

**Univerzita Karlova v Praze
Právnická fakulta**

FIKCIONALISMUS V PRÁVU

Studentská vědecká odborná činnost

Kategorie: magisterské

2011
IV. ročník

Autor: VÁCLAV JANEČEK
Konzultant: -----
Vědecký seminář teorie práva

Čestné prohlášení

Prohlašuji, že jsem práci předkládanou do IV. ročníku Studentské vědecké a odborné činnosti (SVOČ) vypracoval samostatně za použití literatury a zdrojů v ní uvedených. Dále prohlašuji, že práce nebyla dříve publikována, nebyla vcelku ani částečně obhájena jako práce diplomová či bakalářská a nebyla přihlášena do předchozích ročníků SVOČ či jiné soutěže.

V Praze dne 13. dubna 2011

.....
Václav Janeček

I. Fikcionalismus

Fikcionalismus je významný soudobý směr filozofie vědy, který nám poskytuje určitý pojmový arzenál k tomu, abychom se mohli co nejlépe vypořádat s určitými problematickými výroky našich vědeckých teorií a to takovými, které obsahují fikce. Fikcionalismus vymezujeme proti realismu, „protože podle něj není konečným cílem nějakého diskurzu produkovat pravdy o skutečnosti, ale spíše produkovat teorie s určitými přednostmi, kteréžto může taková teorie mít, aniž by byla pravdivá.“¹ Tento rys je pro fikcionalismus velice příznačný. První dva moderní fikcionalisté Bas van Fraassen (*The Scientific Image*, 1980) a Hartry Field (*Science Without Numbers*, 1980) shodně tvrdili, že cílem zkoumání nemusí být pravda a že akceptace nějaké matematické nebo vědecké teorie nemusí zahrnovat pravdivá přesvědčení o jejím obsahu.² Klíčovým krokem fikcionalismu je přechod od postoje „Jsem přesvědčen (belief), že P“ k „Akceptuji, že P“. Díky fikcionalismu dokáží smysluplně uvádět propozice o fiktivních objektech, ačkoliv neznám jejich skutečnou povahu. Fikcionalista se zavazuje ostře rozlišovat mezi akceptací a přesvědčením, takže podle něj není cílem vědeckého zkoumání samo pravdivé poznání, resp. přesvědčení, tedy kognitivní propoziční postoj, ale spíše vytváření reprezentací, které mají určité výhody, ale které v zásadě mohou být zcela nepravdivé. To je idea v západním pojetí poněkud nezvyklá. Věda by nám přeci měla říkat, jaký svět skutečně je, a díky ní bychom jej měli opravdu poznávat. Alespoň takové se zdá být intuitivní chápání současného postavení vědeckého bádání v našem životě. „Přesvědčení, že vědy se snaží představit věci tak, jak jsou, bylo do dneška v západním myšlení téměř univerzálním přístupem.“³

Ačkoliv podle fikcionalismu již není určujícím kritériem našeho bádání získávání pravdivých přesvědčení, přesto je pro nás stále zásadní, abychom se na námi akceptované výroky spoléhali jak v teoretickém, tak i v praktickém usuzování. To znamená stejně, jako kdyby námi akceptované fikce byly pravdivé. Takový postoj bývá někdy označován jako plná akceptace (*full acceptance*). Naše výroky však můžeme také akceptovat pouze prozatímně (*tentative acceptance*).⁴ Proto je velice důležité odlišovat fikcionalismus od instrumentalismu. Instrumentalismus bychom mohli vyjádřit touto větou: „Jsem přesvědčen, že nonP, ale akceptuji, že P.“ Postoj přesvědčení (první část věty) je tradičně chápán jako kognitivní, což

¹ ROSEN, G. *Problems in the History of Fictionalism*; In KALDERON, M. E. (ed.). *Fictionalism in Metaphysics*. Oxford, 2005. str. 14.

² Viz KALDERON, M. E. *Introduction*; In KALDERON, M. E. (ed.). *op. cit.*, str. 1-13.

³ ROSEN, G. *op. cit.*, str. 18.

⁴ Srov. KALDERON, M. E. *Moral Fictionalism*. Oxford. 2005. str. 3-8.

zde má za následek, že *P* akceptují jakýmsi slabým způsobem (druhá část věty), tzn. instrumentálně. Nechci zde tvrdit, že *P* lze o světě pravdivě predikovat. To znamená, že pokud instrumentálně používám například pojem „vlastnictví“, pak o nikom skutečně nepredikuji, že má k určité věci vlastnictví. Vlastnictví podle instrumentalismu nemůžeme nikomu pravdivě připisovat, ale pouze jej akceptujeme jako bezobsažný, ale užitečný nástroj. Naproti tomu fikcionalismus se zavazuje pojem vlastnictví chápat podle jeho doslovného významu (*at face value*). Čili pokud řekneme, že někdo má k určité věci vlastnictví, pak to zkrátka znamená, že vlastnictví akceptujeme jako fakt. Z hlediska fikcionalismu „*mohu mít dostatečný důvod k přesvědčení, že P je nepravdivé, ale P je vysoce užitečné, a tak bych jej měl akceptovat.*“⁵ To znamená přistupovat k němu, jako kdyby bylo pravdivé. Pak se lze ale ptát, zdali je správné, aby právní teorie vytvářela instrumentální, bezobsažné a možná matoucí konstrukce, nebo zda by měla raději používat takové normy a normativní pojmy, které budeme moci chápat jako fakta, čili budou jednoduše znamenat to, co znamenají.

Podobný přístup lze ilustrovat na díle nejvýraznějšího předchůdce moderního fikcionalismu Hanse Vaihingera *Die Philosophie des Als Ob* (1911).⁶ Tento německý myslitel, veliký znalec Kantovy filosofie⁷ a obdivovatel Charlese Darwina⁸, ve své knize formuloval ideu, že lidské myšlení je vedlejším produktem evoluce a že odpovídá systému boje o přežití. Tvrdí, že myšlení, které dříve bylo jen prostředkem v boji o přežití, se již dnes stává cílem samým o sobě. S takovým myšlením ovšem přicházejí závažné otázky týkající se záležitostí přesahujících naše vrozené schopnosti. Typicky například otázky etiky, metafyziky či práva. Naše myšlení se podle Vaihingera v takovýchto vědeckých diskurzích často zakládá na problematických a často nepravdivých výrocích. Zároveň však dovozuje, že takové „fikce“ jsou pro náš život nezbytné a užitečné a měli bychom k nim přistupovat jako kdyby byly pravdivé („*as if*“/„*als ob*“). Vaihinger si myslí, že pokud si uvědomíme, že naším cílem není poznání pravdy, ale přežití (darwinismus), pak mohou být fikce něčím dobrým, resp. rozumným.

⁵ Cit. JOYCE, R. *The Myth of Morality*. Cambridge, 2004. str. 190. pozn. 21.

⁶ VAIHINGER, H. *Die Philosophie des Als Ob*. 1911; anglicky: OGDEN, C. K. (překl.). *The Philosophy of „As If“: A System of the Theoretical, Practical and Religious Fictions of Mankind*. London, 1924.

⁷ Vaihinger mimo jiné právě Kanta interpretuje v některých směrech jako fikcionalistu. Více VAIHINGER, H. *The Philosophy of „As If“: A System of the Theoretical, Practical and Religious Fictions of Mankind*. OGDEN, C. K. (překl.). London, 1924. str. 271-318.

⁸ Vaihinger sám přiznává silný zájem o ostrovní myšlení a není proto náhodou, že určité aspekty fikcionalismu spatřuje právě u britských nominalistů Jana Dunse Scota či Viléma Occama. Mezi jinými pak jmenuje ještě G. Berkeleyho, T. Hobbesa, A. Smitha.

Dnešní fikcionalismus na Vaihingera v mnohém navazuje, avšak cílem této práce není představení samotného fikcionalismu.⁹ Pouze si ukážeme, že právo může mít v jistých ohledech k fiktivnímu diskurzu velice blízko a že by proto právní věda měla tento směr reflektovat. Jako v každé vědecké disciplíně je totiž i v té právní žádoucí, abychom správně rozuměli své vlastní činnosti.

