si poznatky jiných disciplín. Tím ovšem zaniká vlastní právní věda úplně.

§ 2. Ryzí nauka právní snaží se jasně ohraničit předmět svého poznávání v obou směrech, v nichž jest její samostatnost ohrožena vládnoucím metodickým synkretismem. Právo je společenský fenomén, společnost jest však předmětem, který se úplně liší od přírody, protože je úplně odlišným spojením obsahů. Nemá-li právní věda zaniknouti v přírodní vědě, třeba právo co nejpřesněji odlišiti od přírody, což je obtížné proto, poněvadž se zdá, že právo - nebo to, co se běžně nazývá právem - při nejmenším co do jedné části své podstaty se nalézá v okruhu přírody, a že zde má naveskrz přírodní existenci. Analyzujeme-li totiž nějaký věcný stav, jako na příklad parlamentní usnesení, správní akt, soudcovský rozsudek, právní jednání nebo delikt, můžeme na něm rozlišovati dvojí prvek: jedním z nich jest smysly vnímatelný akt, odehrávající se v času a prostoru, vnější děj, ponejvíce lidské chování; druhým jest smysl, specifický význam, který tento akt či děj má, či který se k němu pojí: do určité místnosti přicházejí lidé, konají zde řeči, někteří z nich vstávají ze svých míst, jiní zůstávají sedět: to je vnější děj. A jeho smysl: usnáší se zákon. Člověk, oděný v talár, mluví z povýšeného místa určitá slova k jinému, před ním stojícímu člověku. Tento vnější děj znamená soudcovský rozsudek. Obchodník píše druhému obchodníku dopis určitého obsahu, druhý obchodník zasílá odpověď: uzavřeli navzájem smlouvu. Někdo způsobí svým jednáním smrt jiného: právní význam tohoto jednání jest: vražda.

§ 3. Tento "význam" nelze na aktu jakožto vnější skutkové podstatě beze všeho dalšího vidět, anebo jej z něho odposlouchati tím způsobem, jak lze vnímati na předmětu jeho přírodní vlastnosti a funkce, jako jsou barva, tvrdost nebo váha. Takový akt může ovšem sám - pokud jde o akt vyjádřený slovy nebo písmem - obsahovati též nějakou výpověď o svém významu, sdělovati svůj smysl. Ba v tom spočívá dokonce jistá zvláštní vlastnost materiálu, daného sociálnímu a zejména juristickému poznávání. Rostlina nemůže o sobě sděliti ničeho vědci, který ji vědecky určuje. Nepokouší se sama sebe přírodovědecky vysvětliti. Sociální akt může naproti tomu velmi dobře nésti v sobě výpověď o tom, jaký má význam. Neboť člověk, vykonávající ten který akt, spojuje již sám s tímto svým aktem určitý smysl, který je nějakým způsobem vyjádřen, a jemuž ostatní lidé, k nimž se akt obrací, rozumějí. Lidé shromáždění se ve sněmovně, mohou výslovně prohlásiti, že se usnášejí na zákonu, soukromníci pak vypovědět, že zamýšlejí uskutečniti právní jednání. Poznání, mající pochopiti právo, má ponejvíce co činiti s látkou, která již sama vyjadřuje svůj význam, a která tak předchází právní vědu, mající tento význam vyzkoumati.

§ 4. Z toho vyplývá nutnost činiti rozdíl mezi subjektivním a objektivním smyslem jednotlivých aktů. Subjektivní smysl aktu může, avšak nemusí se ztotožňovati s objektivním jeho smyslem, jenž mu přísluší v systému všech právních aktů, t. j. v systému práva. Vše to, co činil pověstný setník z Kopníku, bylo aktem, který byl co do svého subjektivního významu správním rozkazem. Objektivně jím však nebyl - byl deliktem. Jestliže nějaká tajná organizace v úmyslu, aby ochránila vlast od škůdců, odsoudí člověka, jež považuje za zrádce k smrti, a dá vykonati svým pověřencem to, co sama nazývá rozsudkem smrti a subjektivně za rozsudek smrti považuje, pak jest celý její čin objektivně, t. j. v systému objektivního práva nikoli výkonem rozsudku, nýbrž femovou vraždou, ačkoli se vnější

děj této vraždy neliší v ničem od skutečné exekuce trestu smrti.

§ 5. Tento vnější děj jest pak ve všech případech smysly vnímatelným děním, neboť se odehrává v času a prostoru; jest částí přírody a jest jako takový určen kauzálně. Sám o sobě jakožto prvek přírodního systému není tento děj předmětem specifického juridického poznání a jako takový postrádá jakékoli právnosti. Co činí tento děj právním (nebo bezprávným) aktem, není jeho skutečnost, jeho přírodní, t. j. kauzálně dané a v přírodním systému se nalézající bytí, nýbrž objektivní smysl, spojený s tímto aktem, význam, který tento akt má. Svůj specifický juridický smysl či svůj zvláštní právní význam čerpá pak takovýto akt z normy, vztahující se naň svým obsahem a propůjčujícím mu jeho právní význam. Norma zde má funkci významového schématu (Deutungsschema). Sama jest vytvářena právním aktem, který čerpá svůj právní význam opět z jiné normy. Že určitý vnější děj není vraždou, nýbrž výkonem rozsudku smrti - vlastnost to, kterou nelze smyslově postřehnouti - je výsledkem myšlenkového procesu, spočívajícího v konfrontaci tohoto vnějšího děje s trestním zákonem a trestním řádem. Že výměna obchodních dopisů, které jsme výše užíli za příklad, má význam uzavření smlouvy, je jediné a výlučně důsledkem toho, že tento skutkový děj spadá pod určitá ustanovení občanského zákoníku. Že určité shromáždění lidí je parlamentem a že výsledek jeho činnosti znamená zákon, jinými slovy, že tyto děje mají určitý "význam", znamená jen, že celý onen skutkový děj odpovídá jistým ústavním předpisům. To jest: že obsah skutečného dění je ve shodě s obsahem - jistým způsobem předpokládaných norem.

§ 6. Právní poznávání směřuje pak k těmto normám, propůjčujícím skutečnostem charakter právních (nebo bezprávných) aktů. Tyto normy jsou pak samy vytvářeny také takovými právními akty. Při tom jest míti na paměti, že norma jakožto specifický významový obsah (Sinngeshalt) není totožnou s psychickým aktem, jímž jest chťena, anebo jímž vstupuje do naší představy. Chťení a představu normy třeba zřetelně lišiti od chťené nebo představované normy samé. Mluví-li se o "tvorbě" norem, pak se tím myslí vždy na existenční děje. Ryzí nauka právní nezabývá se však žádnými duševními procesy nebo hmotnými ději, stojící před úkolem poznávati normy, chápati právně skutečnosti. Něco právně chápati nemůže znamenati nic jiného, než něco chápati jako právo. These, že předmětem právního poznání mohou býti pouze právní normy, jest tautologie. Neboť právo, jediný to předmět právní vědy, jest norma; norma jest pak kategorií, která v okruhu přírody nemá místa. Charakterizují-li se jisté přírodní akty jako akty právní, neznamená to nic jiného, než že se vyslovuje úsudek o platnosti norem, jejichž obsah koresponduje určitým způsobem se skutečným děním. Jestliže zjistí soudce, že se udál určitý skutkový stav - na př. delikt - pak obrací svoje poznání především k přírodnímu dění. Juristickým stává se však jeho poznání teprve tehdy, jakmile tento jím zjištěný skutkový stav uvede ve vztah k zákonu, který jest v daném případě aplikovati, jakmile zjistí, že jde o "krádež" či o "podvod". A tak tomu může býti jen tehdy, jestliže obsah zjištěného skutkového stavu lze uznati za obsah příslušné normy. (Při čemž jest míti na paměti, že se soudcovská činnost nevyčerpává žádným způsobem v poznávacím aktu, poznávací akt jest pouze přípravou pro akt volní, jímž přichází k platnosti individuální norma soudcovského rozsudku.)

