

Přirozenoprávní omyl podle Hanse Kelsena

Ivo Cerman*

Abstrakt: Studie rekonstruuje Kelsenovo pojetí chybného argumentačního postupu známého jako „přirozenoprávní omyl“ (naturrechtlicher Trugschluss). Kelsenův „přirozenoprávní omyl“ vystihuje jinou myšlenku, než „is/ought fallacy“. Kelsen tím chápal argumentační postup, kdy jsou právní normy odvozovány z norem domněle vzniklých bez lidské vůle (Sollen/Sollen Trugschluss, ought/ought fallacy). Naše studie ukazuje, že tento omyl však nebyl rysem věčného jusnaturalismu, jenž by vedl odvěký zápas s pozitivismem, ani rysem raněnovověkého přirozeného práva, nýbrž účelovou argumentací uplatňovanou příležitostně právníky 20. století bez vztahu k předchozí tradici.

Klíčová slova: přirozené právo, právní pozitivismus, is/ought fallacy, Hans Kelsen, Samuel Pufendorf, Emil Brunner, Carl Bergbohm, Moritz Schlick, Henri Poincaré

Úvod

Tematika vzájemného konfliktu přirozeného a pozitivního práva se těší pozornosti českých právních vědců již od pádu totalitního režimu, o čemž svědčí i stránky časopisu *Právník*¹ a monografie Pavla Holländera,² Tomáše Sobka³ a Michala Šejvly.⁴ Přinejmenším od dob, kdy se Hans Kelsen snažil nově založit pozitivní právní vědu tím, že ji očistí od přirozenoprávní argumentace, je toto téma důležité i pro identitu pozitivní právní vědy. V otázce, v čem má spočívat onen přirozenoprávní omyl, kterého je třeba se vyvarovat, se však často vyskytují nejasnosti.

Většinou se má za to, že jde o tzv. *is/ought fallacy* (nebo *Sein/Sollen Fehlschluss*), který je většinou spojen s formulací Humova zákona.⁵ Ten nám říká, že nelze odvozovat hodnotící závěry z faktických premis. Přihlédneme-li k Humově původní formulaci,⁶ můžeme říct, že mezeru mezi faktem a normou nelze překonat „logickým“ odvozením. K přirozenoprávnímu omylu pak dojde tehdy, pokud někdo normy odvozuje od faktů.

Přečteme-li si však Kelsenova vyzrálá díla z roku 1928 pozorně, zjistíme, že přirozenoprávní omyl tehdy formuloval jinak. Chápal tím odvozování právních norem z přirozenoprávních norem, přičemž za přirozenoprávní normy považoval takové, které nevycházejí z lidské vůle. Jedná se vlastně o *Sollen/Sollen Fehlschluss* (*ought/ought fallacy*). Přirozeno-

* Doc. PhDr. et Dr. phil. Ivo Cerman, Ph.D., Filozofická fakulta Jihočeské univerzity v Českých Budějovicích. E-mail: ivo.cerman@email.cz.

1 WEINBERGER, Ota. Teorie spravedlnosti, demokracie a právní politika. *Právník*. 1995, roč. 134, č. 1, s. 514–524; BOGUSZAK, Jiří. Vyústění antinomie jusnaturalismu a pozitivismu. *Právník*. 1995, roč. 134, č. 1, s. 525–537; HOLLÄNDER, Pavel. Pozitivismus versus jusnaturalismus: nekončící příběh (pokus o strukturování problému). *Právník*. 1997, roč. 136, č. 3, s. 201–220; SOBEK, Tomáš. Království práva na zemi. *Právník*. 2013, roč. 152, č. 11, s. 1084–1112; KRÍŽ, Jakub. Variace na přirozenoprávní téma. *Právník*. 2016, roč. 155, č. 9, s. 774–784.

2 HOLLÄNDER, Pavel. *Filosofie práva*. 2. vydání. Plzeň: Aleš Čeněk, 2012, s. 19–52.

3 SOBEK, Tomáš. *Argumenty teorie práva*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2008, s. 68–72, 250–256; SOBEK, Tomáš. *Právní myšlení*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2011; SOBEK, Tomáš. *Právní rozum a morální cit. Hodnotové základy právního myšlení*. Praha: Ústav státu a práva, 2016.

4 ŠEJVL, Michal. *Lidská práva jako subjektivní práva. Teoretické a historické aspekty*. Praha: Ústav státu a práva, 2017.

5 Pro tento argumentační postup se v anglosaské literatuře užívají také výrazy *fact-value gap*; *is/ought fallacy*; *naturalistic fallacy*; *Hume's law*. Srov. COHON, Rachel. *Hume's morality. Feeling and fabrication*. Oxford: Oxford University Press, 2008; SOBEK, Tomáš. *Argumenty teorie práva*, s. 68–72.

6 HUME, David. *A Treatise of human nature*. Oxford: Clarendon Press, 1896. III., 1., 1.

právní omyl pak nespočívá v odvozování právních norem ze skutečnosti, ale v odvozování právních norem z domnělých věčných norem, jež domněle vznikly bez lidské vůle.