II. Právní fikce

Dalo by se říct, že právo odnepaměti nahrazuje svou nedostatečnost fikcemi. Právní fikce fungují jako jakýsi tmel na mezery, které se při práci s právem objevují. Tak například v právu římském se přijetím *lex Cornelia testametaria* (zhruba roku 80 př. p. l.) zavedla takzvaná *fictio legis Corneliae* (fikce Korneliova zákona). Ta se týkala svobodných římských občanů, kteří padli do zajetí nepřátel a zemřeli v něm. V tom případě se na takové občany hledělo, jako kdyby zemřeli již v okamžiku upadnutí do zajetí, tedy ještě jako svobodní. Ač věděli, že to není pravda, akceptovali Římané fikci smrti svobodného občana, jelikož tak mohla závět zemřelého zůstat platná.¹⁰ Do právních fikcí můžeme zařadit i známou právní poučku „*ignorantia legis non excusat*“ (neznalost zákona neomlouvá). Bez takového fiktivního předpokladu by právo jen stěží mohlo dobře fungovat. Samozřejmě, že si nemyslíme, že lidé znají právo (tím spíše v dnešní době častých novelizací a kasuistické úpravy řady institutů). I přesto tento princip shledáváme hodnotným a proto jej akceptujeme. Na uvedených příkladech lze demonstrovat, že právní fikce nejsou žádnou novinkou. Podívejme se, jak fikci definuje současná teorie práva.

„*Pro fikci je typické, že vychází z určitého uměle vytvořeného skutkového předpokladu, který má zpravidla jen legislativně technický základ (např. §122 odst. 1 občanského zákoníku stanoví, že polovinou měsíce se rozumí patnáct dní, §50[c odst. 1] občanského soudního řádu stanoví, že odepře-li adresát bezdůvodně přijmout písemnost, je písemnost považována za doručenou dnem, kdy bylo její přijetí odepřeno).*“¹¹ Právo zná však ještě institut domněnek, které naopak „*vycházejí z určité obecné životní zkušenosti (např. z toho, že se dítě narodilo v zákonem určené době, se vyvozuje, že jeho otcem je manžel matky).*“¹² Právní teorie dělí dále domněnky na domněnky vyvratitelné, tj. takové, které připouštějí důkaz opaku, a

⁹ K fikcionalismu více např. SAINSBURY, R. M. *Fiction and Fictionalism*. Routledge, 2010; KALDERON, M. E. (ed.). *Fictionalism in Metaphysics*. Oxford, 2005

¹⁰ BLAHO, P.; SKŘEJPEK, M. (překl.). *Iustiniani Institutiones*. Praha, 2010. str. 61. pozn. 124.

¹¹ GERLOCH, A. *Teorie práva*. Plzeň, 2009. str. 183.

¹² *Ibid.*, str. 183.

domněnky nevyvratitelné, které nepřipouštějí důkaz opaku, ale pouze protidůkaz.¹³ Protidůkaz však výjimečně připouští i právní fikce, tudíž se nabízí otázka, jaký je rozdíl mezi nevyvratitelnou právní domněnkou a právní fikcí. Z toho, co bylo uvedeno, lze soudit, že fikce znamená, že něco akceptujeme jako pravdu, ačkoliv si myslíme, že to pravda není, zatímco nevyvratitelná domněnka znamená, že něco akceptujeme jako pravdu, ačkoliv nevíme, jestli je to pravda, a přitom se procesně neumožňuje přezkoumání této věci. Zdá se tak, že nevyvratitelná právní domněnka a právní fikce k sobě mají velice blízko.¹⁴ Je mezi nimi vlastně podobný rozdíl, jako mezi hypotézou a fikcí Hanse Vaihinger¹⁵, nebo tzv. „atheistickým“ a „agnostickým“ fikcionalismem Richarda Joyce.¹⁶ Do té míry nebudeme nadále při zkoumání fikcionalismu v právu mezi nevyvratitelnými domněnkami a fikcemi rozlišovat. K oběma totiž můžeme v rámci právního diskurzu přistupovat fikcionalisticky.

V čem tedy spočívá hodnota právních fikcí (nevyvratitelných domněnek)? Tím, že je akceptujeme, totiž vyjadřujeme, že nemusí být pravdivé, aby byly v nějakém smyslu hodnotné. Jejich hodnota spočívá ve zkratkovitosti. Právní normy, které konstruují fikce (např. fikce doručení) rozšiřují faktický dosah inferenčních schémat obecných právních pojmů. To je třeba si vysvětlit. Obecný právní pojem, například pojem „vlastnictví“ funguje jako spojovací článek v inferenci mezi faktickými podmínkami a normativními (právními) důsledky s těmito podmínkami spojenými. „*Termín 'vlastnictví', vložený mezi podmiňující fakty a podmíněné důsledky, je ve skutečnosti bezvýznamné slovo bez jakékoliv sémantické reference, sloužící pouze jako prostředek prezentace.*“¹⁷ Nemá tedy smysl ptát se, co to vlastnictví je. Správně bychom se měli ptát na to, jak funguje. Funguje jako úsporné vyjádření komplexních právních inferencí.¹⁸ Tak například pojem „doručení“ je zkratka za soubor inferenčních vztahů mezi faktickými podmínkami (FP) a normativními důsledky (ND):

(Jestliže FP_1 nebo FP_2 nebo... FP_n , pak je doručeno) a zároveň (Jestliže je doručeno, pak ND_1 nebo ND_2 nebo... ND_n)

U fikce doručení jde o akceptaci toho, že do řady FP patří vedle osobního převzetí písemnosti a seznámení se s písemností pomocí veřejné datové sítě, což bychom chápali jako doručení i v jakémkoliv jiném diskurzu než právním, také například vhození písemnosti do

¹³ Viz např. ŠVESTKA, J.; DVOŘÁK, J. a kol. *Občanské právo hmotné I*. Praha, 2009. str. 152-153.

¹⁴ Nevyvratitelnou domněnku chápe jako fikci např. FULLER, L. L. *Legal Fictions*. Stanford, 1967. str. 9; podobný názor viz SOBEK, T. *Argumenty teorie práva*. Plzeň, 2008. str. 198-200.

¹⁵ Viz VAIHINGER, H. *The Philosophy of „As If“: A System of the Theoretical, Practical and Religious Fictions of Mankind*. ODGEN, C. K. (překl.). London, 1935 (2nd ed.). str. viii, 85, 147, 261.

¹⁶ Viz JOYCE, R. *The Myth of Morality*. Cambridge, 2001. str. 190.

¹⁷ ROSS, A. *Tú-Tú*; In *Harvard Law Review*, roč. 70, str. 820; překlad podle SOBEK, T. *op. cit.*, str. 192.

¹⁸ S takovým pojetím právních pojmů se na přelomu 60. a 70. let proslavila analyticky orientovaná právnická škola v Uppsale, především A. Ross a A. Wedberg.

schránky, nevyzvednutí nepřevzaté písemnosti do 10 dní oznámení, vyvěšení na úřední desce soudu po dobu 10 dní či právě odepření převzetí písemnosti adresátem.