§ 7. Jestliže se definuje právo jako norma, a jestliže se právní věda (jež jest funkcí odlišnou od funkce orgánů právo stanovících a aplikujících) omezuje na poznávání norem, tvoří právo protivu přírody a právní věda jakožto normativní věda protivu všech oněch věd, které se zabývají kauzálním výkladem přírodních dějů. Zejména je též rozdíl mezi právní vědou a vědou, která si obrala za úkol bádati o příčinách a účincích oněch přírodních dějů, které se jeví z hlediska právních norem jako právní akty. Označuje-li se bádání tohoto druhu jako sociologie a speciálně jako právní sociologie, nelze proti tomu něčeho namítati. O šancích a o hodnotě této právní sociologie nebudeme zde mluvíti, a jen tolik budiž řečeno, že takovéto právně-sociologické poznání nemá nic co činiti s právními normami jakožto specifickými významovými obsahy, nýbrž s jistými ději bez ohledu na jejich vztah k jednotlivým platným normám. Tato právní sociologie dává do relace existenční skutkové podstaty, jež chce pochopiti, nikoli k platným normám, nýbrž k jiným existenčním skutkovým podstatám, a to jako příčiny a účinky. Táže se na příklad, která příčina způsobila, že zákonodárce vydal právě tuto a nikoli jinou normu, a jaké účinky mělo jeho nařízení. Táže se, jakým způsobem fakticky ovlivňují činnost soudců hospodářské skutečnosti, náboženské představy, nebo z kterých důvodů přizpůsobují lidé svá jednání právnímu řádu či se mu protíví. Právo přichází pro tento způsob pozorování v úvahu pouze jako existenční skutečnost, jakožto faktum ve vědomí lidí, kteří právní normy stanoví, pokud se týče podle nich jednají nebo se jim protíví. V důsledku toho není to právo jako takové, jež tvoří předmět tohoto poznávání, nýbrž jisté paralelní zjevy přírody. Stejně fyziolog, zkoumající chemické a fyzikální procesy, jež jsou podmínkou určitých pocitů anebo jež tyto pocity provázejí, nezkoumá tyto pocity samy, které se - jakožto psychologické zjevy - nedají prozkoumati ani chemickou, ani fyzikální cestou. Ryzí nauka právní - jakožto specifická pravověda - obrací svůj zřetel k právním normám; a to nikoli k právním normám jakožto skutečnostem našeho vědomí, nikoli k chťení nebo představám právních norem, nýbrž k právním normám jakožto - chťeným a představovaným - významovým obsahům. Ryzí nauka právní má co činiti se skutečnostmi pouze natolik, nakolik jsou obsahem právních norem, t. j. nakolik jsou právními normami určeny. Jejím problémem jest specifická svězákonost jisté sféry významů.

II. Právo a morálka

§ 8. Odlišuje-li vědomě ryzí nauka právní právo od přírody, hledá hranice, které dělí přírodu od ducha. První věda je vědou duchovou, nikoli vědou přírodní. Lze se přitom, zda protiva: "příroda - duch" spadá v jedno s protivou "skutečnosti a hodnoty", "existence a toho, co býti má", "kauzálního zákona a normy", nebo zda okruh ducha je širší než okruh hodnoty, pokud se týče okruh normy. Nelze se však přitom, že právo jakožto norma jest duchovou realitou a nikoli realitou přírodní. Tím pak jest již dán úkol, podobně jako vůči přírodě ohraničiti právo i vůči jistým duchovým zjevům, zejména vůči normám jiného druhu. Jde zde především o to, překonati odedávna obvyklé spojování práva s morálkou. Tím ovšem nemá býti v ničem dotčen požadavek, že právo má býti morální, t. j. dobré. Tento požadavek rozumí se sám sebou. Co třeba překonati jest názor, že právo jako takové je částí morálky, a že tedy každé právo již jakožto právo je v jistém smyslu a do jisté míry morální. Jestliže se právo považuje za část morálky - přičemž se nechává nezodpovězena otázka, zda tento názor znamená samozřejmý požadavek, že právo se má stanoviti morální, anebo zda znamená, že právo jako součást morálky má skutečně morální charakter -, činí se tím pokus, propůjčiti právu onu absolutní hodnotu, na kterou si činí nárok morálka. Jakožto morální kategorie znamená právo právě tolik jako spravedlnost. Spravedlnost je výrazem pro správný sociální řád. Výrazu užívá se ovšem taktéž ve smyslu pozitivní správnosti, zejména ve smyslu zákonitosti. Jakožto "nespravedlnost" se na příklad jeví, jestliže v jednom případě dojde k aplikaci normy, v jiném, prvním případě naprosto obdobném případě nikoli: o nespravedlnosti se zde pak mluví bez ohledu na morální hodnotu normy samé. "Spravedlnost" je zde pouze jiným výrazem pro "správnost". Ve svém vlastním, od práva odlišném smyslu znamená však "spravedlnost" absolutní hodnotu. Ryzí nauka právní nemůže její obsah zjistiti. Ano, on není - a dokazují to dějiny lidského ducha, marně po staletí se pokoušejícího rozřešiti tento problém - rozumovým poznáním vůbec zjistitelný. Pokusy rozumu vedly až dosud vždy pouze k vyloženě prázdným tautologiím, jako na příklad k formulaci *sum cuique* nebo ke kategorickému imperativu. Patřeno ze stanoviska rozumového poznání, existují pouze interese a v důsledku toho konflikty interesů, jejichž řešení plyne z jistého jejich řádu, který buďto uspokojuje jeden zájem na místo či na útraty druhého, nebo dává vzniknouti určitému kompromisnímu vyrovnání mezi protivrannými interese. Že však pouze ten či onen řád má absolutní hodnotu, t. j. je "spravedlivý", nelze cestou rozumového poznání odůvodniti. Spravedlnost je iracionální ideál. A jakkoli je snad nepostradatelný lidskému chcení a jednání, lidskému poznání zůstává nepřístupný. Jemu je zůstaveno pouze pozitivní právo. Čím méně se pak věnuje námahy rozlišovati od sebe právo a spravedlnost, a čím povolnější je postoj proti úsilí, vycházejícímu ze strany moci, právo stanoví, aby právo platilo jistým způsobem i jako spravedlivé, tím více podpory se poskytuje oné ideologické tendenci, kterou se vyznačuje přirozenoprávní směr. Jemu nešlo do značné míry vůbec o poznání práva, nýbrž spíše o jeho ospravedlnění, o jeho glorifikaci důkazem, že pozitivní právo není než výronem přirozeného, božského nebo rozumového, t. j. absolutně správného, spravedlivého řádu; revoluční přirozenoprávní směr, který však hrál v dějinách právní vědy poměrně malou roli, sledoval právě opačný cíl: oťrástí platnosti pozitivního práva důkazem, že odporuje jistým způsobem předpokládanému absolutnímu řádu, a tím postaviti právní skutečnost do nepřívětivého světla.

