

# Pozitivismus vs. iusnaturalismus: Opravdu jen přeceňovaný pseudoproblém, nebo spíše úhelný kámen řešení otázky legitimity práva?

Jan Petr Kosinka\*

**Anotace:** V dnešní době se lze s čím dál větší frekvencí setkat s tvrzeními, že rozlišování mezi pozitivní a přirozenoprávní koncepcí práva není v praxi příliš přínosné. Ozývají se samozřejmě i opačné hlasy, a to i z úst špiček v oboru, jako např. profesora Alexyho, jak to připomíná Pavel Holländer. Ani autor předkládané stati nesdílí přesvědčení o nevýznamnosti rozdílů obou základních koncepcí pojetí práva. Nesdílí rovněž ani přesvědčení o postupném splývání obou základních přístupů (minimálně v teoretické oblasti). Již dříve jsem ve svém textu Metafyzické předpoklady lidských práv upozornil na jeden z aspektů vyplývajících z odlišnosti obou perspektiv pojetí práva, který spočívá v tom, že pokud jsou na nominalismu založené teorie (pozitivismus) dovedeny důsledně do svých logických závěrů, potom se pravidelně dospívá k závěru o fiktivnosti dokonce samotné normativity. Na další problematyczny aspekt spojený s pozitivistickým pojetím jsem poukazoval již ve své diplomové práci odkazem na citát Oty Weinbergera, který sankční teorii právní normy odmítá z toho důvodu, že navozuje představu člověka jako toho, kdo se adekvátně chová jen pod hrozbou represe. Třetímu podstatnému rozdílu mezi pojetím iusnaturalistickým a pozitivistickým bych se chtěl věnovat v této práci. Domnívám se, že jím je implikace představy retroaktivního normování v rámci pozitivistické perspektivy.

**Klíčová slova:** Alexy, Holländer, Kelsen, Sobek, iusnaturalismus, fikce, legitimita, nihilismus, noetika, nominalismus, normativita, pozitivismus, retroaktivita, sankční teorie norem

## Úvod: Opravdu žádný rozdíl?

V dnešní době se lze v tuzemském a částečně i zahraničním právním diskursu opakovaně, a s čím dál větší frekvencí, setkat s tvrzeními, že rozlišování mezi pozitivní a přirozenoprávní koncepcí práva není v praxi příliš přínosné či důležité,<sup>1</sup> nebo dokonce že se jedná o „přeceňovaný pseudoproblém“.<sup>2</sup> Tomáš Sobek dokonce toto tvrzení prohlašuje<sup>3</sup> za hlavní sdělení své knihy *Argumenty teorie práva*.<sup>4</sup>

Ozývají se samozřejmě i opačné hlasy,<sup>5</sup> a to i z úst špiček v oboru, jako např. profesora Alexyho, jak to připomíná Pavel Holländer,<sup>6</sup> když upozorňuje na to, že v otázce relevance morálních obsahů práva Tomáš Sobek dezinterpretuje příslušnou Alexyho tezi,<sup>7</sup> kterou

\* Bc. Mgr. Jan Petr Kosinka, doktorand na Právnické fakultě Masarykovy Univerzity. E-mail: PetrKosinka@seznam.cz.

<sup>1</sup> V českém prostředí se lze s tímto názorem setkat např. již u Oty Weinbergera, viz čtvrtá kapitola knihy WEINBERGER, O. *Filozofie, právo a morálka*. Brno: Masarykova univerzita, 1993, nebo např. POSNER, R. A. *Law and legal theory in England and America*. Oxford, 1996, s. 3, cit. dle SOBEK, Tomáš. *Nemorální právo*. Praha – Plzeň: ÚSP AV ČR – Aleš Čeněk, 2010, s. 376.

<sup>2</sup> SOBEK, T. *Nemorální právo*, pozn. č. 1252.

<sup>3</sup> *Ibidem*, s. 376.

<sup>4</sup> SOBEK, T. *Argumenty teorie práva*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2008.

<sup>5</sup> Stojí jistě za pozornost, že odlišování iusnaturalistických a pozitivistických koncepcí vychází spíše ze strany zastánců přirozenoprávní koncepce, kdežto pozitivisté mnohem častěji tendují k bagatelizaci tohoto rozlišování.

<sup>6</sup> HOLLÄNDER, P. *Pojmy v Sisyfovej krošni*. Bratislava: Kaligram, 2015, s. 70–74, pozn. 106–108 obdobně již v: HOLLÄNDER, P. *Filozofie práva*. 2. rozšířené vydání. Plzeň: Aleš Čeněk, 2012, s. 52, pozn. 117.

<sup>7</sup> „Treba Hartovi a Hoesterovi priznat, že teoreticko-právne alebo filozoficko-právne definície pojmu právo samy nemôžu zmeniť skutočnosť. Pre sudcu v nejakom štáte neprává nepredstavuje nijaký podstatný rozdiel, či sa odvolá na Harta a z morálnych

Sobek používá na podporu svého shora zmiňovaného závěru. Holländer však na výše citovaných místech podotýká, že Alexy vyslovuje uvedené tvrzení jako antitezi své pozice, která je ve skutečnosti přesně opačná, než traktuje Sobek.<sup>8</sup> Alexy přitom argumentuje jak důvody (pozitivně) právními (pozitivní zakotvenost minimální míry spravedlnosti nařizovacích aktů státu jako podmínky jejich platnosti), tak i psychologickým „efektem rizika“ pro aplikující orgán v případě aplikace „*teroristického rozsudku*“, který hovoří jasně ve prospěch nepozitivistického pojmů práva, jehož akceptace zvyšuje riziko pro osoby odpovědné za aplikaci takového rozsudku, že budou potrestány, než za předpokladu pozitivně-právního přístupu, kde připadá v úvahu prakticky jen možnost retroaktivního sankcionování. Pavel Holländer rovněž v kapitole *Rozum a dobro* svojí nejnovější monografie *Příběhy právních pojmů*<sup>9</sup> – proti všem současným popíračům přínosu přirozeného práva, nebo dokonce praktického významu rozdílu mezi přirozenoprávním a pozitivněprávním nahlížením na právo – uvádí velmi důležitou pasáž:

„[...] Alexy tvrdí, že rozlišení mezi pozitivistickými a nepozitivistickými teoriemi podstaty práva zůstane objasňující kategorií po dobu existence práva. Důvodem je dvojitá povaha práva, které má na jednu stranu povahu faktuelní a na druhé straně ideální. Vztah mezi těmito dvěma stránkami práva je [...] nejdůležitějším východiskem při objasnění jeho podstaty“ (ibidem s odkazem na Alexyho<sup>10</sup>).

Ani já nesdílím přesvědčení o nevýznamnosti rozdílů obou základních koncepcí pojetí práva.<sup>11</sup> Nesdílím rovněž ani Weinbergerovo<sup>12</sup> (a mnohých dalších autorů<sup>13</sup>) přesvědčení

---

dôvodov odoprie aplikáciu extrémne nespravodlivého zákona, alebo či tak urobí s Radbruchom a odvolaním sa na právne dôvody. V obidvoch prípadoch musí počítať s osobnými obeťami, pričom pripravenosť vziať ich na seba závisí od iných faktorov ako je definícia pojmu právo.“ ALEXY, R. *Begriff und Geltung des Rechts*. Cit. dle slovenského překladu: *Pojem a platnosť práva*. Bratislava, 2009, s. 76.

<sup>8</sup> S odvoláním na POSNER, R. A. *Law and legal theory in England and America*, s. 3: „Nemám nic proti filozofické spekulaci, ale jeden by čekal nějaké výnosy. Pro lidi, kteří se můžou věnovat i jiným společensky hodnotným věcem, má smysl si klást otázku ‚Co je právo?‘ jenom tehdy, pokud na ní něco závisí. Nicméně, na této otázce nic nezávisí. Jdu v této věci ještě dál: centrální úkol analytické jurisprudence nemá být poskytnutí nějaké odpovědi na otázku ‚Co je právo?‘, ale demonstrování toho, že vůbec nemá smysl si ji klást, protože tato otázka jenom vede ke zmatkům.“

<sup>9</sup> HOLLÄNDER, P. *Příběhy právních pojmů*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2017, s. 238.

<sup>10</sup> ALEXY, R. An Answer to Joseph Raz. In: PAVLAKOS, G. (ed.). *Law, Rights and Discourse. The Legal Philosophy of Robert Alexy*. Oxford – Portland, 2007, s. 37.

<sup>11</sup> Byť je třeba přiznat, že v pojetí různých synkretických přístupů skutečně v praxi dochází k rozostřování hranic obou základních paradigmat. Není to ale tak, že by rozdíl nebyl významný, spíše přechod mezi jednotlivými koncepty není někdy ostře ohraničen, či dochází k „vypůjčkám“ některých prvků z opozitního paradigmatu (čímž ovšem dochází k noetickým inkonzistencím). Z filozoficko-analytického pohledu však je možné tyto pozice oddělit. Pro lepší názornost i stručnost budu modelově vycházet zejména z typických představitelů pozitivismu a iusnaturalismu.

<sup>12</sup> WEINBERGER, O. *Filozofie, právo a morálka*. Brno: Masarykova univerzita, 1993.