Jenomže fingujeme tady nějaká fakta? *De iure* doručení můžeme označit jako fakt v právním diskurzu. Potom bychom ale nic nefingovali. Právní fikce doručení nefinguje, že bylo *de facto* doručeno, tedy že adresát skutečně převzal danou písemnost. Právní fikce nám pouze umožňuje zkráceně říct, že právo spojuje tytéž důsledky s odepřením písemnosti jako s jejím skutečným doručením. Z tohoto důvodu někteří tvrdí, že právní fikce vlastně nic nefinguje a chápou je čistě instrumentálně.¹⁹ Fikce doručení je přeci jakási legislativně technická konstrukce, která nemá žádnou ambici cokoliv tvrdit o světě. To je zcela neproblematické tvrzení, pakliže právo chápeme jako izolovaný fenomén. Tento předpoklad je však mylný. Právo je odjakživa fenomén společenský a jednoduše nemůže být takto sterilizováno. Na výroky, které v právním diskurzu používáme, jsou kladeny nároky srozumitelnosti, sdělitelnosti či přístupnosti. Právo je zásadně veřejný počin. Pokud tedy přijmeme inferenční koncepci právních termínů a pokud ukážeme, že právní diskurz, potažmo fakta tohoto diskurzu, nejsou izolována od vnějšího světa, pak právní fikce opravdu fingují skutečnost. Jenomže to je problém. Máme říkat, že je doručeno a zároveň že doručeno není? To je přeci kontradikce. Klasická odpověď je, že je doručeno *de iure* a *de facto* doručeno není, ale tím jen zase říkáme, že normy a fakta nelze chápat jako součásti jednoho a téhož světa. Navíc mnohé pojmy, které v životě používáme a které jsou ve své podstatě právního původu ani nedokážeme rozdělit na *de iure* a *de facto*. Vezměme si například vlastnictví, vlastizrada, korporace aj. Nějaké řešení je nezbytné, chceme-li svět uchopovat konzistentně jako celek. Z tohoto základního předpokladu bychom měli vycházet. V opačném případě totiž snadno opomineme širší souvislosti a právo se pak bude spokojeně zaobírat samo sebou. Ale my nechceme, aby se z práva stala věda o vědě, která bude produkovat lidskému životu naprosto nesrozumitelné výroky. I právní pojmy by přeci měly odpovídat našemu jazyku, a tak, pokud je v právním předpise napsáno slovo „doručeno“, mělo by mít jednoduše odpovídající význam. Už Jeremy Bentham chtěl, aby právo bylo srozumitelné, a proto fikce viděl jako „*syphilis, která proniká do každé žíly [práva] a přináší tam zárodky hniloby.*“²⁰ Jeho právní myšlení ovšem pravděpodobně nebylo v dnešním slova smyslu fikcionalistické, neboť právní fikce odmítal. My ale budeme chtít ukázat, že fikcionalismus může být určitým lékem na tento neduh právního řádu.

¹⁹ Viz např. SOBEK, T. *Nemorální právo*. Plzeň, 2010. str. 347-349.

²⁰ BENTHAM, J. *The Works of Jeremy Bentham*. BROWNING, J. (ed.). Edinburgh, 1843. Vol. 5. str. 92.

Moderní fikcionalismus se etabloval především jako směr filozofie vědy. Je proto otázkou, zdali se právní fikce nějak liší od těch vědeckých. Mohlo by se nám totiž zdát, že fikce užívané při aplikaci práva nemají s vědeckým zkoumáním co dočinění. Známý právní teoretik Lon Fuller, který ve své teorii právních fikcí vychází právě z Vaihingerova pojetí fikcionalismu, chápe právo zcela jednoznačně jako vědu. A to jednu z nejstarších, jelikož právo se odnepaměti potýkalo s nutností abstrahovat z lidského jednání obecné poznatky a z nich potom vytvářet normy. Má za to, že z právní vědy pocházejí mnohé abstraktní pojmy, např. „průměr“, „věc“ aj.²¹ Tyto pojmy jsou ale zcela typickými příklady vědeckých fikcí. V tomto smyslu lze pak jako fikcionalistické označit také snahy právní vědy o uchopení povahy práva obecně. Takový popis opět očesává poznání reality na určité generalizace a vytváří vhodné formulace, až nakonec dochází k jedinému fiktivnímu zdroji práva. Obecná právní teorie se zde dostává k pojmům jako: „příkaz“, „autorita“, „základní norma“ aj. Je tedy vidět, že i právo, coby společenská praxe, je popisována vědeckým způsobem. Právo má rys soustavného výzkumu, v němž jsme ochotni naše poznatky kontrolovat, revidovat, zastávat je jako základ pro své jednání atd. Tento rys je pro fikcionalismus velice důležitý. I v právu „fikce fungují jako štuk, který máme vždy po ruce, abychom jím zalepili slabá místa našich myšlenkových struktur.“²²

V následující části nás bude zajímat, jak vlastně taková vědecká teorie práva vypadá. Pokusíme se zde ukázat, že fikce je obsažena již v samotném základu práva. Že sama jeho normativita je fiktivní.

III. Fiktivní legitimita

Asi první fikce zdroje legitimacy práva, která nás napadne, je Hobbesova fikce společenské smlouvy, kterou formuloval ve svém díle *Leviathan* (1651). Vzhledem k Hobbesovu vědeckému přístupu k právu, mohl jeho závaznost hledat pouze v pozitivních normách. Rozum totiž podle Hobbese nedokáže nahlížet samy hodnoty, které nás samozřejmě nějak zavazují. Proto přichází s myšlenkovou konstrukcí přirozeného stavu. V něm nám hrozí nebezpečí, že ostatní, kteří, stejně jako my, mají právo na vše, nás budou omezovat a ohrožovat náš život. A tak ve svém vlastním zájmu, podle díkce přírodního zákona, dovozujeme, že potřebujeme nějakou ochranu. Tu nám podle Hobbese může poskytnout

²¹ Viz FULLER, L. L. *op. cit.*, str. 124-133.

²² *Ibid.*, str. 52.

jedině silný stát. Hobbes říká, že zrození státu je skutečná jednota všech, která se sbíhá v jedné a téže osobě a která je tvořena úmluvou každého s každým:

„Autorizuji a vzdávám se svého práva na sebevládu ve prospěch tohoto člověka nebo tohoto shromáždění pod podmínkou, že se ty stejným způsobem vzdáš svého práva v jeho prospěch a autorizuješ veškeré jeho jednání. [...] O státě se říká, že vznikl ustavením, když se množství lidí dohodne a každý se každému úmluvou zaváže, že ať dá většina jakémukoli člověku nebo shromáždění lidí právo zastupovat osobu jich všech (to znamená být jejich představitelem), bude jak pro toho, kdo hlasoval pro, tak pro toho, kdo hlasoval proti, platit, že předem stvrzuje všechny činy a soudy tohoto člověka nebo shromáždění lidí, jako by byly jeho vlastní, a to za účelem žít spolu v míru a být chráněni před jinými lidmi. Z takového ustavení státu plynou veškerá práva a pravomoci toho nebo těch, na něž byla souhlasem shromážděného lidu přenesena suverénní moc.“²³

Hobbes tedy normativitu vysvětluje racionálně pomocí tzv. přirozeného stavu. V souladu s přirozeným zákonem, který nám velí vyhledávat mír a zachovávat jej, je pro lidi racionální svá práva postoupit na suveréna. Ten totiž dokáže jejich jednání efektivně usměrnit a optimalizovat lidské soužití tak, aby nemuseli žít ve strachu. Hobbes tím chtěl vysvětlit, že zákon, který aktuálně existuje, je pro všechny z racionálního hlediska závazný. O suverénní moci zákonodárné autority však nelze hovořit ve smyslu fyzické moci. *„Jelikož je politické těleso předstíraným tělesem, jsou také jeho moc a vůle předstírané.“²⁴* Hobbes tady zcela otevřeně přiznává, že absolutní suverén je fikce. Opět se tak dostáváme k fikcionalistickému postoji: *„Je rozumné akceptovat společenskou smlouvu, a tedy se zavázat k poslušnosti vůči právnímu řádu suveréna, kterého tato společenská smlouva ustavila.“* Teorie nemusí být pravdivá, aby byla dobrá. Hobbes měl zkušenosti s občanskou válkou, což ho vedlo *„k postulování a legitimizaci požadavku absolutní suverenity.“²⁵* V tom spatřoval její hodnotu. Smlouva každého s každým, byť o ní nejsme přesvědčeni, ale pouze jí akceptujeme, nás ochrání před dalšími neshodami a boji mezi sebou. Motiv společenské smlouvy lze dále v různých obměnách nalézt například také u J. Locka (*Dvě pojednání o vládě*, 1698), J. J. Rousseaua (*O společenské smlouvě*, 1762), I. Kanta (*K věčnému míru*, 1795), E. Durkheima (*Společenská dělba práce*, 1893), aj.²⁶

²³ HOBBS, T. *Leviathan*. BERKA, K. (překl.). Praha, 2009. str. 120-121.