§ 9. Tyto ideologické tendence, jejichž mocensko-politické motivy nebo účinky leží na bílé dni, ovládají dnešní pravovědu ještě stále, i po zdánlivém překonání přirozeného práva. Proti nim směřuje ryzí nauka právní. Chce vykládati právo jaké jest, bez pokusu o jeho legitimaci důkazem jeho spravedlnosti, nebo o diskvalifikaci důkazem jeho nespravedlivosti; staví se před problém skutečného a možného práva, nikoli před problém spravedlivého práva. V tomto smyslu jest ryzí nauka právní radikální realistickou teorií práva. Odmítá úkol hodnotiti právo. Nevidí se k ničemu jinému jako věda zavázána, než k tomu, aby pochopila pozitivní právo v jeho podstatě a aby porozuměla pomocí jeho analýzy jeho struktuře. Zejména odmítá rozhodně sloužiti určitým politickým zájmům tím, že by jim dodávala ideologie, v nichž by nalezl existující společenský řád odůvodnění, nebo jimiž by byl diskvalifikován. V tomto ohledu tvoří ryzí nauka právní nejostřejší protivu tradiční právní vědy, která - vědomě anebo nevědomě, tu více, tu méně - vykazuje charakter ideologie. Právě svojí anti-ideologickou povahou jeví se ryzí nauka právní jako pravá právní věda. Neboť vědě jakožto poznávání jest imanentní úsilí svůj předmět objasniti. Ideologie však zatemňuje skutečnost, jelikož tuto skutečnost - v úmyslu ji uchovati, obhájeti nebo glorifikovati, pokud se týče v úmyslu ji napadnouti, rozrušiti, jinou nahraditi - pozměňuje. Veškerá ideologie tkví svými kořeny v chcení, nikoli v poznání, má původ v jistých zájmech, správněji v jiných zájmech, nežli jsou zájmy pravdy; o hodnotě těchto jistých zájmů nemá býti přirozeně tímto nic řečeno. Opět a opět bude poznání odhalovati závoj, jímž obestírá chcení skutečnost. Autorita, která vytváří právo a která se je tudíž pokouší i udržeti, může se snad tázati, zda je jí takové, - veškeré ideologie prosté - poznávání jejího vytvoření užitečné; a také ony síly, které zamýšlejí tento společenský řád rozložiti a nahraditi jiným, za lepší považovaným pořádkem, nebudou asi moci mnoho začíti s takovou právní teorií. Věda o právu nemůže se však starati ani o první, ani o druhé. A takovou vědou o právu chce býti ryzí nauka právní.

V. Právní řád a jeho stupňovitá výstavba

§ 28. Právo jakožto řád čili právní řád je systémem právních norem. A první otázku, kterou zde třeba zodpovědět, klade ryzí nauka právní následujícím způsobem: co zakládá jednotu dané mnohosti právních norem, proč přináleží určitá právní norma určitému právnímu řádu?

Určitá mnohost norem tvoří jednotu, systém, řád tehdy, jestliže lze jejich platnost převést na jedinou a tutéž normu jako konečný důvod této platnosti. Tato základní norma konstituuje jakožto konečný zdroj jednotu všech norem, tvořících určitý řád. Že určitá norma jest součástí určitého řádu jest odůvodněno pouze tím, že lze její platnost převést na základní, tento řád ustavující normu. Podle druhu této základní normy, t. j. podle povahy nejvyššího principu platnosti lze rozlišovati dva různé druhy řádů (systémů norem). Normy prvního druhu "platí", t. j. jejich obsahy jest nazíráti jako "mající býti", moci jejich obsahu, jelikož jejich obsah má bezprostředně evidentní vlastnost, propůjčující jim platnost. Tuto obsahovou kvalifikaci získávají tyto normy odtud, že jsou převoditelné na jedinou základní normu, jejímuž obsahu lze subsumovati obsah všech řád tvořících norem, jako lze subsumovati zvláštní všeobecnému. Normami tohoto druhu jsou normy etické. Tak na příklad normy: "nemáš lháti", "nemáš podváděti", "máš dodržovati své sliby" odvozují se ze základní normy pravdivosti. Na základní normu: "máš milovati ostatní lidi" lze převést normy: "nemáš jinému ubližovati", "máš jiným v nouzi pomáhati" atp. Ku kterému systému morálky tyto základní normy patří, nespadá zde v úvahu. Co je důležité, je však poznatek, že veškeré normy určité morálky jsou obsaženy již v její základní normě stejně, jako je obsaženo zvláštní ve všeobecném, a že lze odvoditi z této základní všeobecné normy myšlenkovou operací, totiž úsudkem ze všeobecného na zvláštní.

§ 29. Jinak má se věc u norem právních. Právní normy neplatí moci svého obsahu. Kterýkoli libovolný obsah může býti právem, neexistuje žádné lidské chování, jež by bylo důsledkem svého obsahu vyloučeno, státi se obsahem právní normy. Jako právní norma platí norma pouze a jediné proto, poněvadž vznikla určitým specifickým způsobem, poněvadž byla vytvořena podle určitého pravidla, stanovena určitou metodou. Právo platí pouze jako pozitivní, t. j. jako stanovené právo. V důsledku toho pak není základní norma právního řádu ničím jiným, než základním pravidlem, podle něhož se vytvářejí normy právního řádu, stanovením základní skutkové podstaty právo tvorby. Z této základní normy nelze odvoditi jednotlivé normy právního systému logickou cestou. Musí býti vytvořeny zvláštním právo tvorným aktem, jenž není aktem myšlenkovým, nýbrž aktem volným. Převádějí-li se jednotlivé normy určitého právního systému na normu základní, děje se tak tím způsobem, že se zjišťuje, zda tvorba těchto jednotlivých norem dala se v souladu se základní normou. Stojíme-li na příklad před otázkou, proč jest určitý donucovací akt - na př. skutečnost, že jistý člověk odnímá jinému svobodu, uzavíráje jej do vězení - právním aktem a přináleží tudíž jistému právnímu řádu, podává se tato odpověď: poněvadž byl tento akt stanoven určitou individuální normou, soudcovským rozsudkem. Tážeme-li se dále, proč platí tato individuální norma, dostaneme odpověď: protože odpovídá trestnímu zákoníku. A tážeme-li se po důvodu platnosti trestního zákoníku, narazíme na státní ústavu, podle jejíž ustanovení byl vydán trestní zákoník v předepsaném řízení orgány k tomu kompetentními. Tážeme-li se však po důvodu platnosti ústavy, na níž spočívají zákony a právní, na základě těchto zákonů vydané akty, dostaneme se snad k ještě starší ústavě a nakonec k historicky první ústavě, vydané buď jednotlivcem - uzurpátorem, nebo nějak vzniklým kolegiem. Že to, co byl vyjádřil jako svoji vůli historicky první ústavodárný orgán má platnost normy, je základní předpoklad, z něhož vychází veškeré poznání právního řádu, na této ústavě spočívajícího. Donucení má se stanoviti za těch podmínek a tím způsobem, jak je určil první ústavodárce nebo jím delegované instance: to je schematická formulace základní normy právního řádu.