<sup>13</sup> Zajímavý text na toto téma uveřejnil například BOGUSZAK, J. Vyústění antinomie jusnaturalismu a juspozitivismu. *Právník*. 1995, roč. 134, č. 6, s. 525–537. V této stati autor konstatuje, že jako tomu bylo po druhé světové válce, tak i počátek devadesátých let dvacátého století je ve znamení jisté renesance přirozenoprávních přístupů, dokonce konstatuje, že „v současné české právní teorii převažuje mínění, že základem práva České republiky je a má být přirozené právo“ (s. 526 cit. textu). Dále připomíná, že „jednou z podstatných otázek, které zpravidla vyplývají z justnaturalistických koncepcí, je legitimita určitého pozitivního právního řádu. Přitom nakořlík je pozitivní právo utvářeno státem, eo ipso vyvstává i otázka legitimacy státu daného typu či formy. Pro odpověď je relevantní formulována hodnota, jejíž míra dosažení [...] je kritériem pro posouzení jejich legitimacy [...] touto hodnotou je spravedlnost [...]“ (s. 527). Ke konvergenci iusnaturalismu a iuspozitivismu potom dochází díky konsenzu, „jímž jsou přirozená lidská práva vtělena do pozitivně právních úprav“, a to do té míry, do jaké iusnaturalismem chápeme požadavek prosazovat přirozená lidská práva pozitivismem postulát dodržování platného práva (s. 532). Je však třeba zdůraznit, že Jiří Boguszak zde hovoří o historicky podmíněné (tedy v zásadě náhodné) konstelaci poměru přirozeného a pozitivního práva, založené na aktuálním společenském konsenzu, nakořlík o logicky nutném vývoji vyplývajícím z povahy těchto antinomických přístupů. Zároveň však i pro popisovanou situaci počátku devadesátých let minulého století konstatuje, že „za naturalistický komponent je však nutno označit princip nezměnitelnosti [...], který však není stvrzen v platném právu převážně většiny demokratických států [...] uvedený princip je však zakotven mimo jiné v platném českém ústavním právu“ (s. 533). Stejně tak

o postupném splývání obou základních přístupů.<sup>14</sup> Tedy alespoň co se týká teoretické oblasti, respektive základního filozofického náhledu. V praxi samozřejmě ke směřování dochází (a tak tomu zřejmě bude i do budoucna), protože právní politika a praxe, jako každá politika a společenská praxe, je výsledkem určitého kompromisu mezi odlišnými přístupy, názory a postoji různých aktérů příslušného diskursu. Někteří autoři potom samozřejmě reflektují jednak tuto praxi a jednak reagují na zjevnou neudržitelnost tezí původního (čistého) pozitivismu,<sup>15</sup> přičemž samozřejmě samotný pozitivismus nelze ztožňovat pouze s normativní teorií či ryzí naukou právní.<sup>16</sup>

Na jeden z aspektů vyplývající z odlišnosti obou perspektiv pojetí práva jsem upozornil ve svém textu *Metafyzické předpoklady lidských práv*,<sup>17</sup> kde jsem uvedl, že pokud jsou na nominalismu založené (právní) teorie (pozitivismus) dovedeny důsledně do svých logických závěrů, potom se pravidelně dospívá<sup>18</sup> k závěru o fiktivnosti nejen veškeré objektivní

---

„záruka spočívající v právu občanů na odpor (či občanskou neposlušnost), pokud je zakotvena v platných úpravách, vykazuje znaky svého původu z přirozenoprávních doktrín“ (ibidem). Zatímco v otázce lidských práv došlo v uvedeném období k historickému sblížení (dnes se však již i v této oblasti začíná projevovat divergentní vývoj v důsledku pozitivistického prosazování „nových lidských práv“ např. v oblasti reprodukce, identity a sexuality), v otázce spravedlnosti „nebylo a sotva kdy bude dosaženo takového konsenzu, na jehož základě by bylo možno uzákonit nezměnitelnost platné právní úpravy [...] nelze přijmout jako argument teze o absolutní a neměnné povaze [...]“, proto se Jiří Boguszak přiklání spíše k řešení „hledat možnosti konsenzu pro legitimitu [...] toho či onoho řešení de lege ferenda bez tvrzení, že některé z nich je přirozené“ (ibidem), čímž de facto v této oblasti odmítá základní znak iusnaturalismu, který si o několik odstavců výše takto nadeřoval, a za hlavní kritérium legitimacy práva opět prohlašuje pozitivistický konsenzus politických činitelů.

- <sup>14</sup> Obdobně ani nesdílím názor, prezentovaný např. Tomášem Sobkem v knihách SOBEK, T. *Právní myšlení. Kritika moralismu*. Praha – Plzeň: ÚSP AV ČR – Aleš Čeněk, 2011, s. 213 anebo SOBEK, T. *Nemorální právo*, s. 6, že spor právního pozitivismu s právním nonpozitivismem o pojmové oddělení práva a morálky má význam pouze klasifikační.
- <sup>15</sup> Mnozí pozitivisticky orientovaní autoři (např. právě zmiňovaný Weinberger, viz WEINBERGER, O. *Filozofie, právo a morálka*. Brno: Masarykova univerzita, 1993) akceptují psychologické, sociologické či institucionální, případně i morální determinanty práva. Neaktuálnější např. z pozitivismu vycházející autor Pavel Maršálek kritizuje základní tezi normativismu (jakožto klasického zástupce pozitivismu) o oddělení normativity a fakticity (vyplývající Humovy teze o nemožnosti odvozovat povinnost z bytí), kdy dokonce vyslovuje tezi „o antropologických, sociálních a morálních konstantách, které ovlivňují, resp. do značné míry předurčují podobu práva a jeho realizaci“, viz MARŠÁLEK, P. *Příběh moderního práva*. Praha: Auditorium, 2018, s. 66–68. Bez nároku na úplnost a přesné rozhraní potom mezi antropologické konstanty řadí zranitelnost a nesoběstačnost člověka, jeho společenskost, racionalitu a svobodnou vůli, přibližnou rovnost lidí a altruismus. Mezi sociální konstanty potřebu řádu, organizace, ale i svobody, spravedlnosti a jistoty ve společenských vztazích. K morálním konstantám řadí humanitární orientaci morálky a mravní autonomii lidí. Přestože popírá absolutnost vlivu těchto konstant či charakter metafyzické nutnosti (snad s výjimkou u „některých biologických daností člověka“), upozorňuje na to, že zákonodárce k nim musí přihlížet, protože ve hře je efektivita a účelnost práva [...], „a v krajním případě by mohlo zcela postrádat rysy práva“. Tato pozice je samozřejmě značně vzdálena klasické normativní teorii či ryzí nauce právní s jejich tezí o libovolném obsahu práva, viz např. KELSEN, H. *Všeobecná teorie norem*. Brno – Wien: Masarykova univerzita – MANZ-Verlag, 2000, s. 19: „Normy stanovené lidskými volnými akty, mají ve vlastním volním významu libovolný charakter“, je rovněž značně vzdálena i celému Humovy, respektive Kantovu axiomu o oddělené dualitě měti a bytí.
- <sup>16</sup> Viz WEINBERGER, O. *Teorie spravedlnosti, demokracie a právní politika*. *Právník*. 1995, roč. 134, č. 6, s. 517. Zde Ota Weinberger za hlavní znaky právního pozitivismu obecně pokládá zásadu nonkognitivismu a oddělení práva od morálnosti, přičemž upozorňuje, že tato kritéria splňují i jiné právní teorie, jako např. právní realismus, Luhmanův systémový přístup, Hartovo učení a neoinstitutionalismus MacCormicka a samotného Weinberga. Za klíčové považují Weinbergerovo konstatování, že: „Právní pozitivista [...] popírá možnost získat [...] kognitivní metodou zásady správného práva [...] bez zaujetí (volních) stanovisek.“ (WEINBERGER, O. *Filozofie, právo a morálka*, s. 69). Podobně i Tomáš Sobek definuje rozdíl mezi právem pozitivním a přirozeným na základě toho, že „právo pozitivní je platné pouze na základě své formy, zatímco přirozené právo je platné na základě svého racionálního a morálního obsahu“, viz SOBEK, T. *Nemorální právo*, s. 238, přičemž zastává názor, že „každá normativita (dle Tomáše Sobka i ta iusnaturalistická) ve svých základech stojí na nonkognitivistickém postoji akceptace, a ne na kognitivním postoji přesvědčení, že něco je pravda.“ (ibidem, s. 5). Otázce non/kognitivismu jsem se věnoval ve svém textu KOSINKA, J. P. *Nebezpečí totalitarismu universalistických koncepcí*. *Právník*. 2019, roč. 158, č. 3, s. 284–289.
- <sup>17</sup> KOSINKA, J. P. *Metafyzické předpoklady lidských práv*. In: VEČERA, M. – HAPLA, M. (eds.) *Weyrov dny právní teorie. Sborník z konference* [online]. Brno: PrF MU, 2016 s. 118–144 [cit. 25. 2. 2017]. Dostupné z: <<https://www.law.muni.cz/sborniky/weyr/weyr2016.pdf>>, zejména s. 125 an. nebo též KOSINKA, J. P. *Metafyzické předpoklady lidských práv*. *Právní prostor*. [online]. 22. 2. 2017 [cit. 25. 2. 2017]. Dostupné z: <<http://www.pravniprostor.cz/clanky/ostatni-pravo/metafyzicke-predpoklady-existence-lidskych-prav>>.
- <sup>18</sup> SOBEK, T. *Nemorální právo*, s. 376.

metafyziky,<sup>19</sup> ale i např. lidských práv, či dokonce normativity samotné.<sup>20</sup> Naopak racionálně založené metafyzické zdůvodnění se jeví jako jediné, které konzistentně odůvodňuje nejen lidská práva<sup>21</sup>, nýbrž i reálnost samotné normativity, a tedy i objektivní základ legitimacy práva. Z tohoto pohledu se přínosem mimořádně důsledného Kelsenova přístupu k normativitě jeví to, že (zřejmě neúmyslně) umožnil poodhalit určitou podstatnou vlastnost normativity, která spočívá v tom, že pokud by byla myšlena na nominalistickém (kam spadá i normativismus) základě, pak skutečně nakonec nebude ničím více než fikcí.<sup>22</sup> U takové normativity by však jen stěží bylo možno hovořit o nějaké reálné legitimitě.<sup>23</sup>

Na další aspekt implikovaný pozitivistickým pojetím (na rozdíl od iusnaturalistického) jsem poukazoval již ve své diplomové práci, kde jsem napsal,<sup>24</sup> s odkazem na citát Oty Weinbergera, že sankční teorie právní normy je nejen logicky vadná a metodologicky nevhodná, nýbrž je i výrazem pesimistického pohledu na člověka, na společnost a na mravnost.<sup>25</sup> Weinberger odmítá sankční teorii nejen pro logické a metodologické obtíže, ale i proto, že stojí na nesprávných sociologických (antropologických) základech<sup>26</sup> – totiž že člověka primárně chápe jako toho, kdo se adekvátně chová jen pod hrozbou represe. Dlužno ovšem dodat, že ačkoliv Ota Weinberger kritizuje Kelsenovu teorii norem jako antropologicky pesimistickou, protože do popředí vystupuje moc v pozici argumentu *ultima ratio* závaznosti normy,<sup>27</sup> sám ovšem tím, že akceptuje stejný (nominalistický) základní pohled na ontologickou povahu hodnot, norem a účelů, se dostává (typicky nominalisticky) do vnitřního rozporu. Jestliže totiž hodnoty, normy a účely nejsou podřízeny nějakému nadřazenému pravidlu a v zásadě mohou být volně stanoveny,<sup>28</sup> pak o jejich konkrétním výběru v posledku rozhodne opět pouze aktuální moc, která však v jeho pojetí navíc působí prostřednictvím sociálních institucí.