²⁴ HOBBS, T. *Elements of Law*; II, kap. 2, §4.

²⁵ RÖD, W. *Novověká filozofie I*. KARÁSEK, J. (překl.). Praha, 2001. str. 248.

²⁶ Viz např. PŘIBÁŇ, J. *Legitimizační fikce legality*; In GERLOCH, A. (ed.). *Teoretické problémy práva na prahu 21. století*. Praha, 2002. str. 37.; SOUSEDÍK, S. *Svoboda a lidská práva*. Praha, 2010. str. 88-108.

Již u Hobbesa šlo vlastně o to, že suverén vydává svým poddaným příkazy, které jsou tito povinni dodržovat. Teorii práva jako příkazu sahá samozřejmě historicky ještě mnohem dál. Můžeme ji vysledovat například u Tomáše Akvinského a jeho následovníků, voluntaristů. Příkazce je zde ale ještě Bůh a ten zajišťuje závaznost zákona. Sankcí je totiž to, že nám za neuposlechnutí přirozeného zákona bude znemožněno se přiblížit k Bohu. Až v intelektuálním prostředí 16. - 17. století se začaly objevovat úvahy o tom, zdali by přirozený zákon byl závazný, i kdyby Bůh neexistoval (*etsi Deus non daretur*). Proti voluntarismu vystupuje známý Ludvík Molina (1536 - 1600), když závaznost zákona spatřuje v jeho předmětu a tím umožňuje myslet závaznost bez Boha:

„Závaznost přirozeného práva plyne z povahy předmětu a odtud se přelévá do příkazu. Z toho důvodu se často říká, že ty věci, jichž se týká přirozené právo, jsou zakázány, protože jsou špatné, a nikoli, že jsou špatné, protože jsou zakázány. Naproti tomu závaznost pozitivního práva vzniká z příkazu a z vůle příkazujícího a odtud přechází na předmět. A to je důvod, proč se říká, že věci, jichž se týká pozitivní právo, jsou špatné, protože jsou zakázané, a nikoli že jsou zakázané, protože jsou špatné.“²⁷

Takovýto pohled na věc nám umožňuje vyhnout se problému s dokazatelností suveréna (Boha) u práva přirozeného. Teorie práva jako příkazu ale stále hraje významnou roli v právu pozitivním, a proto na ní silně obrací pozornost novověkých osvícenských autorů.

Zcela explicitně se tzv. teorie příkazu objevuje u právních pozitivistů J. Benthama a jeho žáka J. Austina. Oba chápou příkaz jako něco, co je pojmově nutně spjato s politickým suverénem, kterýžto příkazuje, ale kterého nemusíme dokazovat nýbrž jen akceptovat. V teorii příkazu je politický suverén, coby zdroj normativity práva, pouhá intelektuální fikce. Bentham sám se však fikcemi zabýval poněkud systematictěji,²⁸ a proto si teď něco málo o jeho teorii fikcí povíme.

Bentham je známý především svou kritikou právních fikcí. Jak jsme si již výše naznačili, Bentham chtěl právo zbavit fikcí, neboť podle něj takové právní kategorie o ničem nevypovídají. Právní fikce chápal jako zhoubný prostředek, jímž si soudci uzurpují právotvornou moc namísto legislativních orgánů.²⁹ Aby však Bentham mohl kritizovat právní

²⁷ MOLINA, L., *De iustitia et iure*, Tract. 1, disp. 4, n.lsqq., první vydání 1539; cit. podle SOUSEDÍK, S. *op. cit.*, str. 86.

²⁸ O tom blíže viz především BENTHAM, J. *Fragment on Ontology a Essay on Logic*; In *The Works of Jeremy Bentham*. BROWNING, J. (ed.). Edinburgh, 1843. Vol. 8. str. 193-294. Dále viz např. OGDEN, C. K. *Bentham's Theory of Fictions*. London, 1932; ROSEN, G. *op. cit.*, str. 46-56; SOBEK, T. *Nemorální právo*. Plzeň, 2010. str. 105-107, 243-251.

²⁹ Viz např. BENTHAM, J. *The Works of Jeremy Bentham*. BROWNING, J. (ed.). Edinburgh, 1843. Vol. 5. str. 88-93.

fikce, musel mít nejprve připravenou půdu, z níž bude útočit. Proto si vypracoval obecnou teorii fikcí, v níž zkoumal fikce logické. Ty totiž stojí podle Benthama v základech našeho jazyka.³⁰ V jazyce používáme jména reálná a fiktivní, jimiž označujeme reálné a fiktivní entity.

„Fiktivní entita je taková entita, které kvůli gramatické formě jejího vyjádření připisujeme existenci, ačkoliv popravdě a ve skutečnosti jí existenci připisovat nezamýšlíme.“³¹

Když tedy fikci odhalíme, pak je podle Benthama jasné, že taková vyjádření vlastně nic neříkají a že nemohou být interpretována podle jejich doslovného významu (*at face value*). V tom se zásadně liší od fikcionalismu, který naopak říká, že máme i naše fiktivní výroky interpretovat podle jejich doslovného významu. Současný fikcionalismus nám vlastně umožňuje čelit problémům, se kterými si Bentham nevěděl rady. Bentham tvrdí, že každé podstatné jméno má označovat nějaké těleso či substanci a že předložky místa jako „v/ve“, „na“, „nad“, „pod“, „z/ze“ aj. mají vždy jejich prostorový význam.³² To znamená, že když řekneme: „Václav je za zenitem.“, zavazujeme se tím, že existuje nějaké takové těleso či substance jako je „zenit“ a „Václav“, který označuje také těleso nebo substanci, je „za“ ním. Benthamovi je jasné, že takto nelze fikce doslovně interpretovat. Jestliže fiktivní entita neoznačuje *nic*, pak o ní nelze *pravdivě* mluvit. *„Nic nemá žádné vlastnosti. [...] Fiktivní entita coby čiré nic nemůže mít jakékoliv vlastnosti.“³³*

Problém, který Bentham, zdá se, přehlíží, je, že nerozlišuje mezi nereferenčními jmény jako „Dábel“ a termíny jako „vztah“, „závazek“ a „síla“, které sice nereferují k něčemu reálnému, ale které nacházejí své užití ve vážně míněném hovoru. Bentham má za to, že všechny tyto problematické fiktivní entity se od reálných liší tím, že za svou existenci vděčí jazyku. Proto namísto rozdílu mezi reálnými a fiktivními *entitami* přichází s rozlišením mezi reálnými a fiktivními *jmény*.³⁴ Navzdory své obecné teorii fiktivních jmen, podle níž nemůžou být věty obsahující fiktivní jména pravdivé, Bentham v nějakém smyslu akceptuje věty obsahující právě slova jako „vztah“, „závazek“ a „síla“ a to například v rámci etického, metafyzického či vědeckého diskurzu. Je tedy otázka, zda Bentham považuje takové věty za doslovně nepravdivé.³⁵ Při řešení tohoto problému Bentham anticipuje problémy filozofie

³⁰ Viz BENTHAM, J. *The Works of Jeremy Bentham*. BROWNING, J. (ed.). Edinburgh, 1843. Vol. 8. str. 198.

³¹ *Ibid.*, str. 197.

³² *Ibid.*, str. 200.

³³ *Ibid.*, str. 246.

³⁴ *Ibid.*, str. 198.