§ 30. Ryzí nauka právní operuje s touto základní normou jako s hypotetickou základnou. Za předpokladu, že platí, platí též právní řád, na ní spočívající. Pouze za tohoto předpokladu lze empirický materiál chápati jako právo, t. j. systém právních norem. Podle povahy tohoto materiálu, t. j. podle aktů, jež jest chápati jako akty právní, řídí se i zvláštní obsah základní, určitý právní řád fundující normy. Ona jest pouze výrazem pro nutný předpoklad veškerého pozitivistického pochopení právního materiálu. Formulací základní normy nechce však ryzí nauka právní naprosto inaugurovati novou vědeckou metodu jurisprudence. Chce pouze vyzdvihnouti to, co všichni juristé - dílem nevědomky - činí, jestliže pochopující právo odmítají sice přirozené právo, z něhož by se dala odvoditi platnost práva pozitivního, přece však vidí v tomto pozitivním právu platný řád, normu, a nikoli pouhé faktum motivačních souvislostí. Naukou o základní normě se ryzí nauka právní pokouší pouze odhaliti transcendentálně-logické podmínky - od nepaměti používané - metody pozitivního právního poznání.

§ 31. Význam základní normy stává se obzvláště jasným v případě, je-li právní řád revoluční cestou nahrazen jiným; podobně stává se nejvíce jasnou podstatou práva a jím ustanoveného společenství právě tehdy, když jde o jeho existenci. V dosud monarchistickém státě pokusí se určitá skupina lidí dostati se prostředkem násilného převratu na místo legitimní vlády, a nahraditi dosavadní monarchistickou vládu vládou republikánskou. Podaří-li se jí to, t. j. pobude-li starý řád moci a začne působiti právní řád nový, tím, že skutečné chování lidí (na něž vztahuje řád svoji platnost) neodpovídá více starému, nýbrž - v převážné většině případů - novému řádu, pak operuje se s tímto řádem jakožto řádem právním, veškerým aktům při jeho provádění stanoveným přiznává se význam právních aktů, a je porušujícím skutkovým podstatám význam bezprávi. Předpokládá se nová základní norma; ne ona, jež deleguje

monarchu, nýbrž ona, jež deleguje revoluční vládu za právo tvornou autoritu. Selhal-li by však revoluční pokus tím, že by nový, revoluční vládou vytvořený řád zůstal bezúčinným, nebyl by její čin ústavodárným, nýbrž zločinem velezrady, nikoli stanovením, nýbrž porušením práva, a to na základě starého řádu, jehož platnost předpokládá základní normu, delegující monarchu jakožto právo tvornou autoritu. Ptáme-li se, čím je určen obsah základní normy, ukazuje se na základě analýzy, zkoumající juristické úsudky co do jejich posledního předpokladu, že jest dán skutkovou podstatou tvorby onoho řádu, jemuž skutečné chování lidí, na něž se vztahuje, až do určitého stupně odpovídá.

Právě vyslovený názor vyjadřuje pouze obsah jisté pozitivní normy; nikoli ovšem normy vnitrostátního právního řádu, nýbrž normy práva mezinárodního, které stanoví jakožto řád, stojící nad jednotlivými vnitrostátními právními řády a omezující je v jejich rozsahu platnosti:

1. že donucovací, mezinárodnímu právu bezprostřední řád platí jakožto legitimní, či-li že společenství, stanovené tímto řádem, platí za stát pro onu oblast, na níž se stal tento řád účinným;

2. že za legitimní vládu ve smyslu mezinárodního práva jest považovati i onu revoluční cestou k moci se dostavší vládu, která je s to získati trvalou poslušnost normám, jí vydaným. Jest to princip efektivity, který pozitivní mezinárodní právo povyšuje na princip právní. A jest to tento princip, jenž určuje základní normu jednotlivých vnitrostátních právních řádů.

2. Vysvětlete na základě uvedeného úryvku

a) jak Hart chápe pravidla

b) jak Hart rozlišuje pravidla

Úryvek je z práce Hart, H.L.A.: Pojem práva. prostor 2004, str. 99-105.

3. Prvky práva

Samozřejmě si lze představit společnost bez jakéhokoli zákonodárství, soudů či bez veřejných činitelů. A skutečně také najdeme velký počet studií zabývajících se primitivními společenstvími, které tvrdí, že taková možnost tu opravdu existuje, a navíc život takové společnosti- v níž je jediným prostředkem společenské kontroly onen obecný postoj skupiny vůči vlastním standardním způsobům chování, jakým jsme charakterizovali pravidla závazku- podrobně popisují. O této společenské struktuře se často mluví jako o "zvyku". My ale tento termín používat nebudeme, protože "zvyk" často naznačuje, že zvyková pravidla jsou velmi stará a společenský tlak na jejich dodržování je menší, než je tomu u pravidel jiných. Abychom se takových náznaků vyhnuli, budeme danou společenskou strukturu označovat jako strukturu primárních pravidel závazku. Má-li společnost žít čistě podle těchto primárních pravidel, musí být očividně splněny jisté podmínky- tedy jestliže připustíme, že o lidské povaze a světě, v němž žijeme, platí několik samozřejmých pravd. První podmínkou je, že pravidla musí v jisté formě zahrnovat omezení libovolného používání násilí, krádeží a podvodů, k nimž jsou lidé sice náchylní, ale jež v sobě musí obecně potlačit, má-li spolu žít v těsné blízkosti. V primitivních společnostech, o kterých máme vědomosti, se taková pravidla skutečně objevují, a to po boku jiných pravidel, která jednotlivcům ukládají nejrůznější pozitivní povinnosti- například aby vykonávali různé služby nebo nějakým způsobem přispívali ke společnému blahu. Za druhé: i když v takové společnosti může vzniknout napětí, které jsme již popsali -napětí mezi těmi, kdo pravidla přijímají, a těmi, kdo je odmítají, pokud je strach ze společenského tlaku nedonutí se přizpůsobit-, je jasné, že pokud má takto volně organizovaná společnost přibližně stejně fyzicky silných jedinců vůbec přežít, ti odmítající musí být v menšině. Jinak by totiž to, kdo pravidla odmítají, cítili ze strany společnosti jen malý tlak a neměli by se čeho bát. Naše stávající znalosti o primitivních společnostech, kde sice existují odpadlíci a zločinci, nicméně většina osob žije podle pravidel vnímaných z vnitřního hlediska, potvrzují i tento fakt.