<sup>19</sup> Ta je zcela vytržena z působnosti rozumu a odkázána do oblasti (subjektivní) víry.

<sup>20</sup> Ibidem.

<sup>21</sup> ALEXY, R. Menschenrechte ohne Metaphysik? *Deutsche Zeitschrift für Philosophie*. 2004, č. 52, s. 15–24.

<sup>22</sup> Ontologická povaha *Grundnorm*.

<sup>23</sup> Zásadní konsekvenci tohoto přístupu je ovšem to, že tam, kde není reálná legitimita, zbývá opět pouhá moc, v podobě manipulace nebo násilí, která jediná se jeví být reálnou. To je mimochodem rovněž pravidelný závěr, který vysvítá z nominalistických analýz normativity. Krásně to vystupuje na povrch u Tomáše Sobka i na jiném místě (SOBEK, T. *Právní myšlení. Kritika moralismu*, s. 212–213), kde zcela vážně uvádí, že rozdíl mezi iusnaturalistickým a pozitivistickým přístupem k řešení zločinů totalitarismu je pouze argumentační (rétorický). S notnou dávkou cynismu potom dodává, že pozitivistické řešení připouštějící retroaktivitu (v trestním právu!) je upřímnější.

<sup>24</sup> KOSINKA, J. P. *Právo a morálka jako sociální kapitál*. Diplomová práce [online]. Brno: PrF MU, 2009 [cit. 25. 2. 2017]. Dostupné z elektronického archívu závěrečných prací MU: <[http://is.muni.cz/th/76879/pravf\\_m/](http://is.muni.cz/th/76879/pravf_m/)>, s. 13.

<sup>25</sup> In: BOHÁČKOVÁ, R. *Základy konstrukce Kelsenovy ryzí nauky právní*. Brno: PrF MU, 1995, s. 142.

<sup>26</sup> Tímto argumentem ovšem Weinberger překračuje metodologické hranice, které si ryzí nauka právní (a potažmo brněnská normativní nauka) sama vytýčila, když odmítla vlivy a metody jiných vědních oborů.

<sup>27</sup> Je třeba podtrhnout, že tento charakter právních norem vyplývá již ze samotných kantovských základů této teorie: Kant totiž považoval vnější vynutitelnost, na rozdíl od vnitřní závaznosti, za esenciální vlastnost práva. Tomismus tuto otázku řeší přesně protikladně, tedy esenciální vlastností práva je jeho vnitřní závaznost (vynutitelnost působením mravní povinnosti), nikoliv však vnější vynutitelnost, která je jen její vnější ochranou, viz GRETT, J. *Základy aristotelsko-tomistické filozofie*. Praha: Krystal OP, 2009, s. 555. Mám za to, že problematičnost kantovského pojetí právní normy se stává jasně patrnou zejména v některých extrémních případech uplatnění práva mimo asistenci státní moci (např. nutná obrana, krajní nouze, svémoc).

<sup>28</sup> Weinberger sice připouští, že: „Právní pozitivista vůbec nevylučuje možnost, že lidská bytost a společnost mohou být takového druhu, že určité normativní obsahy nebudou pro ně nikdy přijatelné. Pokud by však měly existovat takovéto antropologické meze pro možné obsahy práva, nemůžeme je poznat, protože nikdy nevíme, zda to, co zažíváme v určité společenské situaci jako něco, co nezbytně má být, je objektivně nutně nezávislé na subjektivních a kulturně historicky podmíněných postojích.“ (WEINBERGER, O. *Filozofie, právo a morálka*, s. 70). Zde nejde o to, že v konkrétním případě můžeme mít pochybnost (s ohledem na naši nedokonalost poznání), zda ta či ona norma je změnitelná, nýbrž jedná se o tvrzení s nárokem obecné platnosti, že nikdy nemůžeme vědět, zda se jedná o nezměnitelnou či změnitelnou normu, respektive princip. Takové tvrzení je sebevyvracející se, respektive je konzistentně slučitelné pouze s nihilismem.

Nyní bych se chtěl zaměřit na další, tedy již třetí, podstatný rozdíl vyplývající ze zmíněných dvou základních právněteoretických perspektiv, který nemůže nemít vliv na legitimitu práva. Tím je rozdílné vnímání časové posloupnosti mezi konáním právem regulovaného jednání a vznikem právního pravidla. V následující části úvahy bych chtěl předestřít myšlenku, že dalším benefitem iusnaturalistického pojetí oproti pozitivněprávnímu pohledu na právo je schopnost čelit námitce retroaktivity stanovování právních pravidel a z ní vyplývajícimu zpochybnění legitimacy takového normování. Zdá se totiž, že oním dalším problematickým bodem typické pozitivněprávní koncepce s ohledem na legitimitu práva je skutečnost, že v jejím rámci dochází k implikaci představy o retroaktivní tvorbě právních pravidel.

## 1. Otázka retroaktivity: Iusnaturalistická perspektiva

Když Fuller<sup>29</sup> charakterizuje jakési právní konstrukční minimum, uvádí, že hovořit o usměrňování dnešního chování prostřednictvím pravidel, která budou přijata zítra, se rovná prázdnému zvanění. Výjimečně se sice k přijímání retroaktivních právních norem v praxi sahá, nicméně pokud se tak děje, má to vždy účel propektivní. Hlavním důvodem proti užití retroaktivních norem je ten fakt, že pokud dispozice právních norem obsahují skutečnosti, které se již udály v minulosti, jejich adresáti nemohou tomuto adekvátně přizpůsobit své jednání a naplnění takových norem tedy nezávisí na jejich vůli. V těchto případech potom nemůže právo naplňovat svůj základní účel, to znamená regulovat chování svých adresátů. Proto jsou v některých oblastech práva takovéto normy zcela vyloučeny (alespoň v civilizovaném světě).

Pro pořádek ještě před tím, než přistoupíme ke zkoumání zvolené problematiky v rámci pozitivněprávní perspektivy, se stručně podívejme na to, jak je to s řešenou otázkou retroaktivity v případě iusnaturalismu: Klasická tomistická teze říká, že v zásadě existují čtyři ontologicky odlišné druhy norem, které jsou však v hierarchickém vztahu vzájemně závislosti. Zjednodušené (moderní) přirozenoprávní teorie (které často operují s empirickou argumentací, viz von Wrightovo dělení zmiňované Holländerem<sup>30</sup>) si obvykle vystačí pouze se dvěma kategoriemi norem (a zároveň s úzkou vazbou morálky a práva), přičemž přirozené právo vyplývá z vnitřní povahy věcí samých. Ať tak či onak, je pro obě pojetí společné, že přirozené normy, jak z časového hlediska svým vznikem, tak ontologickou superioritou, předcházejí pravidlům pozitivním. Pro samotné pozitivně právní normy v přirozenoprávní koncepci potom může platit vše, jako je tomu pro ně v perspektivě pozitivněprávní. Nicméně základní rozdíl v pojetí pozitivních norem v obou konkurenčních perspektivách vyplývá z toho, že pouze v přirozenoprávním systému není pozitivní právo vyjádřením obsahu celého práva, jakož i z toho, že přirozené právo platí ze své povahy apriorně, a tedy vždy již v okamžiku, kdy dochází k právem regulovanému chování bez ohledu na (ne)existenci jeho vyjádření v konkrétní pozitivněprávní normě.<sup>31</sup>

<sup>29</sup> FULLER, L. L. *Morálka práva*. Praha: OIKOYMENH, 1998.

<sup>30</sup> HOLLÄNDER, P. *Filozofie práva*. 2. rozšířené vydání. Plzeň: Aleš Čeněk, 2012, s. 149.

<sup>31</sup> Recenzentem mi bylo logicky namítáno, že přehlížím, že i v pozitivistické perspektivě konkrétním pravidlům předcházejí principy, které jsou apriorně součástí práva, a tudíž dochází k retroaktivnímu stanovování pouze konkrétních pravidel, avšak nikoliv celého práva, což nakonec odpovídá situaci v koncepci iusnaturalistické. Ačkoliv akceptuji tuto připomínku v tom smyslu, že skutečně významně zmírňuje retroaktivní deficit pozitivismu oproti iusnaturalismu, domnívám se, že nikoliv beze zbytku: Na počátku – při první aplikaci konkrétního principu – vždy musel proběhnout retroaktivní akt stanovování jeho konkrétního obsahu, aniž by bylo možné provést rekurz k jeho apriornímu předobrazu, jako je tomu v iusnaturalismu.