³⁵ ROSEN, G. *op. cit.*, str. 52.

jazyka. Navrhuje totiž, abychom věty obsahující fiktivní jména parafrázovali tak, aby problém s pravdivostí zmizel. Takže věta jako: „A má závazek k B udělat X.“ má být parafrázována jako: „Jestliže A neudělá X pro B, pak bude sankcionován.“³⁶ U Benthama ale není jasné, jaký je vztah mezi původní gramatickou formou a parafrází. Pokud je totiž parafráze pravdivá, pak nelze říct, že fiktivní jméno neoznačovalo *nic*. Parafráze spočívá totiž v tom, že je logicky ekvivalentní s původním výrokiem, to znamená, že zachovává její pravdivostní hodnoty. Pak by ale měla být pravdivá i původní gramatická forma obsahující fiktivní výrok. Jenomže fikce podle Benthama *nic* neoznačují, a tedy nemohou být pravdivé. V tom je Benthamův fikcionalismus poněkud nedotažený. Zdá se totiž, že Bentham nerozlišuje mezi fikcionalistickým a instrumentalistickým postojem. Pokud bychom jej však četli prismatem tohoto rozlišení, pak to vypadá, že Benthamovi vadí pouze ty fikce, ke kterým přistupujeme ryze instrumentálně. Ty totiž skutečně *nic* neznamenaají a zastírají svůj pravý důvod existence, kterým je uzurpace moci. Z Benthamova vlastního díla však „*není [zcela] jasné, zda jej lze interpretovat jako fikcionalistou [i] ohledně „závazků“, „pohybu“, „klidu“, a tedy ohledně abstraktních tvrzení etiky, vědy a filozofie.*“³⁷

Vraťme se nyní zpátky k Benthamově teorii příkazu. V jeho a později i v Austinově pojetí práva je platnost práva, stejně jako u Hobbesa, spojena s nějakým politickým suverénem. Bentham spatřuje ve fikci politického suveréna i základ závaznosti práva. Něco podobného by se dalo vysledovat i v Hobbesově pojetí přírodního zákona, který nám přikazuje zachovávat svůj vlastní život. Tak vlastně akceptace politického suveréna, který náš život ochrání, je pro nás závazná natolik, nakolik se tím sleduje náš vlastní *užitek*, totiž zachování života. Bentham je známý právě svým utilitarismem a v jeho duchu chápal i pozitivní právo. I v právu je „*jediný legitimní cíl vlády nejvyšší štěstí pro největší počet lidí.*“³⁸ Právo je ale definováno jako příkaz suveréna a tak i pokud aktuálně nesleduje princip užitku, pak jej i přesto, byť coby špatné právo, máme akceptovat. Upozornujeme, že závaznost takového práva se již neopírá o víru v Boha, ale o víru v jakéhosi fiktivního Boha – politického suveréna. Závaznost práva už tak napříště neznamená morální povinnost. Právní normy se zde oddělují od těch morálních. „*To je bod zlomu, protože pozitivistická teze pojmové oddělitelnosti práva a morálky je založená právě na tom, že v principu je možné od*

³⁶ BENTHAM, J. *The Works of Jeremy Bentham*. BROWNING, J. (ed.). Edinburgh, 1843. Vol. 8. str. 247.

³⁷ ROSEN, G. *op. cit.*, str. 56.

³⁸ BENTHAM, J. *The Works of Jeremy Bentham*. BROWNING, J. (ed.). Edinburgh, 1843. Vol. 2. str. 120.

sebe oddělit právní a morální hodnocení věci.“³⁹ Benthamův následovník John Austin to ve své kritice W. Blackstona vyjadřuje následovně:

„[Ř]íct, že lidské zákony, které jsou v rozporu s Božským právem, nejsou zavazující, tedy říct, že lidské zákony nejsou zákony, to je naprostý nesmysl. [...] Dejme tomu, že suverén zakáže nějaký neškodný či dokonce přínosný čin pod trestem smrti. Pokud ten čin spáchám, měl bych být souzen a odsouzen, a pokud proti rozsudku namítnu, že zákon je v rozporu se zákonem Božím [...] soud prokáže nepřesvědčivost mého úsudku tím, že mě na základě zákona, jehož platnost jsem popíral, pověsí.“⁴⁰

Zde se tak formuje pozitivní právo a jeho teze oddělitelnosti. Na tu pak v maximální míře navazuje rakouský normativista Hans Kelsen. Na rozdíl od analytického právního pozitivismu (Bentham, Austin, Hart), kteří uznávali i tzv. tezi společenského faktu, Kelsen zpočátku kategoricky odmítal jakoukoliv redukci normativity na pouhou fakticitu. Kelsen od sebe ostře odděloval svět norem a svět faktů. Fikci politického suveréna kritizoval z pozice svého normativismu tak, že popíral možnost odvozovat platnost a závaznost norem z faktů. Základ práva, které je normativní, podle něj musí být vždy zase jen normativní. Projev vůle suveréna však nepatří do normativní sféry.⁴¹ Kelsen vlastně při svém rozlišování mezi sférou „měti“ (*sollen*) a sférou „byti“ (*sein*) vychází z Humovy teze. Když je v právu přikázáno, co „má být“ (*sein-sollen*), tak srovnáváme fakt (*sein*) s tím, co podle norem má být (*sein-sollen*).⁴² Takže když posuzujeme, zdali jsou normy dodržovány, nesrovnáváme fakty s normami, jak se někteří podle Kelsena mylně domnívají. Kelsen neustále upozorňuje na dualitu světa, a to na svět norem a svět faktů. Normativní základ práva, a tedy důvod jeho závaznosti, pak Kelsen nachází v tzv. „základní normě“ (*die Grundnorm*). Od ní všechny ostatní normy odvozují svou platnost a existenci. Základní normu však nelze chápat jako nějaký skutečný ústavní dokument. Ten by byl závislý na společenském faktu přijetí ústavy. Základní norma je tedy pouhá teoretická fikce. Kelsen si však později uvědomuje, že má-li být norma závazná, je třeba jí doprovázet sankcí. Nakonec zase potřebujeme nějakého suveréna, který normu bude prosazovat. Kelsen tedy přichází s fiktivním normotvůrcem. Uvědomoval si, že žádná nová norma se nevytvoří sama. Že normy zmocňují lidi k tomu, aby tvořili další normy. „Žádný imperativ bez imperátora, žádná norma bez normotvorné autority, tj. žádná norma bez volního aktu, jehož je smyslem.“⁴³ Abychom zastavili celý normativní

³⁹ SOBEK, T. *Nemorální právo*. Plzeň, 2010. str. 137.

⁴⁰ AUSTIN, J. *The province of jurisprudence determined*. Cambridge, 1995. str. 158.

⁴¹ PŘIBÁŇ, J. *op. cit.*, str. 41.

⁴² KELSEN, H. *Reine Rechtslehre*. 2. vyd. Wien, 1960. str. 19.

⁴³ KELSEN, H. *Všeobecná teorie norem*. KUBÍN, M. (překl.). Brno, 2000. str. 245.

regres, musíme jednoduše akceptovat fiktivního prvního normotvůrce. Kelsenův projekt je zde fikcionalistický, neboť podle něj akceptujeme něco, o čem máme dobrý důvod předpokládat, že to není pravda, a akceptujeme to jednoduše proto, že je to v nějakém smyslu hodnotné.

IV. *Inkluzivní a exkluzivní pozitivismus*

Až doposud jsme se zabývali víceméně historickými podobami právní filozofie. Abychom však mohli obecně říci, že právní filozofie má co do činění s fikcionalismem, bude nutné se poohlédnout rovněž po hlavních tendencích současné právní teorie. To znamená na inkluzivní a exkluzivní pozitivismus a nonpozitivismus. S vědomím určitého zjednodušení se budeme soustředit pouze na některé představitele těchto směrů. U inkluzivního pozitivismu to bude především H. L. A. Hart⁴⁴, u exkluzivního pozitivismu J. Raz a A. Marmor a konečně u nonpozitivismu americký právní filozof R. Dworkin.