Pro náš nynější záměr je však mnohem důležitější následující úvaha. Je zřejmé, že podle takového režimu neoficiálních pravidel může fungovat jen malé společenství žijící ve stabilním prostředí a pevně stmelené příbuzenskými svazky, společnými postoji a přesvědčením. Za jakých jiných podmínek se tato prostá forma společenské kontroly musí projevit jako nedokonalá a bude vyžadovat různé doplňky. Pravidla, podle nichž tato skupina žije, především netvoří systém- jde jednoduše jen o řadu izolovaných norem bez jakýchkoli shodných či společenských znaků kromě toho, že je akceptuje konkrétní skupina lidí. V tomto ohledu se podobají našim pravidlům slušného chování. Pokud tedy nastanou pochybnosti o tom, co vlastně tato pravidla jsou nebo jaké je jejich přesné pole působnosti, zjistíme, že neexistuje postup, jak tyto pochybnosti vyřešit- nejde to ani odkazem na autoritativní text, ani na veřejného činitele, jehož prohlášení by byla pro daný problém autoritativní. Takový postup a uznání autoritativního textu nebo osob totiž zcela zjevně vyžadují existenci jiných pravidel než pravidel závazku či povinnosti, která jsou ex hypothesi vším, co daná skupina má. Tento nedostatek jednoduché společenské struktury primárních pravidel můžeme nazývat její *nejistotou*.

Druhým nedostatkem je statická povaha pravidel. Jediný způsob, jak taková společnost může svá pravidla změnit, představuje pomalý proces růstu-ze způsobů chování, které kdysi byly považovány za dobrovolné, se nejdříve stane chování, které kdysi byly považovány za dobrovolné, se nejdříve stane chování zvykové či obvyklé a pak chování závazné - a opačný proces rozkladu-odchylky, s nimiž se kdysi nakládalo velmi přísně, jsou zprvu tolerovány a následně přecházeny bez povšimnutí. V takové společnosti neexistuje žádný prostředek, jak pravidla upravovat vzhledem k měnícím se okolnostem, a tedy žádná možnost odstraňovat stará pravidla a zavádět nová. Aby to naopak možné bylo, je nutné, jak už bylo řečeno, zavést pravidla jiného typu než primární pravidla závazku, podle nichž tato společnost výhradně žije. V extrémním případě mohou být pravidla ještě mnohem statictější. Přestože tento případ možná není v žádné skutečné společnosti plně realizován, rozhodně stojí za zmínku, neboť pomocný prostředek, jak takovému jevu zabránit, je pro právo velmi typický. V daném extrémním případě jde o to, že nejen neexistuje způsob, jak záměrně zaměnit obecná pravidla, ale také žádná záměrná volba žádného jednotlivce nemůže pozměnit ani modifikovat závazky, které podle těchto pravidel v jednotlivých případech vznikají. Každá osoba má jednoduše pevně dané závazky či povinnosti jisté věci udělat nebo se jistým věcem vyhnout. Z plnění těchto závazků mohou mít jiní lidé prospěch. Dokud však existují pouze primární pravidla závazků, tyto lidé nemají žádnou moc, aby jiné osoby, které mají závazek, od jeho plnění osvobodili či přenesli na jiné výhody, jež z plnění závazku plynou. Možnost zbavovat závazků nebo přenášet výhody by totiž měnilo výchozí postavení jednotlivců žijících podle primárních pravidel závazku, a aby takové postupy byly možné, musí existovat pravidla jiného druhu než pravidla primární.

Třetí nedostatek této jednoduché formy společenského života spočívá v neúčinnosti rozptýleného společenského tlaku, jehož prostřednictvím jsou pravidla udržována. Ke sporům o to, zda přijaté pravidlo bylo, či nebylo porušeno, dojde v každé společnosti - a v každé společnosti, vyjma těch nejmenších, budou tyto spory také pokračovat, a to až do doby, dokud se neobjeví nějaký činitel, který dostane pravomoc autoritativně rozhodnout, zda k porušení došlo, či nikoli. Nepřítomnost takových konečných a autoritativních rozhodnutí je třeba odlišit od jiné slabé stránky tohoto systému, která s tím souvisí. Je to skutečnost, že tresty za porušení předpisů a další formy společenského tlaku včetně fyzického nátlaku či užité síly nejsou vykonávány zvláštním činitelem, ale jsou ponechány na vůli postižených jednotlivců či skupiny v obecném smyslu. Je zřejmé, že ztráta času způsobená neorganizovaným úsilím skupiny chytit a potrestat provinilce i doutnající krevní msty, jež za nepřítomnosti oficiálního monopolu na "sankce" vznikají "svépomocí", mohou mít vážné důsledky. Dějiny práva však přesvědčivě naznačují, že nepřítomnost oficiálních činitelů, kteří autoritativně rozhodují o tom, zda byla pravidla porušena, či nikoli, je ještě mnohem vážnějším nedostatkem. Řada společností totiž pro tento nedostatek zavádí nápravné prostředky mnohem dříve než prostředky ostatní.

Nápravný prostředek pro každý už zmíněných hlavních nedostatků v této nejjednodušší formě společenské struktury spočívá v doplnění primárních pravidel závazku pravidly sekundárními, tedy pravidly jediného typu. Zavedení nápravného prostředku pro každý jednotlivý nedostatek může být samo o sobě považováno za krok z předprávního do právního světa. Každý nápravný prostředek s sebou totiž nese řadu prvků, jež právem postupují, a všechny tři nápravné prostředky dohromady stačí k tomu, aby se režim primárních pravidel přeměnil v právní systém. Každý z těchto nápravných prostředků postupně rozebereme a ukážeme, proč je nanejvýš poučné charakterizovat právo jako spojení primárních pravidel závazku a podobných pravidel sekundárních. Ale před tím si ještě všimněme následujících obecných bodů. Nápravné prostředky spočívají v zavedení pravidel, která se pochopitelně navzájem liší stejně tak, jako se liší od pravidel primárních jež doplňují. Přesto mají obě skupiny některé důležité společné rysy a jsou nejrůznějším způsobem propojeny. O všech těchto pravidlech lze tedy říci, že jsou na jiné úrovni než pravidla primární, neboť se takových pravidel týkají. Jde o to, že zatímco primární pravidla hovoří o činnosti, kterou jednotlivci musí nebo nesmějí vykonávat, sekundární pravidla se zabývají primárními pravidly samotnými. Blíže určují způsoby, jak mohou být primární pravidla přesvědčivě zjišťována, zaváděna, pozměňována a jak může být přesvědčivě určeno jejich porušení.

Nejjednodušším nápravným prostředkem proti nejistotě režimu primárních pravidel je to, co označíme jako "pravidlo uznání". Bude specifikovat jistý rys či rysy, které budou u určitého navrhovaného pravidla považovány za přesvědčivé pozitivní znamení, že jde o pravidlo skupiny, jež bude podloženo jejím společenským tlakem. Takové pravidlo uznání může existovat v mnoha rozličných jednoduchých či složitých formách. Může být pouhým autoritativním seznamem či textem pravidel, který se nachází v psaném dokumentu nebo je vytesán na některé veřejné památce, jak tomu bylo v raném právu mnoha společností. Z hlediska dějin není pochyb, že tohoto přechodu z předprávního do právního světa lze dosáhnout ve vzájemně odlišitelných fázích, z nichž v té první jde o pouhé omezení dosud nepsaných pravidel do psané formy. Ale to samo o sobě nepředstavuje rozhodující krok, byť jde o krok důležitý. Rozhodující je uznání nebo popis tohoto dokumentu či zápisu jako autoritativního, a tedy řádného způsobu odstranění pochybností, jde-li o existenci pravidla. Tam, kde takové uznání existuje, se jedná o velmi jednoduchou formu sekundárního pravidla-pravidla pro přesvědčivou identifikaci primárních pravidel závazku.