V důsledku toho – i za předpokladu případného přijetí závěru o stanovování pozitivního pravidla *ex post* (viz níže) – není právo aplikující orgán odkázán pouze na retroaktivní aplikování pozitivněprávních pravidel na předchozí chování, protože při pozitivněprávní (tvorbě) konkrétních právních pravidel (aplikaci) lze vždy odkázat k přirozenoprávním pravidlům (principům), které jsou i z hlediska jednání subjektu apriorní.<sup>32</sup> Dokonce lze říci, že apriorně existuje ideální<sup>33</sup> řešení daného případu už v okamžiku aktu právem regulovaného chování.<sup>34</sup> Pozitivní právo a jeho aplikace pak už je pouze otázkou míry, do jaké je schopno tento ideál poznat a naplnit.<sup>35</sup> Nicméně v žádném případě nelze hovořit o retroaktivitě samotného práva,<sup>36</sup> maximálně lze napadnout pozitivní zákon či jeho aplikaci jako vadné, či vadně nalezené/stanovené nebo aplikované, nikoliv však retroaktivní (minimálně z hlediska práva jako celku<sup>37</sup>). Naopak se však zdá, že bez existence

<sup>32</sup> Tento fakt je vlastně jen přeformulováním, respektive zobecněním Alexyho teze ve prospěch přirozeného práva v případě „teroristického“ rozsudku, viz výše. Samozřejmě požadavky právní jistoty a zákazu užívání retroaktivního sankcionování v sobě zahrnují i požadavek dostatečné zřejmosti takového apriorního přirozenoprávního pravidla, a proto je třeba trvat na tom, že užití přímého vyvození pozitivních norem z přirozeného práva je přijatelné jen v jasných případech (pozitivně formulováno) nebo případech extrémní nespravedlnosti (negativně formulováno).

<sup>33</sup> Samozřejmě v universalistickém konceptu. Byť se otázce možné plurality neredukovatelných dober v axiologické oblasti ve smyslu známého postulátu Isaiaha Berlina (viz BERLIN, I. *Čtyři eseje o svobodě*. Praha: PROSTOR, 1999) a jeho slučitelnosti s ontologickým universalismem nemohu zde hlouběji věnovat, mohu k tématu nabídnout několik stručných myšlenek: 1) Není zřejmé náhodou, že pojetí o jediném správném řešení konkrétního případu drží představitel tendující k přirozenoprávnímu nazírání na právo (DWORKIN, R. M. *Když se práva berou vážně*. Praha: OIKOYMENH, 2001, s. 344 an.) a 2) je otázkou, zda skutečně existuje nutná vazba mezi kognitivismem, universalismem a axiologickým monismem (jak se zdá, naznačuje to např. prof. Holländer, viz HOLLÄNDER, P. *Filozofie práva*, s. 44–48). Spolu s aristoteliky se mi jako nejpravděpodobnější jeví představa axiologického kvazipluralismu (pluralismus na úrovni jednotlivých jsoucen harmonicky odkazujících na nejvyšší dobro) slučitelného s noetickým umírněným kognitivismem a ontologickým metafyzickým realismem. Případně lze uvažovat ve smyslu tomistického o „slabém“ nebo též formálním universalismu, vyplývajícím z toho, že ve skutečnosti přesně neznáme esenci univerzálního dobra a usuzujeme na jeho obsah analogicky a odvozeně z jednotlivých hodnot, které považujeme za dobra. Formálně však lze velmi těžko důsledně uvažovat, aniž bychom předpokládali jednotici kategorií dobra, která univerzální pluralitní dobra harmonizuje. Tedy v klasickém aristotelském pojetí je v každém poznání partikulárního dobra implicitně obsaženo i poznání pravdy jakožto univerzálního dobra. Nebo též: Bez alespoň rámcové představy univerzálního dobra bychom těžko mohli rozhodnout, zda určité partikulární dobro je skutečně dobrem ve vlastním slova smyslu. S takovouto celostní představou o dobru ve skutečnosti implicitně nutně pracuje i zastánce pluralitního modelu. Souvisejícím axiologickým otázkám jsem se podrobněji věnoval v KOSINKA, J. P. *Nebezpečí totalitarismu universalistických koncepcí*, s. 289 an.

<sup>34</sup> Lze mít za to, že předpokladem naplnění požadavku vyhnout se retroaktivnímu nebo arbitrárnímu normování je perspektiva existence ideálního a právě jen jednoho řešení konkrétního případu. Tento monismus *in concreto* je však docela dobeře slučitelný v materiálním slova smyslu s axiologickou pluralitou *in abstracto* (mimo jednotlivý daný případ). Tato pluralita *in abstracto* spolu s deficitem našeho poznání potom zpětně vysvětluje rozdílné právní názory v konkrétním případě, nicméně všechny takto odlišující se názory vycházejí z představ o ideálním řešení případu, které v různé míře participují a nutně musejí čerpat svoji legitimitu z uvedené participace, respektive vztahování se k ideálnímu řešení. V tomto smyslu i názor založený na axiologickém pluralismu je systémem, který tenduje k monismu, projevující se minimálně tím způsobem, že vytváří určitá pravidla poměrování a vyvažování různých nehierarchických dober (ve smyslu abstraktních hodnot). Pozice axiologického pluralismu, spočívající v tvrzení, že mohou existovat dva vzájemně neslučitelné, nebo dokonce nesouměřitelné přístupy založené na odlišných, vzájemně neredukovatelných a stejně legitimních dobrech, jejichž vzájemné vztahy dále nepřevádíme na společného vyššího jmenovatele, z jehož perspektivy oba pohledy nahlédneme a mezi dotčenými dobry poměříme, znamená v konečném důsledku tvrdit, že rozdíl mezi spravedlností a nespravedlností je věci nahodilosti, zda moje axiologická východiska (jinak stejně legitimní jako ta s nimi rozporná) budou v konkrétním případě totožná s těmi, ze kterých bude vycházet soudce, jemuž bude přidělena v budoucnu moje případná kauza. A pokud dojde k neshodě (soudce bude vycházet z odlišné, avšak stejně legitimní hodnoty než subjekt práva), je to prostě jen „smůla“ nebo nepřízeň fortuny [...] znamená to likvidaci řádu spravedlnosti a dobra.

<sup>35</sup> Zároveň z výše uvedeného neodělitelného vztahu mezi pozitivní a ideální stránkou práva vyplývá, že každé pozitivní právo musí v nějaké míře (v podstatných znacích) participovat na svém ideálním předobrazu, jinak přestává být právem. Problémem ovšem může být přesná identifikace těchto podstatných znaků, a zejména jejich hranic, *in concreto*.

<sup>36</sup> Srovnej: ALEXY, R. *Pojem a platnost práva*. Bratislava: Kaligram, 2009, s. 76: „Ak je miera nepravdnosti takýchto noriem taká extrémna, preto aj taká evidentná, že ju každý zreteľne rozpozna [již v okamžiku páchání – pozn. J. P. K.], potom nemôže byť ani reči o nejakom skrytom retroaktívnom účinku.“

<sup>37</sup> Může být samozřejmě diskutabilní, zda v případě absence pozitivněprávní regulace je legitimní ukládat právním subjektům povinnosti pouze s odkazem na přirozené právo. Je však rovněž nepochybné, že minimálně v některých krajních případech

(a explicitního uznání) těchto apriorních (ideálních) norem (principů) se nelze normativní retroaktivitě vyhnout.

## 2. Pozitivistická perspektiva: Retroaktivní aplikace práva

Podívejme se proto na alternativní přístup pozitivistů. Přestože otázka retroaktivity pozitivněprávní regulace není v odborné literatuře zcela nepochybně přijímána, přikláním se k výše řečené hypotéze o nevyhnutelnosti retroaktivního normování v rámci pozitivistického přístupu, přičemž vycházím při své úvaze z těchto tří předpokladů: Za prvé z toho, že právní pravidla vyvozovaná z textů pozitivních právních norem mají v teorii pozitivismu neostře obrysy,<sup>38</sup> nelze tedy předem přesně rozlišit okruh všech situací, v nichž se aplikovat budou, a situací opačných. Nebo též je možno říci, že právní pravidla nejsou obsažena bezesbýtku v liteře samotného právního předpisu tak, že by bylo možno předpis bez dalšího přiložit na daný skutkový stav, nýbrž fakticky právní pravidla vznikají až jako důsledek interpretace příslušného pramene práva, tedy konkrétní podoba právního pravidla závisí na interpretaci psaného či nepsaného pramene práva. Bez patřičného hermeneutického zpracování je konkrétní právní pravidlo nejisté. Této problematice se podrobně věnuje H. L. A. Hart v proslavené práci *Pojem práva*.<sup>39</sup> Pojednává o ní např. i Pavel Holländer ve své *Filozofii práva*.<sup>40</sup>

Za druhé vycházím z toho, že v konkrétním případě provedení interpretace příslušným subjektem je závislé nejen na jeho rozumových schopnostech a obeznámenosti s materií objektivního práva, nýbrž i na jeho hodnotových a morálních předpokladech a východiscích. Odborně se tento zdroj vstupních informací pro aplikující orgán označuje jako předporozumění, které vnáší do metody výkladu, označované jako hermeneutický kruh, další proměnnou. Tyto informace, z nichž se skládá předporozumění, ovšem nejsou co do zahrnutých prvků taxativně vymezeny a značně se u jednotlivých autorů (i subjektů ve fázi realizace) v praxi liší (viz práce Lukáše Hloucha *Teorie a realita právní interpretace*<sup>41</sup> a rovněž myšlenka z knihy *Pravda a metoda* od Gadamera,<sup>42</sup> která postuluje zásadní roli interpreta – záleží na subjektu a jeho předporozumění, které však není interpretu k dispozici – *zajatec předporozumění*). Význam osoby interpreta pro samotný výklad a apli-

---

toto lze (např. Norimberský proces). A rovněž je zřejmé, že pokud takové případy by mohly vyvolávat pochybnosti o legitimitě takovéto aplikace, potom námitky nevyplývají ani tak z temporálních okolností vzniku a působení právních pravidel, jako spíše z (ne)dostatečné jasnosti a zřejmosti jejich antecedentní formulace v konkrétním případě, a tedy legitimacy požadavku jejich zachování po jejich adresátech (s ohledem na zásadu právní jistoty), a proto jsou použitelná (je legitimní je vynucovat – s ohledem na princip právní jistoty) jen v extrémních a morálně jasných případech.