Právní pozitivismus je obecnou teorií práva, čili není to teorie, která by byla vázána na jeden konkrétní právní řád, ale hovoří o právním řádu obecně. Jak jsme již naznačili, pro právní pozitivismus jsou klíčové dvě teze. Teze oddělitelnosti (*separation thesis*) a teze pramene práva (*source thesis*).⁴⁵ Obě teze spolu velice úzce souvisí. Jestliže všichni právní pozitivisté souhlasí, že platnost či závaznost práva je založena na společenské praxi, jinými slovy, že pramenem či zdrojem (*source*) práva je nějaká společenská konvence, pak už stejná shoda nepanuje ohledně teze oddělitelnosti. Jde totiž o to, jak budeme tezi pramene práva chápat. Exkluzivní pozitivisté v zásadě hájí tezi, že platnost práva se zcela vyčerpává odkazem ke konvenčnímu prameni práva: „*všecké právo se zakládá na pramenech práva (source based) a vše, co nemá formu pramene práva, není právo.*“⁴⁶ Abychom to trochu objasnili, tvrzení, že platnost práva je založena v konvenčním prameni, znamená, že důvodem platnosti práva jsou jednoduše zákony, judikatura, smlouvy, obyčejy apod., tzn. právo pozitivně konstituované společenskou praxí. Exkluzivní pozitivista bude tvrdit, že mezi právem a morálkou *nemůže* být jakýkoliv vztah. To samozřejmě neznamená, že nemáme žádné morální důvody jednání. Pokud jednáme v souladu s právem a zároveň i morálně, tím

⁴⁴ Řadit H. L. A. Harta mezi inkluzivní pozitivisty je samozřejmě svým způsobem problematické, neboť inkluzivní a exkluzivní pozitivisté se tradičně rozlišují až v „posthartovské“ tradici právní filozofie. Vzhledem k obsahu Hartova díla a jeho významu jej však zde budeme chápat jako představitele tohoto směru.

⁴⁵ V české literatuře bývá teze pramenů označována také jako teze společenského faktu. Srov. např. SOBEK, T. *Argumenty teorie práva*. Plzeň, 2008. str. 266.

⁴⁶ MARMOR, A. *Exclusive positivism*; In COLEMAN, J.; SHAPIRO, S. J. (eds.). *Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*. Oxford, 2002. str. 104.

lépe, ale s platností práva to nemá co dělat. Nonpozitivistická Ronald Dworkin⁴⁷ naopak tvrdí, že závislost platnosti práva na morálním uvážení je podstatným rysem práva, který v zásadě vychází ze základní interpretativní povahy práva. Inklusivní pozitivismus říká, že je to naopak jenom záležitostí *nahodilosti*, zda bude platnost práva záviset na našem morálním uvažování.⁴⁸ Díky různému chápání teze oddělitelnosti (*separation thesis*) můžeme tedy rozlišovat exkluzivní pozitivismus: platnost práva nemůže být závislá na jeho morální kvalitě; inkuzivní pozitivismus: není pravda, že platnost práva je nutně závislá na jeho morální kvalitě, ale je to možné⁴⁹; a nonpozitivismus: platnost jakéhokoliv práva je závislá na jeho morální kvalitě. Pojdme si nyní trochu blíže prohlédnout jednotlivé přístupy a pokusme se u nich nalézt aspekty fikcionalismu.

Herbert Hart ve svém díle *The Concept of Law* (1961) odmítá tezi přirozenoprávních teoretiků, kteří mají za to, že „*existují jisté principy lidského jednání, které čekají na to, až budou objeveny lidským rozumem, a právo vytvořené člověkem, má-li být platné, s nimi musí být v souladu.*“⁵⁰ Hart si velice dobře všímá, že práva nebyla vždy a všude pro každého stejná, ale že dnes to všechny moderní státy předstírají.⁵¹ Známy je Hartův příklad s Hucklebry Finnem, který na otázku, zda výbuch kotle někoho zranil, odpoví: „Ne, jenom to zabilo nějakýho negra.“ Tím chce Hart demonstrovat, že pro právo není typické, aby vždy sledovalo naši morálku. Na druhou stranu, nejspíše v reakci na dění druhé světové války, uznává jakýsi minimální obsah přirozeného práva v právu pozitivním, a proto nechce zcela pojmově vyloučit morálku z práva. Podíváme-li se třeba na ústavní dokumenty jednotlivých států západního světa, najdeme v nich jasně morální direktivy. Hart má nejspíše za to, že takové texty jsou součástí platného práva, a proto může být morální kvalita práva kritériem jeho platnosti. Exkluzivní pozitivisté by však toto odmítli a pouze by řekli, že normy, které odkazují k morálce, odkazují k mimoprávnímu normativnímu systému. Pokud má například soudce rozhodnout o platnosti smlouvy z důvodu jejího domnělého rozporu s dobrými mravy, pak podle exkluzivních pozitivistů bude sice rozhodovat podle morálky, ale proto, že bude aplikovat právo. Právní norma jej pouze odkáže na morální normativní systém. Kdyby tomu tak nebylo, pak by soudce tuto smlouvu zrušit nemohl, sic by byla nemorální.

Pro nás je nyní zajímavější jiná věc. Hart v právu rozlišuje tzv. pravidla primární, čili ta, která nám stanoví nějaké povinnosti a práva, a tzv. pravidla sekundární, tedy ta, která

⁴⁷ Vzhledem k tomu, že Dworkin se staví primárně proti pozitivismu, bývá označován nikoliv jako právní naturalista, ale jako právní nonpozitivistická, byť samozřejmě jeho teorii můžeme přiřadit k té *ius naturalistické*.

⁴⁸ MARMOR, A. *op. cit.*, str. 105.

⁴⁹ SOBEK, T. *Argumenty teorie práva*. Plzeň, 2008. str. 266n.

⁵⁰ HART, H. L. A. *The Concept of Law* (2nd ed.). Oxford, 1994. BULLOCH, P. A.; RAZ, J. (eds.). str. 186.

⁵¹ *Ibid.*, str. 200.

stanoví pravidla tvorby, změny, rušení či uznávání pravidel primárních.⁵² Abychom jakékoliv pravidlo označili jako platné a závazné, musí zde být buďto nějaká autorita, která ho vydá, anebo je závaznost stanovena sekundárním pravidlem. Je však jasné, že sekundární pravidlo bude platné a závazné opět pouze tehdy, když za jeho vznikem bude stát nějaká autorita. Hart zcela otevřeně přiznává, že taková autorita musí být jednoduše *akceptována*. Právní platnost nezávisí na kognitivním postoji přesvědčení, nýbrž na nonkognitivním postoji akceptace. Hart má dále za to, že o skutečném pozitivním právním řádu můžeme mluvit až tehdy, pokud máme komplexní systém primárních a sekundárních pravidel. Pouze série primárních pravidel je spíše ještě jen jakýmsi proto-právním řádem. Jak jsme ale řekli, sekundární pravidla svou závaznost musí také někde získat. Máme-li být věrní Hartově koncepci, pak bychom měli říct, že sekundární pravidla jsou platná buďto na základě jiných sekundárních pravidel, anebo že je zkrátka akceptujeme. Podle Harta stojí v základu platnosti právního řádu nejdůležitější sekundární pravidlo, kterému říká pravidlo uznání (*rule of recognition*)⁵³. Ale ani toto sekundární pravidlo uznání nemůže být samo o sobě platné. Je zkrátka a dobře *akceptováno* jako vhodné k užívání.⁵⁴ Hart má vlastně podobný problém jako Kelsen. Pravidlo uznání, které říká, že soudci svým jednáním uznávají, co je právo, a tedy právo označují, předpokládá, že je zde nějaké pravidlo, které je k tomu opravňuje. Je zde tedy opět jakýsi nekonečný regres, který lze zastavit právě fikcionalistickým postojem akceptace. Hart měl ale za to, že morálka může být kritériem platnosti právního pravidla, což dokládal tím, že soudci při své interpretaci textu zákona morálku používají. Když soudce uplatňuje svou pravomoc, pak do hry o platnost nějakým způsobem vtahuje morální normy. Akceptujeme-li pravidlo uznání, pak totiž soudce může něco označit jako právo v závislosti na svém morálním úsudku.