V rozvinutém právním systému jsou pravidla uznání pochopitelně mnohem složitější. Pravidla neidentifikují jen tím, že odkazují na určitý text či seznam; odkazují i na některé charakteristické vlastnosti, které jsou primárním pravidlům vlastní. Může jít o to, že je uzákonil jistý specifický orgán nebo jsou v praxi ze zvyku už delší dobu uplatňována či mají vztah k soudním rozhodnutím. Tam, kde mimoto považují za identifikující kritérium více než jednu takovou obecnou charakteristickou vlastnost, lze zavést i opatření, jež zajistí, aby tyto vlastnosti nebyly navzájem v rozporu-jsou uspořádány podle nadřazenosti, jako třeba v případě podřízeného postavení zvyku nebo precedentu vůči zákonu, který představuje "nadřazený" pramen práva. V důsledku těchto složitostí se mohou pravidla uznání v moderním právním systému zdát velmi odlišná od prostého přijetí autoritativního textu. I v této nejjednodušší formě však taková pravidla přináší řadu pro právo charakteristických prvků. Tím, že naznačují autoritativnost, zavádějí-třebaže v zárodečné formě –představu právního systému. Přestávají totiž být oddělenými body v nespojitě řadě, ale jsou jednoduchým způsobem sjednocena. V jednoduchém aktu určení daného pravidla jako něčeho, co má požadovaný rys položky autoritativního seznamu pravidel, navíc najdeme zárodek myšlenky právní platnosti.

Nápravní prostředek proti statickému charakteru režimu primárních pravidel spočívá v zavedení toho, co budeme označovat jako "pravidla změny". Nejjednodušší forma takového pravidla je ta, jež jednotlivci či orgánu umožňují zavádět nová primární pravidla pro řízení života skupiny nebo jisté třídy v rámci skupiny a odstraňovat pravidla stará. ... Taková pravidla změny mohou být velmi prostá, anebo naopak velmi složitá. Udělené pravomoci mohou být neomezené nebo omezené různými způsoby a pravidla-kromě toho, že určují, jaké osoby budou vydávat zákony-mohou přísněji či méně přísně definovat postup, jaký je třeba při tvorbě zákonů dodržovat. Je jasné, že mezi pravidly změny a pravidly uznání bude existovat velmi úzký vztah, neboť tam, kde existují pravidla změny, budou pravidla uznání nutně obsahovat odkaz k zákonodárství jako k identifikujícímu rysu pravidel (třebaže nemusí odkazovat ke všem podrobnostem postupu, který je součástí zákonodárství. Nějaké úřední osvědčení nebo úřední kopie se obvykle bude podle pravidel uznání považovat za dostatečný důkaz platného schválení příslušného aktu. V případě společenské struktury, která je natolik prostá, že jejím jediným pramenem práva je zákonodárství, pravidlo uznání samozřejmě jednoduše specifikuje uzákonění jako jediný identifikační znak či kritérium platnosti pravidel. ... Bez takových soukromoprávních zmocňujících pravidel by společnost postrádala řadu hlavních výhod, jež z práva vyplývají. K činnostem umožňovaným těmito pravidly patří sestavování závětí, uzavírání smluv, převod majetku a řada jiných dobrovolně vytvářených struktur práv a povinností typických pro život podle práva, přestože základ morální instituce slibu představuje i základní forma zmocňujícího pravidla. Spřízněnost mezi těmito pravidly a pravidly změny obsaženými v pojmu zákonodárství je zcela zřejmá, a jak dokázaly současné teorie-například teorie Kelsenova-, mnoho rys, jež nás matou v instituci smluv či majetku, lze vysvětlit tak, že o uzavírání smluv či převádění majetku přemýšlíme jako o vykonávání omezených zákonodárných pravomocí ze strany jednotlivců.

Třetí dodatek k jednoduchému režimu primárních pravidel, který má napravit neúčinnost jeho rozptýleného společenského tlaku, se skládá ze sekundárních pravidel zmocňujících osoby k tomu, aby autoritativně rozhodovaly o otázce, zda bylo v nějakém konkrétním případě porušeno primární pravidlo. Právě v tom spočívá minimální forma soudního rozhodování. Sekundární pravidla, která pro taková rozhodnutí udělují pravomoci, budeme proto označovat jako "pravidla soudního rozhodování". Taková pravidla určují jednotlivce, kteří mají soudně rozhodovat, ale zároveň definují postupy, jež je třeba dodržet. Stejně jako ostatní sekundární pravidla jsou i tato na jiné úrovni než pravidla primární. Přestože mohou být posílena dalšími pravidly, ukládajícími soudcům povinnost soudně rozhodovat, sama povinnosti neukládají, ale udělují soudní pravomoci a soudním prohlášením o porušení závazků poskytují zvláštní status. Tato pravidla –opět stejně jako ostatní sekundární pravidla –definují skupinu důležitých právních pojmů. V tomto případě jde o pojmy "soudce", "soud", "soudní pravomoci" a "rozsudky." Spolu s těmito podobnostmi sdílejí pravidla soudního rozhodování s jinými sekundárními pravidly i další velmi blízké styčné body. Systém, v němž existují pravidla soudního rozhodování, je také nezbytně vázán základním a nedokonalým pravidlem uznání."

3. Vysvětlete na základě uvedené ukázky

a) jak jste porozuměli Dworkinovu pojetí "principů"

b) jak popisuje Dworkin rozdíly mezi pravidly a principy:

Ukázka je z práce Dworkin, R.: Když se práva berou vážně. Praha 2001, str. 43- 44.

3.Pravidla, principy a politiky

Chci podniknout frontální útok na pozitivismus a verze H.L.A.Harta použiji jako cíle tam, kde je konkrétního cíle zapotřebí. Východiskem a jádrem mé strategie bude skutečnost, že uvažují-li nebo diskutují-li právníci o zákonných právech a právních povinnostech, zejména v oněch obtížných případech, kdy se naše problémy s těmito pojmy zdají nejnaléhavější, používají standardů, které neslouží jako pravidla, ale fungují jinak. Vhodným příkladem jsou principy, politiky a další druhy standardů. Positivismus, budu tvrdit, je model systému a systém pravidel a jeho ústřední představa jednoho jediného testu, co právo je, nás nutí pomíjet důležité role, které hrají ty standardy, jež pravidly nejsou.