<sup>38</sup> HART, H. L. A. *Pojem práva*. Praha: Prostor, 2004, s. 133–139, též DWORKIN, R. M. *Když se práva berou vážně*, s. 43 an.

<sup>39</sup> HART, H. L. A. *Pojem práva*. Praha: Prostor, 2004.

<sup>40</sup> HOLLÄNDER, P. *Filozofie práva*, s. 296–310. K důvodům toho jevu řadí, viz s. 297, důvody noetické či nemožnost apriorně myšlenkově uchopit svět v jeho úplnosti (v statickém i dynamickém, tj. vývojovém rozměru), důvody sdělnosti, tedy nutnosti použít jako komunikačního prostředku přirozeného jazyka, respektive jeho modifikace, pro nějž je příznačná určitá míra sémantické a syntaktické nepřesnosti, za třetí důvody obecnosti právní regulace jako definičního znaku práva (a s tím spojenou neurčitost při překonávání obloku mezi obecnou normativní úpravou a konkrétními parametry případu, na nějž je aplikována) a za čtvrté rozdíl mezi strukturou právního předpisu a strukturou právní normy, jenž lze překlenout pouze z předporozumění vycházející myšlenkovou aktivitou interpreta. Tento jev je dáván do souvislosti s tzv. dekonstrukcí práva, kdy za empirický indikátor tohoto procesu je pokládán tzv. *ouverturing*, tedy změna konstantní judikatury. Obdobně i dle Harta je soudcovská normotvorba způsobena důvody noetickými, jazykovými a obecností práva – *Concept of law*, pozn. 21, s. 129 an. In: HOLLÄNDER, P. *Filozofie práva*, s. 297.

<sup>41</sup> HLOUCH, L. *Teorie a realita právní interpretace*. Disertační práce. Brno: PrF MU. Rovněž HOLLÄNDER, P. *Filozofie práva*, s. 310–317.

<sup>42</sup> GADAMER, H.-G. *Pravda a metoda*. Praha: Triáda, 2010.

kaci právní normy je dnes v odborné právnické diskusi široce přijímán, proto nepovažují za nutné tuto tezi dále dokazovat.

Třetí předpoklad vychází z toho, že pozitivisté vesměs tvrdí, že neexistuje předem dané ideální vyřešení každého konkrétního případu,<sup>43</sup> k němuž se orgán aplikující právo v rámci nalézání práva při aplikaci přibližuje.<sup>44</sup> Pokud by všechny tři výše uvedené předpoklady byly pravdivé, pak by ve skutečnosti aplikující orgán na základě textu právní normy, ale též na základě vlastního porozumění i předporozumění tomuto textu, fakticky právo tvořil v okamžiku jeho aplikace,<sup>45</sup> přičemž by se tak z hlediska jednání adresáta právní regulace dělo nutně retroaktivně. Tato vlastnost pozitivně právní koncepce fungování práva ve společnosti jasně vysvítá z debaty mezi Dworkinem a Hartem<sup>46</sup> pro oblast *common law*, domnívám se však, že je logickým důsledkem pozitivněprávní představy o právu jako takové. Proto Jan Bednář ve své velmi zajímavé diplomové práci konstatuje,<sup>47</sup> že rozhodnutí, jehož předmětem je nějaký obtížný případ, zakládá, mění a ruší práva a povinnosti na základě uvážení soudce retroaktivně.<sup>48</sup> Takový závěr je pro Dworkina nepřijatelný a nelze se divit, neboť retroaktivní vznik, změna nebo zánik práv či povinností popírá základní principy *rule of law*. Bednář k tomu ještě podotýká, že přesunem do oblasti kontinentální právní kultury se popsaného problému snadno nezbavíme. I pokud nebudeme soudní rozhodnutí jakkoli považovat za formální pramen práva, postulát rovnosti před zákonem, jenž může mít i vlastní ústavněprávní opodstatnění, požaduje rozhodování druhově stejných případů stejně. Proto se ptá, jak je možné takový požadavek naplnit, bude-li soud o právech a povinnostech rozhodovat retroaktivně. Já bych k tomu

<sup>43</sup> Nejde tu o to, že v praxi dochází v konkrétním případě k empiricky prokazatelné „teoretické neshodě“ o tom, jaké je ideální (nejspíše nalezené) řešení daného případu (zejména v tzv. *hard case*), nýbrž o tvrzení, že takové ideální řešení ve skutečnosti (alespoň v některých případech) z principu neexistuje, či ani existovat nemůže (samozřejmě pro empirika je tato distinkce těžko uchopitelná). „Dostatečně“ zdůvodněný nesouhlas či „rozumná“ neshoda se staly celkem frekventovanými pojmy právní teorie (viz např. SOBEK, T. *Právní myšlení. Kritika moralismu*, s. 221 an. a tam uváděné zdroje). V mírně odlišném kontextu je tato problematika tematizována in: KÜHN, Z. *Aplikace práva ve složitých případech. Právní principy v judikatuře*. Praha: Karolinum, 2002, s. 261, s tam uvedenými odkazy na primární zdroje: Pro MacCormicka je to reziduální oblast „čistě praktické neshody“, Kelsen tvrdí, že: „všechny metody interpretace [...] vedou pouze k možnému, nikoliv nutnému závěru.“ Díky převažujícímu vlivu pozitivismu v dnešní právní teorii je toto stanovisko i obecně převažující pozicí v relativisticky orientované právní vědě, byť někdy je potlačováno postulátem (domnělé) fikce jediného správného řešení, vyplývající ze zákazu arbitrarности soudního rozhodování, ke které se musí dospět právně relevantní argumentací. Zdeněk Kühn tento postoj nazývá „optimistický nonkognitivismus“ – KÜHN, Z. *Aplikace práva ve složitých případech. Právní principy v judikatuře*, s. 375. Tomáš Sobek samozřejmě logicky správně označuje takové přístupy za fikcionismus.

<sup>44</sup> HOLLÄNDER uvádí, že: „V právní teorii převažuje názor odmítající Dworkinovu představu o metodologické dosažitelnosti jediného správného řešení právního případu (předpokládající i jedinou správnou interpretaci relevantního práva)“, HOLLÄNDER, P. *Filozofie práva*, s. 312 s odkazem na DWORKIN, R. *Taking Rights Seriously*, pozn. 3, s. 348 an.

<sup>45</sup> Což ovšem celkem nepokrytě hlásá určitý proud tzv. realistické jurisprudence, téměř ztotožňující právo s rozhodovací činností soudů, viz např. SOBEK, T. *Nemorální právo*, s. 164 an.

<sup>46</sup> DWORKIN, R. M. *Když se práva berou vážně*. Praha: OIKOYMENH, 2001, s. 43 an. (na s. 53 je to vyjádřeno explicitně) a HART, H. L. A. *Pojem práva*. Praha: Prostor, 2004, zejména s. 129–156, nebo též BEDNÁŘ, J. *Princip proporcionality: teoretické opodstatnění a praktické použití*. Diplomová práce [online]. Brno: PrF MU, 2011, s. 26. [cit. 25. 2. 2018]. Dostupné z elektronického archívu: <[https://www.academia.edu/35700914/Princip\\_proporcionality](https://www.academia.edu/35700914/Princip_proporcionality)>.

<sup>47</sup> „Právní pravidla vyvozovaná z textů právních norem mají v teorii pozitivismu neostré obrysy, nelze tedy předem přesně rozlišit okruh všech situací, k rozhodnutí právní otázky použita právní pravidla, a situací opačných. Hart v této souvislosti hovoří o otevřené textuře pravidel. Soubor všech pravidel identifikovatelných pravidlem uznání však dle pozitivismu představuje úplný obsah pojmu práva v objektivním smyslu. Tyto představy jsou důvodem, proč se následně hovoří o obtížných případech, které dle pozitivistů nelze rozhodnout aplikací práva, nýbrž je nutno uplatnit diskreci. Pozice pozitivistů pak dle Dworkina spočívá v tom, že při uplatnění této diskrece nejsou k rozhodnutí právní otázky použita právní pravidla, nýbrž pravidla nějakého jiného druhu a – přinejmenším v právní kultuře *common law* – je jejich použitím vytvářeno nové právo“, viz BEDNÁŘ, J. *Princip proporcionality: teoretické opodstatnění a praktické použití*, s. 26. S odkazem na DWORKIN, R. M. *Když se práva berou vážně*, s. 43.

<sup>48</sup> BEDNÁŘ, J. *Princip proporcionality: teoretické opodstatnění a praktické použití*, s. 26 s odkazem na DWORKIN, R. M. *Když se práva berou vážně*, s. 53.



ještě dodal: Retroaktivně a na základě svého individuálně utvářeného předporozumění, a to dokonce snad ještě v kontextu neredukovatelné axiologické plurality.