Toho se chytil Ronald Dworkin, když tvrdil, že samotná povaha práva je interpretativní a tedy, že o platnosti práva rozhodují nutně naše morální standardy. Dworkin tvrdí, že výrokové věty o právu dávají smysl jedině tehdy, pokud jsou vnímány v rámci určité praxe. Tedy, pokud chce někdo interpretovat právo, musí jej už vnímat jako praxi, jejíž je sám určitým způsobem součástí. Dworkin otevřeně prohlašuje, že z „postoje soudce“ udělá paradigma své teorie.⁵⁵ Pozitivisté by s Dworkinem mohli souhlasit, že se právní teorie zakládá na hodnotách. To ostatně i jiné teorie. Už by s ním ale nesouhlasili v tom, že interpretace práva, jakožto normativní praxe je nutně normativně-hodnotící. Dworkin chce,

⁵² *Ibid.*, str. 89-96.

⁵³ *Ibid.*, především kap. VI.

⁵⁴ Srov. *ibid.*, str. 105.; DWORKIN, R. *Když se práva berou vážně*. MASOPUST, Z. (překl.). Praha, 2001. str. 41.; SOBEK, T. *Nemorální právo*. Plzeň, 2010. str. 149-151.

⁵⁵ DWORKIN, R. *Law's Empire*. London, 1986, str. 14.

abychom ignorovali rozdíl mezi tím, co je vytváření pohledu na hodnoty, které se ukazují ve společenské praxi, a mezi skutečným zaujímáním hodnotícího soudu o takových hodnotách.⁵⁶ Dworkin vlastně zcela stírá Hartovo rozlišení mezi vnějším a vnitřním hlediskem. Podle Harta lze rozlišit vnější a vnitřní hledisko při nějakém tvrzení o právu. Vnější hledisko je víceméně deskriptivní a nezahrnuje v sobě důvod k jednání. Ten je naopak obsažen ve vnitřním hledisku.⁵⁷ Pokud však Dworkin právo chápe z pozice účastníka tohoto diskurzu (vnitřní hledisko - soudce), je jasné, že chce, aby tito interpretovali právní řád v nejlepším možném světle. To znamená vždy hodnotícím způsobem a v závislosti na jejich morálce.

Jeden z čelných představitelů exkluzivního právního pozitivismu, Andrei Marmor, napadá Dworkinovu tezi, že právo je vždy nutně interpretativní povahy.⁵⁸ Jestliže má Marmor pravdu v tom, že právo není třeba vždy interpretovat, pak to znamená, že není pravda, že platnost práva je nutně závislá na jeho morální kvalitě. Alespoň tedy ne v tom smyslu, že bychom právě pomocí interpretace do práva morálku vtahovali. Právní pozitivismus tvrdí, že existuje rozdíl mezi jednoduchými (*easy case*) a složitými případy (*hard case*), který spočívá v tom, že v jednoduchých případech může být právo jednoduše pochopeno a aplikováno. To znamená, že na danou právní otázku máme jednu jasnou odpověď. Ve složitých případech je pak třeba právo interpretovat, čímž však uchopujeme původní pravidlo a vytváříme z něj interpretací vlastně pravidlo nové. Problém je, že interpretace nám tak už nedává jistotu jediné správné odpovědi. Právní nonpozitivismus toto odmítá a říká, že právo interpretujeme vždy. Právě Ronald Dworkin má za to, že na každou právní otázku existuje právě jedna právní odpověď.⁵⁹ Když máme nějaké pravidlo, které se zdá být ve své aplikaci nejasné, pak náš problém podle Dworkina vyřeší nějaké meta-pravidlo. Jenomže nejasnost se může stejně tak dobře objevit v metapravidle. Můžeme nám například vzniknout konflikt mezi pravidlem a meta-pravidlem.⁶⁰ K řešení takového problému bude Dworkin nejspíše potřebovat meta-meta-pravidlo. Tak bychom ale mohli pokračovat dále a nikam bychom se nepohnuli. Vzniká nám zde jakýsi regres a je otázkou, zdali skutečně můžeme na všechny právní případy nalézt jednu konečnou odpověď. Aby Dworkin svou interpretativní povahu práva dotáhl do konce, musí ve své teorii nakonec akceptovat fiktivního soudce jménem *Herkules*⁶¹, který má nekonečně mnoho času a nekonečně vysoký intelekt a vůbec spoustu fiktivních schopností.

⁵⁶ MARMOR, A. *Interpretation and Legal Theory*. Oxford, 2005. str. 42.

⁵⁷ HART, H. L. A. *op. cit.*, str. 78-83.

⁵⁸ MARMOR, A. *Interpretation and Legal Theory*. Oxford, 2005. kap. 7.

⁵⁹ DWORKIN, R. *Když se práva berou vážně*. MASOPUST, Z. (překl.). Praha, 2001. kap. XIII.

⁶⁰ Srov. SOBEK, T. *Nemorální právo*. Plzeň, 2010. str. 372.

⁶¹ DWORKIN, R. *Když se práva berou vážně*. MASOPUST, Z. (překl.). Praha, 2001. str. 141n.

Podívejme se nyní trochu blíže na pozitivistické pojetí interpretace. Právní pozitivismus se zavazuje držet rozdíl mezi chápáním či porozuměním právu na jedné straně a jeho pozměňováním či tvořením na straně druhé. Je to právě interpretace, která má za cíl druhou činnost, totiž pozměnit či tvořit právo. Jinými slovy právní pozitivismus nepřijímá tezi, že právo vždy interpretujeme (na rozdíl od Dworkina). S tím bezprostředně souvisí rozdíl mezi jednoduchými a složitými případy. Pokud je případ jednoduchý, dokážeme podřadit situaci pod jádro pojmu. Pokud je složitý, nacházíme se v polostínu pojmu a je třeba přistoupit k interpretaci a vytvořit nové pravidlo užití pojmu. Vezměme si například pojem „kulatý“. Je míč kulatý? Ano, odpovídá totiž jádru pojmu „kulatý“. Je fotbalový míč kulatý? Asi také ano. Je fotbalový míč z 32 panelů kulatý? A co když to bude fotbalový míč, který bude mít jenom z 20 panelů atd. Zde už se dostáváme do polostínu, a abychom mohli odpovědět, musíme náš původní pojem interpretovat. Anebo si vezměme pojem „ryba“. A ptajme se, co je ještě ryba a co už asi ne. Kapr, štika, losos, žralok, rejnok nebo i kosatka? Všechny pojmy, které používáme, jsou totiž vlastně jenom pravidla, která nám říkají, jak je máme aplikovat na svět. My je nějak používáme a svět nám je zpětně koriguje. Pojmy nejsou ostré. Ani svět totiž není ostrý a strukturovaný. To my jej pouze v zájmu přehlednosti takto strukturujeme a vytváříme si pojmy. Rozlišení mezi jádrem a polostínem pojmu, resp. mezi jádrem a jeho neurčitou částí učinil v právní filozofii právě H. L. A. Hart.⁶²

Složitost a jednoduchost, která s tím souvisí, však nesmíme chápat mylně. Jak správně poukazuje Joseph Raz, rozhodnout jednoduchý případ, například daňový, může být mnohem složitější než rozhodnout více případů složitých.⁶³ Jednoduchost případu spočívá pouze v tom, že víme, že daný případ spadá pod danou normu, a tudíž jí aplikujeme. Normu jednoduše pochopíme a následujeme.

Rozlišování mezi jednoduchými a složitými případy bývá často mylně směřováno s pozicí zvanou formalismus. Formalismus je ovšem pouze záležitostí logického odvozování pojmu a pravidel, nikoliv však už jejich aplikace na svět. Podle formalismu by soudci měli provádět čistě logické inference. Hart však s takovým ztotožněním jednoznačně nesouhlasí a je si tohoto nebezpečí vědom. Podle něj „*nám logika neříká nic o tom, jak máme utřídit konkrétní případy.*“⁶⁴ Logika nám neříká, jak aplikovat pravidla na náš svět. Je třeba si uvědomit, že Hart vlastně vychází z filozofické pozice Ludwiga Wittgensteina (*Filozofická*

⁶² Viz např. HART, H. L. A. *Positivism and the Separation of Law and Morals* (1958); In HART, H. L. A. *Essays in Jurisprudence and Philosophy*. Oxford, 1983. str. 63.

⁶³ RAZ, J. *Law, Morality, and Society: Essays in Honour of H. L. A. Hart.*; HACKER, P. M. S.; RAZ, J. (eds.). Oxford, 1977. str. 182.