Hovořil jsem právě o "principech, politikách a dalších druzích standardů". Termín "princip" (principle) budu většinou užívat druhově na označení celého souboru těchto standardů jiných než pravidel; tu a tam se však vyjádřím přesněji a budu rozlišovat mezi principy a politikami. Jakkoli nic v této argumentaci na tomto rozlišení nezávisí, je vhodné, abych řekl, jak k němu dospět. "Politikou" (policy) nazývám takový standard, který vytyčuje cíl, jehož se má dosáhnout, zpravidla zlepšení určité ekonomické, politické nebo sociální kvality společnosti (některé cíle jsou ovšem negativní, jelikož znamenají, že určitou současnou kvalitu je třeba chránit před změnou k horšímu). "Principem" nazývám standard, který se má dodržovat nikoli proto, že to pomůže dosáhnout nebo zajistit nějakou ekonomickou, politickou nebo sociální situaci, která se považuje za žádoucí, ale proto, že je požaduje spravedlnost (justice), slušnost (fairness), nebo nějaká jiná dimenze morálky (morality). Tudíž: standard, že počet autohavárií se má snížit, je politika, a standard, že nikdo nesmí mít prospěch ze svého vlastního protiprávního jednání, je princip. Tento rozdíl by se totálně setřel, kdyby se věc chápala tak, že princip vytyčuje společenský cíl (tj. cíl, jímž je společnost, ve které nikdo nemá prospěch z vlastního protiprávního jednání) nebo že politika vytyčuje princip (tj. princip, že cíl, na který se politika zaměřuje, je hodnotný) nebo kdyby se přijala utilitaristická teze, že principy spravedlnosti jsou zamaskované výpovědi o cílech (zajištění maximálního štěstí pro maximální počet lidí). V některých souvislostech se tohoto rozdílu užívá způsobem, který by zmizel, kdyby byl takto totálně setřen.

Teď mně však jde o to, abych odlišil principy od pravidel genericky, a začnu tím, že shromáždím několik příkladů principů. Příklady které uvádím, jsou zvoleny namátkou; prakticky z kteréhokoli soudního případu zahrnutého do sbírky, jež se na právnických fakultách užívá k výuce, by bylo možno vybrat příklady, které by posloužily stejně dobře. V roce 1889 musel newyorský soud ve slavném případě Riggs versus Palmer rozhodnout, zda dědic, uvedený v závěti svého dědečka, může na základě této závěti dědit, třebaže kvůli tomu, aby dědil, svého dědečka zabil. Svě úvahy začal soud tím, že připustil toto: *"Je nepochybně pravda, že na základě zákonů upravujících pořizování, dokazování a provádění závětí a majetkové převody, vykládáme-li je doslovně a nelze-li jejich účinek a působení nijak a za žádných okolností ovlivnit nebo modifikovat, přechází tento majetek na vraha."* Soud však šel dál a poznamenal, že *"působení a vliv všech zákonů a smluv lze ovlivňovat obecnými, zásadními maximami obecného práva (common law). Nikomu se nesmí dovolit mít prospěch z vlastního podvodu, využívat vlastního protiprávního jednání, opírat žalobu o vlastní nepravost nebo nabývat majetku vlastním zločinem."* Vrah své dědictví nezískal.

V roce 1960 stál jeden soud ve státě New Jersey v případě Henningsen v. Bloomfield Motors, Inc. před závažnou otázkou, zda (a nakolik) může výrobce automobilů omezit svou odpovědnost, má-li automobil vadu. Pan Henningsen koupil auto a podepsal smlouvu, v níž stálo, že odpovědnost výrobce za vady se omezuje na "uvedení do pořádku" vadných dílů, přičemž "tato záruka výslovně nahrazuje všechny ostatní záruky, povinnosti či závazky". Henningsen argumentoval tím, že přinejmenším za daných okolností nemá být výrobce tímto omezením chráněn a má odpovídat za lékařské a jiné výdaje osob, které při havárii utrpěly újmu. Nebyl s to poukázat na jediný zákon, na jedině zavedené právní pravidlo, které výrobci brání na smlouvě trvat. Soud se přesto postavil na Henningsenovou stranu. Na různých místech odůvodnění, které soud podal, se objevují tyto odvolávky na standardy: a) "Nesmíme zapomínat na obecný princip, že ten, kdo se -nedošlo-li k podvodu-rozhodne smlouvu před jejím podepsáním nečist, se později nemůže jejich břemen zbavit."

b) "Důležitým faktorem při aplikaci tohoto principu je hlavní teze, podle níž právně způsobilé smluvní strany požívají svobody." c) "Smluvní svoboda není doktrínou natolik neměnnou, aby nedovolovala žádné modifikace v oblasti, o níž nám jde." d) "V takové společnosti, jako je naše, v níž automobil je běžným a nezbytným doplňkem každodenního života a v níž s sebou jeho užívání nese toliké nebezpečí hrozící řidiči, spolujezdcům i veřejnosti, má výrobce, pokud jde o výrobu, propagaci a prodej svých automobilů, zvláštní povinnost. Soudy tudíž musí kupní smlouvy pečlivě zkoumat, aby zjistily, zda je slušně postaráno o zájmy spotřebitele a veřejnosti. e) "Existuje nějaký princip, který je v dějinách anglo-amerického práva běžnější či pevněji zakořeněný než základní doktrína, že soudy nedovolí, aby se jich užívalo jako nástrojů neslušnosti a nespravedlnosti?" f) "Konkrétněji řečeno, soudy se obvykle odmítají propůjčovat vynucování takového "ujednání", při němž jedna strana nepoctivě využila ekonomické nouze strany druhé..."

Standardy vyložené v tomto případě nejsou toho druhu, abychom je chápali jako právní pravidla. Značně se na první pohled liší od vět typu "nejvyšší povolená rychlost na zpoplatněné dálnici je šedesát mil za hodinu" nebo "závěť je neplatná, není-li podepsána třemi svědky". Liší se, jelikož jsou to spíše právní principy než právní pravidla.

Rozdíl mezi právními principy a právními pravidly tkví v logice věci. Oba soubory standardů se vztahují ke konkrétním rozhodnutím o právní povinnosti za určitých konkrétních okolností, liší se však co do charakteru direktivy, kterou dávají. Pravidla je třeba aplikovat metodou všechno nebo nic. Jsou-li dány skutečnosti, o nichž pravidlo hovoří, pak pravidlo buď platí, a v takovém případě je nutno akceptovat odpověď, kterou dává, nebo neplatí a pak rozhodnutí nic nepřináší." str.46

str.48

"Principy typu "nikdo nesmí mít prospěch z vlastního protiprávního jednání" se ani nesnaží stanovit podmínky, za nichž je třeba je aplikovat. Stanoví spíše důvod, který určitým směrem ukazuje, žádné konkrétní rozhodnutí však nutně nevyvolává. Jestliže někdo něco obdržel nebo má obdržet jako přímý výsledek čehosi protiprávního, do čeho se zapletl, pak je zde důvod, k němuž právo přihlédně, jestliže se rozhoduje, zda si to má ponechat. Jiné principy nebo politiky mohou hovořit ve prospěch něčeho jiného -např. politika, jejímž cílem je učinit právní titul nesporným, nebo princip, který omezuje trest na to, co stanovil zákonodárce. Je-li tomu tak, náš princip možná převáží, to však neznamená, že není principem našeho právního řádu, jelikož příště, kdy tyto úvahy, mířící opačným směrem, přítomny nebudou nebo budou méně závažné, může být náš princip rozhodující. To vše máme na mysli, říkáme-li, že určitý princip je principem našeho práva, že je to princip, který funkcionáři musí-je-li namístě-brát v úvahu jako faktor ukazující tím či oním směrem.