Zatímco anglosaský pozitivismus implikuje retroaktivní působení práva přímo, vykazuje kontinentální pozitivismus určité odlišnosti. Lze zde pozorovat větší smysl pro deduktivní myšlení oproti anglickému induktivismu, a proto větší smysl pro ontologii a abstraktní principy.<sup>49</sup> Avšak se zdá, že i přes kritický postoj<sup>50</sup> k tomuto pojetí jej alespoň částečně akceptuje i největší ze zástupců kontinentálního pozitivismu, totiž Hans Kelsen, který – například když cituje Johna Ch. Graye – rozlišuje plnou a neúplnou platnost práva, přičemž úplnou platnost přiznává pouze právu, které je individualizováno soudcem. Kelsen vytváří dvousložkové pojetí práva, kdy platnost individuálního pravidla je podmíněna platností základní normy. V případě mezer práva připouští možnost soudcovské normotvorby pouze v případě, že je toto oprávnění předpokládáno základní normou (*Grundnorm*).<sup>51</sup> Až potud je tato pozice hájitelná, protože obecnost základní normy v podstatě z hlediska saturace deficitu legitimacy *ex post* vytvářených pravidel může plnit podobnou roli (po formální stránce) jako přirozené právo pro právo pozitivní.<sup>52</sup> Nicméně problematický bod podle mého mínění vstupuje do celé problematiky s Kelsenem akceptovaným relativismem hodnotových a spravedlnostních představ.<sup>53</sup> Za tohoto předpokladu by ovšem *Grundnorm* legitimizovala stanovení jak pravidla p, tak i pravidla –p současně, čímž by však jakýkoliv legitimizační potenciál reálně ztrácela. V důsledku toho ovšem opět dochází k rekurzu do původní situace, že konkrétní individuální právní norma fakticky vzniká *ex post* z hlediska jednání subjektu, a to na základě předem ne zcela (zejména pokud se jedná o tzv. *hard case*) předvídatelných (totiž náhodných) okolností konkrétního subjektivního spravedlnostního a hodnotového nastavení příslušného soudce. Jestliže však platí takovýto vztah mezi vznikem právního pravidla a jednáním subjektu, lze těžko takovou normu považovat za legitimní. Kelsen si je samozřejmě tohoto nebezpečí vědom, a proto svoji tezi doplňuje požadavkem (v jeho pojetí „politicko-právním“, nikoliv však vyplývajícím z povahy norem samotných) na blíže neurčenou „pravděpodobnost soudcovského rozhodnutí, aby bylo možné chování podle toho zařídit“.<sup>54</sup> I přes to ovšem zůstává otázkou, proč by měl někdo být zavázán pouze pravděpodobnou normou (respektive budoucím právním pravidlem, které bude mít pouze pravděpodobně určitý obsah), když ze samé povahy pravděpodobnosti vyplývá,<sup>55</sup> že jeho skutečný obsah může být ve skutečnosti i jiný. A pokud se jisté (být třeba minoritní) procento adresátů normy

<sup>49</sup> To zřejmě souvisí mimo jiné (jako např. s historickou kontinuitou vývoje práva) i s mírou vlivu tzv. nominalistické revoluce na utváření jednotlivých systémů práva, respektive její absence – ve střední Evropě pod vlivem tomismu a ve Francii určitých reminiscencí platonského myšlení za Velké francouzské revoluce, viz STANISZKIS, J. *O moci a bezmoci*. Brno: CDK, 2009, s. 48 a 43, respektive obecně řečeno mírou vlivu myšlení utvářeného pod vlivem katolicismu.

<sup>50</sup> KELSEN, H. *Všeobecná teorie norem*, pozn. 43, s. 316.

<sup>51</sup> *Ibidem*, s. 446, pozn. 165. Odhlédneme nyní jednak od neujasněnosti ontologické povahy *Grundnorm*, jejíž reálnou existenci Kelsen v souladu se svým pozitivismem popírá, z čehož např. Sobek logicky dovozuje, že se jedná o fikci, viz SOBEK, T. *Nemorální právo*, s. 376, a jednak od určitého deficitu *Grundnorm* oproti přirozenému zákonu, vyplývající z její abstraktnosti, a tudíž obsahové neurčitosti (viz níže).

<sup>52</sup> Byť již zde na počátku s určitým deficitem vyplývajícím z toho faktu, že *Grundnorm* je na rozdíl od přirozeného práva pouze formální normou bez konkretizovaného materiálního obsahu, kdežto přirozený zákon a z něho vyplývající přirozené právo má vždy jak formální, tak i materiální stránku (být její konkrétní obsah může být z hlediska poznávajícího subjektu za určitých okolností i značně neurčitý).

<sup>53</sup> KELSEN, H. *Všeobecná teorie norem*, s. 446, pozn. 165.

<sup>54</sup> *Ibidem*, s. 239.

<sup>55</sup> Pokud by se jednalo o stoprocentní pravděpodobnost, již by to nebyla pravděpodobnost, nýbrž jistota. Tu ovšem Kelsen nepožaduje a s ohledem na povahu své relativistické perspektivy ani požadovat nemůže.

rozhodne řídit se minoritně pravděpodobnou budoucí formulací právního pravidla, proč by za to měly být tyto subjekty *ex post* postihovány? Respektive jaká je legitimita takové sankce? Problém tedy spatřuji v tom, že ačkoliv se Hans Kelsen snaží držet tradiční kontinentální pojetí práva, které je teoreticky tvořeno (alespoň primárně) zákonodárcem, pozitivistická perspektiva jej opakovaně nutí zastávat stanoviska, která ve svých důsledcích směřují k *ex post actum* stanovování pravidel chování. Zdá se proto, že závěr v tom smyslu, že veškeré právo je vlastně právem vytvořeným soudci, je nutnou implikací důsledně pozitivistického pojetí práva jako takového.<sup>56</sup>

Pokud by výše uvedené předpoklady byly pravdivé, nemohla by takováto aplikace právních pravidel v konkrétním případě nemít vliv na jejich samotnou legitimitu, neboť takováto pravidla by potom spíše vypovídala o obeznamenosti orgánu aplikujícího právo s textem právních norem, o jeho hodnotových východiscích a morálních zásadách a volním směřování než o tom, jak by se měl adresát práva sám chovat. Pokud by právní pravidla byla tvořena skutečně retroaktivně, takové právo by bylo nelegitimní (minimálně v „obtížných“<sup>57</sup> případech), protože nikdo se zdravým rozumem se nemůže cítit být vázán pravidly v zásadě subjektivně konstruovanými orgánem aplikujícím právo, navíc ještě *ex post actum* z hlediska jednajícího adresáta. Takové právo by ale pravděpodobně bylo navíc i dysfunkční, protože by bylo z hlediska adresáta neurčité nebo až nepředvídatelné.

Positivismus tím ovšem mimoděk opět implikuje představu vztahu adresáta práva a právního řádu, která se dostává do rozporu s Fullerem postulovaným předpokladem člověka jako odpovědného (předpokladem toho je svoboda subjektu<sup>58</sup>) činitele, který je schopen porozumět pravidlům, dodržovat je a odpovídat za chyby. V případě retroaktivního stanovování pravidel<sup>59</sup> by však o předběžném poznávání pravidel ani jejich zodpovědném dodržování (minimálně v obtížných případech) nemohlo být vůbec řeči.

Z výše uvedeného vyplývají dva podstatné závěry: Jednak to, že je třeba si otevřeně položit otázku, či chceme držet pojetí, respektive zda jsme přesvědčeni o schopnosti člověka být svobodnou a odpovědnou bytostí, nebo akceptujeme opačný závěr, který se s pozitivistickým pojetím práva srovnává mnohem lépe. Ve hře tedy vůbec není málo. Není to málo, pokud ovšem za „*pseudoproblém*“ neprohlásíme i otázku, zda člověk ze své podstaty je schopen být odpovědným činitelem a má kapacitu porozumět pravidlům a perspektivně se jimi řídit. Není třeba asi příliš rozvádět, že současná věda pod vlivem (pozitivisticky orientované) sociologie v této věci rovněž nemá jasno.<sup>60</sup> V takovém případě

<sup>56</sup> Je tak prolamována základní přirozenoprávní teze, že *právo a spravedlnost nejsou zákonodárci k dispozici*, viz HOLLÄNDER, P. *Příběhy právních pojmů*, s. 139.

<sup>57</sup> Které to však jsou? I to může být sporné či obtížně rozhodnutelné.

<sup>58</sup> Je zřejmé pravidlem nominalistického diskursu, že cestou absolutizace některých výchozích předpokladů postupně dospěje až k jejich úplnému popření. Tak jako nominalisté Ockhamem počínaje stavěli na absolutizaci Boží svobody (nevázané rozumem) a transcendentnosti, aby již za Hobbese se byli schopni zcela obejít bez Boha, tak liberálové absolutizaci svobody (ve smyslu svobody nevázané rozumem či přirozeností) celkem pravidelně dospívají k determinismu, a tedy k popření svobody člověka. Tento vývoj je celkem spolehlivě dokumentovatelný například i na myšlenkově na sebe navazující dvojici autorů Isaiah Berlin (absolutizace svobody – viz shora citované dílo) a John N. Gray (popření svobody – viz k tomu např. GRAY, J. N. *The Soul of the Marionette: A Short Inquiry to the Human Freedom*. London: Penguin Books, 2016). Jiným příkladem takového sebezpopírajícího (nominalistického) vývoje je původní (19. a 20. století) liberální adorace pokroku, která se nyní mění v jeho úplnou negaci tím, že byly popřeny jeho předpoklady (viz KRASNODEBSKI, Z. *Zánik myšlenky pokroku*. Červený Kostelec: Pavel Mervart, 2006).

<sup>59</sup> Joseph Raz to píše zcela otevřeně (viz RAZ, J. *On the Nature of Law. Archives for Philosophy of Law and Social Philosophy*. 1996, roč. 1996, č. 82, s. 23): „*Výběr správné interpretace je aktem autoritativního výkladu, jehož efektem je tvorba práva.*“ V obdobném smyslu i další pozitivisté, zejména z tzv. školy právního realismu (Oliver Wendell Holmes apod.).

<sup>60</sup> Např. se zdá, že Ota Weinberger navzdory kritice Kelsena ve smyslu antropologické neadekvátnosti a humanistického pesimismu jeho sankční teorie norem sám přitakává sociálnímu determinismu člověka, viz WEINBERGER, O. *Norma a instituce*. Brno: PrF MU, 1995, s. 139.

bychom však měli zcela redefinovat pojetí práva (i morálky), které stále<sup>61</sup> implicitně lidskou svobodu a schopnost odpovědnosti předpokládají. Nemyslím si ovšem, že by případná změna v naznačeném směru byla jakkoliv přínosná.