⁶⁴ HART, H. L. A. *Positivism and the Separation of Law and Morals* (1958); In HART, H. L. A. *Essays in Jurisprudence and Philosophy*. Oxford, 1983. str. 67.

zkoumáním).⁶⁵ Wittgensteinovu teorii jazykových her a jeho „následování pravidla“ lze nepochybně spatřovat i v Hartově koncepci jádra a polostínu pojmu. Mohli bychom se tedy ptát, zdali následování či aplikování pravidla přeci jen nezahrnuje interpretaci. Wittgenstein ve svých *Filozofických zkoumáních* již zastává pragmatickou koncepci významu, čili význam je podle něj konstituován aplikační praxí. Původní otázka by tedy mohla znít takto: Dává smysl tvrdit, že každá aplikace pravidla musí být zprostředkována interpretací tohoto pravidla? Pravidla jsou standardně explicitní. Jejich význam nemůže být určen nějakým dalším pravidlem, ale musí být určen svou aplikací, tj. tím, jak se jich užívá. Porozumět pravidlu znamená umět určit, která jednání jsou v souladu s tímto pravidlem a která naopak ne. Takže nedává smysl říct, že někdo pravidlu rozumí, ale zatím neví, která jednání založí jeho následování. Interpretaci nepotřebujeme k tomu, abychom zjistili, zda máme určité pravidlo, kterému rozumíme, aplikovat na určitou situaci. V jednoduchých případech tedy interpretaci nepotřebujeme. Potřebujeme ji pouze k tomu, abychom nějak ošetřili hraniční případy užívání pravidla (vlastně polostín pojmu). Interpretace tedy neslouží jako střední člen mezi pravidlem a jednáním, ale mezi jedním pravidlem a pravidlem druhým. Jinými slovy mezi jednou a druhou formulací pravidla. Interpretace tedy dává smysl tam, kde je formulace právního pravidla taková, že není jisté, která jednání pod něj máme coby právně relevantní skutečnosti zařadit. Jde vlastně o výjimku z našeho běžného chápání pravidel, která mají být explicitní a jasná.⁶⁶

Jestliže tedy každé pravidlo nemusíme interpretovat, pak mají právní pozitivisté silný argument proti *nutnému* pojmovému vztahu mezi právem a morálkou, resp. závislosti právní platnosti na morálce. Stále to ale neznamená, že takový vztah zde být ani nemůže. To, že právo není vždy interpretativní, a tudíž že do něj nevtahujeme naše morální soudy, jak to chtěl Dworkin, to neznamená, že tak nečiníme alespoň někdy. Exkluzivní pozitivisté však chtějí tvrdit, že právo a morálka jsou pojmově vyloučené. Tuto silnější tezi hájí proto, že podle nich morálka nedokáže právo suplovat v jeho základní funkci, totiž v poskytování vylučujících důvodů pro naše jednání (*exclusionary reasons*).⁶⁷ To je třeba si trochu lépe vysvětlit. Podle exkluzivních pozitivistů je právo normativní systém autoritativní povahy.⁶⁸ To znamená, že je to takový normativní systém, který je důvodem našeho jednání. Takové normativní systémy autoritativní povahy jsou však i jiné systémy než právo. Právní normy jsou však oproti jiným

⁶⁵ WITTGENSTEIN, L. *Die Philosophischen Untersuchungen*. 1953.; česky: *Filozofická zkoumání*. PECHAR, J. (překl.). Praha, 1993.

⁶⁶ MARMOR, A. *Interpretation and Legal Theory*. Oxford, 2005. str. 118.

⁶⁷ Viz SOBEK, T. *Nemorální právo*. Plzeň, 2010. str. 279.

⁶⁸ RAZ, J. *Ethics in the Public Domain (Revised ed.)*. Oxford, 1995. str. 215.

normám (např. morálním či estetickým) specifické tím, že nám říkají, jak se máme chovat (*guiding reasons*) a zároveň implicitně vylučují za našeho uvažování normy jiné (*exclusionary reasons*).⁶⁹ Pro právo platí tzv. teze praktického rozdílu, která znamená, že soudce může vždycky říct: „Kdyby neplatila tato právní norma, rozhodl bych jinak.“⁷⁰ Rozdíl mezi inkluzivním a exkluzivním pozitivismem je tak spíše v tom, že exkluzivní pozitivisté důsledněji drží linii pojmové analýzy práva. Mají totiž za to, že pokud bychom připustili morálku jako důvod platnosti právních pravidel, pak by právo nenahrazovalo a nevylučovalo důvody jednání lidí, ale jenom jim říkalo, aby se sami rozhodli, co jako právo uznají a co ne. Exkluzivní pozitivisté nejsou naivní, aby si mysleli, že soudci nepoužívají morální argumenty. Mají však za to, že pokud tak činí, tak je to oprávněné pouze tehdy, pokud je k tomu právo zmocní, tedy pokud právo samo výlučně rozhodne, aby tak jednali. Platnost a závaznost jakéhokoliv možného práva potom nemůže být závislá na morální kvalitě tohoto systému. Je závislá na tom, že právo *akceptujeme* jako normativní systém, který tvrdí, že má autoritu. De facto ji má určitě. Má-li i legitimní autoritu, to nemůžeme vědět a nemusí to být pravda. Razova analýza autority⁷¹ nám však poskytuje dobrý důvod jí *akceptovat*.⁷² To znamená, že i pokud přísně vyloučíme morálku z práva, pak jeho normativita spočívá na fikcionalistické pozici akceptace.

V. Shrnutí

Viděli jsme tedy alespoň v náznacích, že v právu jsou všemožně přítomny různé fikce. To by nás mělo svým způsobem zneklidňovat, protože, jak už vyplývá z jejich samotného pojmu, jsou fikce něčím vymyšleným, vytvořeným, což je problém. Co vlastně říkají naše výroky, v nichž fikce figurují? Znamenají něco? Máme je brát vážně? Máme se na ně v životě spoléhat? A co teprve v rámci teoretického diskurzu, který by měl být přesný? Pokud chceme přistupovat k právní vědě vážně, pak ji musíme vnímat jako kontinuální podnik, při němž produkujeme určitá tvrzení, jiná revidujeme, kritizujeme, přezkoumáváme a v návaznosti na to se o ně opíráme jako o legitimní zdroje našich teoretických i praktických rozhodnutí. Tím se ale zavazujeme k tomu, že naše výroky o právu budou něco znamenat. V právu je však občas problematické zastávat nějaká pravdivá přesvědčení. Naopak vidíme, že se nám zde objevuje spousta tvrzení, která *akceptujeme*, aniž bychom byli přesvědčeni o jejich

⁶⁹ *Ibid.*, kap. 9.

⁷⁰ SOBEK, T. *Nemorální právo*. Plzeň, 2010. str. 280.

⁷¹ RAZ, J. *Authority, Law and Morality*; In *The Monist*. 1985. str. 299.

⁷² RAZ, J. *Ethics in the Public Domain (Revised ed.)*. Oxford, 1995. str. 212.

pravdivosti. Pokud ale mají naše tvrzení v rámci právního diskurzu něco znamenat, a ne být pouze pojmovou a na světě nezávislou magií, pak není na škodu reflektovat svou vlastní činnost a uvědomit si, kdy se chce v právním diskurzu něco skutečně tvrdit a kdy se jenom něco instrumentálně finguje.

Jak jsme ale viděli, samotné základy práva jsou fiktivní, a to, ať jsme pozitivisté nebo nonpozitivisté. Je proto třeba promýšlet, co může znamenat přítomnost fikcí v rámci diskurzu, který je v určitém ohledu sám založen na fikci. Z jiných oborů lidské činnosti je totiž patrné, že fikce ve fikci naprosto znehledňuje hranice mezi pravdivými a nepravdivými výroky. Proto je třeba i v rámci práva plně akceptovat pouze takové fikce, pro které najdeme dobré opodstatnění. A v tom by nám měla teorie fikcionalismu pomoci.