Logický rozdíl mezi pravidly a principy se ještě více odhalí, podíváme-li se na principy, které dokonce ani jako pravidla nevypadají. Vezměme si např. tezi, která se pod bodem d) objevuje ve výřtcích z rozhodnutí ve věci Henningsen, že totiž "pokud jde o výrobu, propagaci a prodej svých automobilů, má výrobce zvláštní povinnost." Tato teze se ani nesnaží definovat jednotlivé konkrétní povinnosti, které tato zvláštní povinnost zahrnuje, nebo nám sdělit, jaká práva ti, kdo si automobily kupují, v důsledku ní získávají. Říká pouze-a to je v argumentaci v případě Henningsen věc zcela zásadní-že výrobci automobilů musí být podrobena vyšším standardům než jiní výrobci a že mají menší právo dovolávat se konkurujícího principu smluvní svobody. To neznamená, že se tohoto principu nemohou dovolávat nikdy nebo že soudy mohou přepisovat smlouvy o koupi automobilů, jak si zmanou; znamená to jediné to, že zdá-li se určitá klauzule neslušná nebo tíživá, mají soudy méně důvodů ji vynucovat, než kdyby šlo například o koupi kravat. "Zvláštní povinnost" hovoří ve prospěch rozhodnutí, jímž se vynucování podmínek smluv o koupi automobilů odmítá, nečiní však sama o sobě takové rozhodnutí nezbytným.

Tento první rozdíl mezi pravidly a principy nutně vede k druhému. Principy mají jednu dimenzi, kterou pravidla nemají - dimenzi závažnosti (weight) čili důležitosti. Jakmile se principy kříží (např. politika ochrany kupců automobilů se kříží s principy smluvní svobody), pak ten, kdo musí tento konflikt rozhodnout, musí přihlédnout k relativní závažnosti každého z nich. Přirozeně nemůže jít o přesné měření a rozsudek, podle něhož je určitý princip nebo politika důležitější než jiný či jiná, bude často diskutabilní. Nicméně integrální součástí pojmu princip je, že má tuto dimenzi a že má smysl se ptát, jak důležitý či závažný ten který princip je.

Pravidla tuto dimenzi nemají. Můžeme hovořit o tom, že pravidla jsou funkcionálně důležitá nebo nedůležitá (příklad baseballu, podle něhož tři údery znamenají ven je důležitější než pravidlo, že pálkaři mohou vstupovat na mantinel, jelikož hra by byla o mnoho odlišnější, kdyby se změnilo první pravidlo, než kdyby se změnilo druhé.) V tomto smyslu může být jedno právní pravidlo důležitější než druhé, jelikož při regulaci chování hraje větší nebo důležitější roli. Nelze však říci, že v rámci systému pravidel je jedno pravidlo důležitější než druhé, takže odporují-li si dvě pravidla navzájem, jedno v důsledku své větší váhy nahradí druhé.

Jestliže si dvě pravidla odporují, nemůže jedno z nich platit. Rozhodnutí, které z nich platí a které je třeba zrušit nebo změnit, se musí učinit s poukazem na něco, co je nad samotnými těmito pravidly. Právní řád může takové rozpory regulovat jinými pravidly, která upřednostňují pravidlo vydané vyšším orgánem, pravidlo vydané později, pravidlo speciálnější a podobně. Právní řád může také upřednostnit pravidlo, které se opírá o důležitější principy.

Z formy určitého standardu není vždy zřejmé, zda jde o pravidlo, nebo o princip. "Závěť je neplatná, není-li podepsána třemi svědky" se svou formou příliš neliší od "nikdo nesmí mít prospěch z vlastního protiprávního jednání"; kdo však alespoň trochu zná americké právo, ví, že první věta vyjadřuje pravidlo a druhá princip. V mnoha případech je obtížné jedno od druhého odlišit-možná se ještě ani nerozhodlo, jak má standard fungovat, a sama tato otázka může být předmětem sporu. První dodatek k ústavě Spojených států obsahuje ustanovení, že Kongres nesmí omezit svobodu slova nebo tisku. Jde o pravidlo? Jinak řečeno: omezuje-li konkrétní zákon svobodu slova nebo tisku, plyne z toho, že je neústavní? Ti, kdo tvrdí, že 1. dodatek je absolutní, říkají, že je třeba ho takto brát, tedy že je třeba ho brát jako pravidlo. Nebo vyjadřuje pouze princip, takže zjistí-li se, že svoboda projevu byla omezena, je takové omezení neústavní, ledaže v kontextu je obsažena nějaká jiná politika či nějaký jiný princip, které jsou za daných okolností natolik závažné, aby se omezení připustilo? Toto je názor těch, kdo argumentují ve prospěch tzv. testu "zjevného a bezprostředního nebezpečí" nebo nějakého jiného "vyvažování".

Někdy může pravidlo hrát prakticky stejnou roli jako princip a rozdíl mezi nimi je téměř jen věcí formy. První článek Shermanova zákona stanoví, že každá smlouva, která omezuje obchod, je neplatná. Nejvyšší soud musel

rozhodnout, zda toto ustanovení je třeba považovat jednoduše za pravidlo (rušící každou smlouvu, "která omezuje obchod", což činí téměř každá) a podle toho s ním zacházet, nebo zda je třeba ho považovat za princip, který je důvodem ke zrušení smlouvy v případě, že neexistují účinné politiky svědčící o opaku. Nejvyšší soud vyložil toto ustanovení jako pravidlo, zacházel však s tímto pravidlem tak, jako by obsahovalo slovo "nepřiměřeně" a zakazovalo tudíž jen "nepřiměřené" omezování obchodu. To umožnilo, aby toto ustanovení logicky fungovalo jako pravidlo (kdykoli soud zjistí, že omezování je "nepřiměřené", je povinen prohlásit smlouvu za neplatnou), a reálně jako princip (soud musí přihlídnout k řadě jiných principů a politik, má-li rozhodnout, zda konkrétní omezení za konkrétní hospodářské situace je "nepřiměřené").

Právě takovou funkci plní často slova typu "přiměřený", "nedbalý", "nespravedlivý" a "závažný". Každé z těchto slov činí aplikaci pravidla, v němž je obsaženo, do určité míry závislou na principech či politikách, z nichž pravidlo vychází, a pravidlo samotné se tak blíží principu. Nečiní však z pravidla princip docela, jelikož i to nejméně omezující omezuje druh jiných principů a politik, na kterých pravidlo závisí. Jsme-li vázáni pravidlem, které říká, že "nepřiměřené" smlouvy jsou neplatné nebo že hrubé "neslušné" smlouvy se nebudou vynuocovat, je třeba rozvažovat daleko víc než kdyby v něm slova uváděná v uvozovkách nebyla. Předpokládejme, však případ, kdy s přihlédnutím k určité politice nebo principu by se zdálo, že určitou smlouvu je třeba vynutit, třeba omezení v ní obsažené přiměřené není, nebo že je dokonce hrubě neslušné. Vynuocovat takové smlouvy by naše pravidla zakazovala, a jejich vynuocování by tudíž bylo možné jen tehdy, kdyby se tato pravidla zrušila nebo změnila. Pokud bychom však měli co do činění nikoli s pravidlem, ale s politikou směřující proti vynuocování nepřiměřených smluv, nebo s principem, že neslušné smlouvy se nemají vynuocovat, bylo by možné smlouvy vynuocovat, aniž by se právo změnilo.