Pokud ovšem se přikloníme na stranu tradičního antropologického pojetí, pak je vhodné si uvědomit, že pozitivistické koncepce v důsledku své neadekvátnosti vlastně implicitně upírají či zpochybňují takovou kapacitu člověka a tendují k degradaci lidství a redukci člověka na pouhý objekt systému práva. To je hlavní důvod, proč v opozici k pozitivistům i např. Fuller (který rozhodně nepatří mezi iusnaturalisty v plném smyslu slova<sup>62</sup>) znovu dovozuje závazek zákonodárce vůči občanovi tvořit právo určitým způsobem. Taková argumentace vychází z analýzy účelového určení práva jako společenského fenoménu.<sup>63</sup> Jak uvádí, právo – jako cílevědomá činnost podřizující lidské jednání pravidlům – má interaktivní charakter, z čehož vyplývá i určitá povinnost normotvůrce vůči občanům, totiž povinnost zachovávat inherentní kvalitu normotvorby. To ovšem nelze hájit z pozice hodnotově relativistického pozitivismu.<sup>64</sup>

Druhý závěr, který lze z výše řečeného dovodit, je tento: Pokud dospějeme k závěru o neadekvátnosti (ve vztahu k požadavku legitimacy normování, tedy k nepoužívání retroaktivity) pozitivistického pojetí tvorby právních pravidel, které spočívá na předpokladu platnosti tří výše postulovaných premis (a pouze těchto tří), lze mít za to, že alespoň jedna z těchto presumpcí implikuje tuto neadekvátnost, a musí tudíž být rovněž s požadavky legitimacy a s ní souvisejícím požadavkem zákazu retroaktivity nekompatibilní. Je přitom jednoznačně zjevné, že platnost prvního předpokladu nelze rozumně zpochybnit, protože bez interpretace není aplikace práva. Rovněž druhé v pořadí uváděné východisko se jeví jako těžko zpochybnitelné, byť nikoliv tak zjevně. Jeho evidentnost je však patrná zejména v nejistých, obtížných nebo sporných případech. V situacích zdánlivě jednoznačných by mohl potenciální oponent namítnout, že nezáleží na hodnotovém a volním zázemí orgánu aplikujícího právo. Mám za to, že tomu tak zcela není.<sup>65</sup> Neboť ve většině běžných případů na hodnotovém zázemí orgánu nezáleží jen zdánlivě, protože ve skutečnosti většinou dochází na základě akceptace obecné kultury k průnikům, respektive identifikaci, základních postojů právo aplikujícího orgánu s hodnotami a předpoklady zákonodárce, a proto se nějaký zjevný rozpor nemůže projevit. To ovšem neznamená, že hodnotová kritéria toho, kdo právo aplikuje, nejsou ve hře a jejich dílčí nuance zcela subjektivně nemodifikují konkrétně aplikovaná právní pravidla. Dokonce bych si dovolil říct, že zajištění úplné totožnosti pozitivních normativních vůlí subjektů normotvorby a aplikace práva je velmi málo pravděpodobné.

Oba dva výše zmiňované předpoklady jsou (alespoň v tzv. obtížných případech) pravdivé, přitom však v jejich důsledku nutně vstupuje do rozhodování (formulování konkrétní normy) subjektivní prvek, který způsobuje, že konkrétní norma je v pozitivněprávním

<sup>61</sup> Proč ovšem? Pouze z jakési historické setrvačnosti, nebo to má i nějaké další, totiž ontologické, důvody?

<sup>62</sup> Někdy je označován za příslušníka nového pojetí nebo též nonpozitivismu, který však je značně odlišný, i přes určité shody, od klasického iusnaturalismu, viz např. SOBEK, T. *Nemorální právo*, s. 254.

<sup>63</sup> Účelové určení práva bude v dalším výkladu velmi významný pojem. Tento pojem pozitivismus zcela postrádá.

<sup>64</sup> Je samozřejmě diskutabilní jak úzce, respektive široce příslušné nerelativizovatelné prvky vymezíme, např. zda je omezíme – jako Fuller – pouze na formální stránku normotvorby, či je vztáhneme i na stránku obsahovou a – pokud ano – jak konkrétně ji vymezíme. Zde je samozřejmě široké pole pro rozvoj poznávání a tříbení názorů.

<sup>65</sup> Respektive mohlo by to platit pouze v naprosto jasných případech, kde soudce aplikuje příslušnou normu, případně i navzdory svému vnitřnímu přesvědčení, nicméně i při takové aplikaci vstupuje do hry jeho subjektivní předporozumění, které se pravděpodobně alespoň v určitých nuancích projeví (být lze zřejmě připustit, že je myslitelný jednoduchý případ, kde by to nehrálo roli nebo jen zcela zanedbatelnou.)

smyslu stanovena až *ex post actum* jednání adresáta normy. Jestliže však tyto dvě premisy nelze z právního rozhodování smysluplně eliminovat a zároveň spolu s třetím předpokladem – o neexistenci jediného ideálního řešení – směřují k pojetí práva jako retroaktivního stanovování (výběru) konkrétního pravidla z více v úvahu připadajících možností, přičemž současně máme zachovat požadavek zákazu retroaktivního normování, potom zbývá už pouze poslední možnost, jak toho dosáhnout, totiž zpochybnit pravdivost tvrzení o neexistenci apriorního ideálního řešení konkrétního případu. Samozřejmě jsem si vědom, že tato zpochybnovaná posledně uváděná premisa je přímou konsekvencí non-kognitivisticky definované filozofie, tedy prakticky převládajícího mínění ve všech společenskovědních oborech současnosti a takřkajíc zlatého telete relativismu.<sup>66</sup> Nicméně navzdory tomu jsem přesvědčen, že jedině antiteze tohoto posledního bodu (tedy že existuje v principu alespoň do určité míry poznatelné ideální řešení pro každý konkrétní případ<sup>67</sup>) udržuje vazbu intencionální totožnosti mezi původní vůlí zákonodárce<sup>68</sup> a subjektu aplikujícího právo,<sup>69</sup> a to bez ohledu na v praxi nesnadnou exaktní verifikovatelnost a deskripci takového příkazu, a tudíž i bez ohledu na to, že konkrétní subjekty si jej a jeho přesného obsahu nemusí být explicitně či dopodrobna vědomy. Pokud ovšem přijmeme tento závěr, právo se pak v praxi jeví otázkou míry dosahování tohoto ideálu, jak dovozuje již vícekrát citovaný Fuller, když vyvrací Dworkinovu tezi, že právo buď je, nebo ne.<sup>70</sup> Tento ideál nám rovněž zpětně poskytuje potřebné kritérium pro stanovení míry extrémní nespravedlnosti ve smyslu Radbruchovy formule.

Nejedná se totiž o plané slovíčkaření, pokud si klademe otázku, zda soudce právo tvoří, či jej nalézá. V prvním případě problematičnost není dána jenom s ohledem na legitimitu takového práva z hlediska práv a povinností subjektů práva a legitimacy takových mocenských *ex post* zásahů do jejich jednání, nýbrž i z hlediska samotné legitimacy politického systému jako celku s ohledem na ústavně postulovanou dělbu moci. To se nejmarkantněji projevuje v případech tzv. *outroupaní* soudního rozhodnutí, kterým se mění předchozí ustálená judikatura soudů v dané věci. I v takovýchto případech se implicitně předpokládá, že práva a povinnosti existovaly, nebo k porušení práva či povinnosti došlo, v době právně významného jednání, nikoliv až v době soudního rozhodnutí, čili předpokládá se, že příslušné právní pravidlo existovalo v době, kdy vlastně ještě pozitivněprávní pravidlo nebylo zformulováno, ba naopak zformulováno bylo pozitivní pravidlo, které se později ukázalo jako (již, nebo alespoň pouze pro daný případ) neplatné. Pavel Holländer v souvislosti s nárůstem *outroupaní* v kontextu pozitivistického chápání práva s jeho možnými retroaktivními implikacemi zmiňuje Kafkův *Zámek*, kterým bloudí Dworkinův soudce Hercules.<sup>71</sup> Domnívám se, že tak jako v Kafkově románu je odcizení důsledkem vytvoření

<sup>66</sup> Což je mimochodem vysvětlením (nebo alespoň plausibilní hypotézou) toho, proč se od novověku nedaří stabilizovat poslední odůvodnění lidských práv, potažmo legitimacy práva, respektive státu, jak o tom píšou Alexy nebo Böckenförde ve svých pracích a jak to konstatuje např. Holländer, viz HOLLÄNDER, P. *Vážně jsme již všichni pozitivisté*. In: PŘIBÁŇ, J. – HOLLÄNDER, P. et. al. *Právo a dobro v ústavní demokracii. Polemické a kritické úvahy*. Praha: SLON, 2011, s. 40 nebo HOLLÄNDER, P. *Soumrak moderního státu*, s. 9–11 a 15–16.

<sup>67</sup> To ovšem neznamená, že v praktické rovině nemohou existovat dvě odlišné formy zcela rovnocenné právní úpravy (např. jízda po pozemních komunikacích vpravo a vlevo). V konkrétním případě je však správné a spravedlivé jezdit pouze vlevo, nebo vpravo, dle konkrétních okolností případu (spravedlnost zahrnuje i zachování pozitivního práva, pokud se nejedná o exces; právní jistota je nepochybně jedním z rozměrů požadavků spravedlnosti i v přirozenoprávním nahlížení na právo).

<sup>68</sup> Pokud se pohybujeme na poli přirozeného práva, je možné hovořit i o „ideálu“.

<sup>69</sup> Jejichž vztah je možné chápat jako poměr abstraktního ke konkrétnímu, respektive konkretizaci abstraktní normy.

<sup>70</sup> FULLER, L. L. *Morálka práva*, s. 202 an.

<sup>71</sup> HOLLÄNDER, P. *Filozofie práva*, s. 310.

si od reality odtrženého, fiktivního světa, tak i v tomto případě odtržení se od realistické filozofie a vybudování si umělých, na nominalismu založených konstrukcí pozitivismu vede k absurdním konsekvencím.<sup>72</sup>

### Závěr: Dvě principiálně neslučitelné perspektivy

Bohužel i Ota Weinberger (obdobně i Tomáš Sobek a další) je dokladem toho, že prakticky nelze stát mimo jeden ze základních systémů právního myšlení nebo nad nimi. Neutrální území nebylo dosud nalezeno a mám dobré důvody se domnívat, že ve skutečnosti neexistuje a ani existovat nemůže.<sup>73</sup> Překonání rozporů mezi pozitivismem a iusnaturalismem ve Weinbergerově duchu prakticky znamená likvidaci přirozeného práva. Rozpor totiž ve skutečnosti leží mnohem hlouběji, než připouští Weinbergerova analýza,<sup>74</sup> totiž minimálně ve třech dichotomických a navzájem se vylučujících předpokladech obou přístupů:

- a) nonkognitivismus (agnosticismus) x alespoň principiální kognitivismus (byť v praxi třeba i do značné míry limitovaný);
- b) relativismus (či neredukovatelný pluralismus nejvyšších hodnot, posledních cílů, účelů) x universalismus;
- c) materialismus (empirismus) x idealismus (racionalismus).

Pavel Holländer tato dilemata v oblasti práva spojuje<sup>75</sup> s dvěma rozdílnými představami o deonticky ideálním světě, který je buď humovskými pluralitní, nebo tomisticky univernální. Odpověď na tuto dichotomii potom předznamenává i zodpovězení tzv. Jorgensenova dilematu, které má konsekvence nejen logické a noetické, nýbrž i ontologické a axiologické.<sup>76</sup>

Akceptace či odmítnutí představy reálné existence ideálního řádu věcí, který je alespoň v principu poznatelný lidským rozumem<sup>77</sup> a je základem všeho dalšího normování a jenž všem pozitivním normám zaručuje či odnímá legitimitu, pak tvoří skutečné nepř-

<sup>72</sup> Pozornému kritikovi jistě neuniklo, že začínám příslušnou pasáží svojí argumentace zkoumáním vztahu mezi postulátem zákazu retroaktivity a požadavkem legitimacy práva a uzavírám tvrzením o nepravdivosti jednoho z předpokladů, na nichž stojí pozitivistická představa tvorby právních pravidel, a tedy i celé pozitivistické koncepce. Jinými slovy: jakoby přeskakují distinkci mezi tím, že na počátku zjišťuji, že za výše uvedených třech předpokladů nelze udržet zákaz retroaktivity normování, a závěrem, ve kterém tvrdím, že pluralistický koncept neexistuje, respektive je chybný [...]. V podstatě je v této myšlenkové operaci skryt zamlčený předpoklad, že svět je stvořen rozumně a v zásadě je našimi intuicemi postihován správně. Za tohoto předpokladu platí, že jestliže premisy vedou k absurdním závěrům, jsou chybné. Samozřejmě by bylo ještě možné – logicky vzato – uvažovat o variantě, že ve skutečnosti žádná legitimita neexistuje a právo se skutečně tvoří retroaktivně. Za takového předpokladu by potom bylo možné udržet pluralistický model jako existenčně možný. Otázkou ovšem je, zda by bylo možné udržet právo jako právo, tedy alespoň tak, jak jej běžně chápeme. Nepochybně by to totiž znamenalo, že naše základní intuice o právu, spravedlnosti, legitimitě atp. jsou radikálně mylné [...] se všemi důsledky z tohoto závěru vyplývajícími. Dovolil jsem si proto provést dedukci ještě o jeden stupeň výše, tedy, že pokud připustíme, že legitimita a její požadavek není jen fikce či konvence, ale má svůj objektivní základ v realitě, potom je možné dovést, že předpoklad, který ji vylučuje, není ani pravdivý [...]. Pokud by tato operace byla na některého čtenáře příliš, mohu zůstat i pouze jen u závěru, že pluralita ideálních řešení konkrétního případu není slučitelná s požadavky zákazu retroaktivity a legitimacy práva. A je nyní na oponentovi zastávajícím pluralitní model, aby prokázal, že se bez těchto dvou základních hodnot práva obejdeme. Z jiného úhlu pohledu je tato diskuse vlastně jen potvrzením závěru prof. Smithe, který cituji v samém závěru tohoto textu.

<sup>73</sup> I u tzv. „vstřícných pozitivistů“ se vždy jedná o pozitivistické nahlížení na přirozené právo.

<sup>74</sup> WEINBERGER, O. *Filozofie, právo a morálka*, s. 63 an.

<sup>75</sup> HOLLÄNDER, P. *Filozofie práva*. 2. rozšířené vydání. Plzeň: Aleš Čeněk, 2012, s. 44, 46, 48.

<sup>76</sup> Viz moje pozn. č. 25.

<sup>77</sup> Srovnej, ALEXY, R. *Pojem a platnosť práva*, s. 77: „pričom sa zároveň zreteľne demonštrovalo, že vyvrátenie celého radu námie- tok závisí od toho, či je možné racionálne zdôvodniť aspoň niektoré minimálne morálne požiadavky“.

kročitelné rozlišující kritérium mezi oběma základními systémy. Jádro celého sporu se proto zřejmě skrývá v řešení metafyzické a antropologické problematiky objektivního určení lidského „telos“, respektive objektivního „telos“ všech jsoucen. Zde se zdá, že je splývání obou protichůdných pozic pojmově vyloučené. Posledním sporem mezi metafyzicky založenými základy filozofie na jedné a antimetafyzickými na druhé straně je tak nakonec odpověď na následující tři otázky: Zda v základu veškerého bytí je objektivní dobro, nebo náhoda, rozumnost, nebo iracionalita a svoboda,<sup>78</sup> nebo nutnost.<sup>79</sup> Spor mezi právními metafyziky a nonkognitivisty proto odráží spor mezi realisty a nominalisty, respektive racionalisty a voluntaristy. Jde o to, zda existují inteligibilní a nám poznatelné (alespoň v principu) struktury jsoucen, které jsou z hlediska vůle normotvůrce (ať už za něho považujeme Boha, panovníka, stát, parlament atp.) objektivní a na které musí i tento normotvůrce při normotvorné činnosti brát ohled.<sup>80</sup> Tento závěr konvenuje s tvrzením profesora Smithe, který uvádí,<sup>81</sup> že v zásadě existují jen dva důsledné myšlenkové koncepty nejen práva, ale i celé morální filozofie, jejího poznávání a příslušného diskursu, tedy jak noetiky, tak i ontologie jako celku: buď realistický racionální kognitivismus, anebo nihilismus.

---

<sup>78</sup> Není vůbec náhodou, že empirici dospívají pravidelně k nějaké formě determinismu a faktickému popření lidské svobody.

<sup>79</sup> Inspirováno veřejnou promlouvou Benedikta XVI. ve Vatikánu dne 25. dubna 2011, zdroje již nelze dohledat.

<sup>80</sup> Ontologický realismus, který jako jediný umožňuje smysluplné zdůvodnění nejen normativity, a tudíž i legitimacy norem, nýbrž i svobody (oproti determinismu i tzv. iluzionismu svobody) a důstojnosti člověka, jenž se nepodřizuje slepě nějakým na fikcích založeným normám, nýbrž objektivně jsoucím řádu. Přitom i pozitivní skutečnost dosvědčuje, že základní intuice lidí tíhnou k tomu, aby se cíle, hodnocení, preference a normy poměřovaly kritérii pravdy, dobra a spravedlnosti. Pokud by totiž takovými nebyly, zastávání příslušných konkrétních cílů, hodnocení atd. by bylo otázkou pouhého utilitarismu, což je značně labilní pozice s tendencí směřující k nihilismu.

<sup>81</sup> Když cituje Johna Rista, viz SMITH, S. D. *The Disenchantment of Secular Discourse*. Cambridge – Massachusetts – London: Harvard University Press, 2010, s. 64 a RIST, J. M. *Real Ethics: Rethinking the Foundation of Morality*, 2002, s. 44.

## **Positivism vs. Iusnaturalism: Is it Really just an Overestimated Pseudo-problem, or rather a Cornerstone of a Solution to the Question of Legitimacy?**

Jan Petr Kosinka

**Abstract:** Nowadays, it is possible to encounter, with increasing frequency, allegations that the distinction between the positive and the natural law concepts is not very beneficial in practice. There are, of course, opposite voices, even from the top experts in the field, such as Professor Alexy, as Pavel Holländer reminds us. The author of the present paper does not share the belief that differences between the two basic concepts of law are not important. He also does not share conviction of the gradual blending of both basic approaches (at least in the theoretical field). In my text *The Metaphysical Assumptions of Human Rights*, I have already highlighted one of the aspects arising from the difference between the two perspectives of the concept of law, which is that if theories based on nominalistic concept (positivism) are consistently drawn into their logical conclusions, they regularly lead to the conclusion about the fictitiousness even of normativism itself. I have already pointed out another problematic aspect connected with the positivist concept in my diploma thesis by referring to Ota Weinberger's quotation, which rejects the sanctioning theory of the legal norm on the grounds that it introduces the concept of a person who is adequately behaving only under the threat of repression. The third major difference between the concept of natural law and the positivistic one will be offered in this work. I am convinced that it is the implication of the idea of retroactive making of law within the positivist perspective.

**Key words:** Alexy, Holländer, Kelsen, Sobek, iusnaturalism, fiction, legitimacy, nihilism, noetics, nominalism, normativism, positivism, retroactivity, sanction theory of norms