V následujícím příspěvku se pokusíme tuto úvodní propozici doložit čtyřmi body. Zprvė rozborem Kelsenova chápání přirozeného práva, které se průběžně měnilo. Dle našeho názoru své osobité pojetí formuloval právě v pracích roku 1928, kdy se na tuto otázku specificky zaměřil a nebyl ještě ovlivněn anglosaským chápáním *is/ought fallacy*. Za druhé se zaměříme na srovnání argumentů raněnovověkého přirozeného práva s Kelsenovou představou o argumentaci přirozeného práva, abychom ukázali, že jsou odlišné. Vyplývá z toho, že Kelsen vzdor vlastnímu přesvědčení nepolemizoval s raněnovověkým přirozeným právem, nýbrž s „přirozenoprávními“ postupy svých současníků, které byly zcela účelové a neměly s historickým přirozeným právem nic společného. Proto se za čtvrté podíváme na otázku, jak změnil Kelsen svou formulaci po roce 1945, když čelil obviněním, že bez přirozeného práva ztratilo lidstvo kritérium pro posouzení spravedlivosti právního řádu.

1. Geneze ideálnětypického přirozeného práva

Vzdor představě, že Kelsenova polemika s přirozeným právem je v jeho díle stále stejná,⁷ procházelo jeho chápání přirozenoprávního omylu proměnami a nemělo zpočátku podobu anglosaské *is/ought fallacy*.⁸ Je to pochopitelné, protože u německých a rakouských právních pozitivistů 19. a 20. století bylo sice obvyklé odmítat raněnovověké přirozené právo jako omyl, ale zároveň bylo běžné vyčítat mu zcela jiné chyby než David Hume. Kelsen uznával od začátku, že existuje problém ve vztahu norem a skutečnosti (*Sollen/Sein*), ale nevycházel z Huma, nýbrž z Kanta. Proto od začátku vycházel z toho, že mezi normami a skutečností není přímý příčinný vztah a cílem jeho snah bylo nahlížet právní normy čistě jen v odděleném světě norem (*das Sollende*).

Také Kelsen vyčítal přirozenému právu jiný omyl než Hume. Kelsenovo rané dílo bylo motivováno snahou vyrovnat se s interpretacemi Georga Jellineka⁹ a ten ve své *Allgemeine Staatslehre*¹⁰ vyčítal přirozenému právu, že podceňovalo psychologickou podmíněnost práva a soustředilo se jednostranně na vnější donucování pravomoc (*Zwangsrecht*). Jellinek totiž zdůrazňoval, že bez dobrovolné poslušnosti právu by žádné právo nebylo možné. Jako právní normu vnímáme dle Jellineka to, co je normální a na to si postupně zvykneme (*normative Kraft des Faktischen*).¹¹ Bez této podmínky je donucovací síla státu (*Zwangsrecht*) bezmocná. Jellinek tedy rozhodně nevyčítal přirozenému právu odvozování norem z faktů (*is/ought fallacy*). Zároveň ovšem považoval za pozitivní zásluhu raněnovověkého přirozeného práva, že v Evropě pomohlo prosadit jako „normální“ základní liberální zásady a subjektivní práva a pomohlo tak odstranit absolutismus.¹²

⁷ VON DER GABLENTZ, Otto Heinrich. Bemerkungen zur Frage nach dem Naturrecht. *Politische Vierteljahrschrift*. 1962, roč. 3, č. 4, s. 327–331. K tématu srov. OPALEK, Kazimierz. Kelsens Kritik der Naturrechtslehre. *Rechtstheorie. Beiheft*. 1982, s. 71–86; PREISS, Walter. *Hans Kelsens Kritik am Naturrecht*. Bern: Peter Lang, 1993; CHIASSONI, Pierluigi. Kelsen on Natural Law Theory: An Enduring Critical Affair. *Revus*. 2014, 23, s. 135–163; LANGFORD, Peter – BRYAN, Ian – MCGARRY, John (eds). *Kelsen and the Natural Law Tradition*. Leiden: Brill, 2019.

⁸ Přehled různých formulací *is/ought fallacy* je v poslední sekci článku.

⁹ K jejich vztahu srov. KELSEN, Hans. Autobiographie (1947). In: JESTAEDT, Matthias. (ed.). *Hans Kelsen Werke. Bd. 1*. Tübingen: Mohr-Siebeck, 2007, s. 30–92, zvl. 40–42.

¹⁰ JELLINEK, Georg. *Allgemeine Staatslehre*. JELLINEK, Walter (ed.). 3. Auflage. Leipzig, 1913.

¹¹ *Ibidem*, s. 337–347.

¹² *Ibidem*, s. 345.

Kelsen se proti tomu vymezil ve svém vlastním mladickém spisu *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre* z roku 1911,¹³ kde si předsevzal odlišit právní vědu od sociologických výkladů, které aplikaci norem na skutek (subsumpci faktu pod normu) vykládají jako nutný kauzální vztah, i od přirozenoprávních argumentů, které však tehdy chápal také jen jako obdobu kauzality. Kelsen naproti tomu tvrdil, že právní normy člověk neuplatňuje na základě přírodní zákonité kauzality, nýbrž nepředvídatelně, na základě vlastního úsudku. Mezi právní normou a jejím uplatněním není vztah „*müssen*“, ale „*sollen*“ (nikoliv nezbytnost, nýbrž povinnost). Tomuto procesu aplikace norem říkal „*Zurechnung*“ (angl. *imputation*, přičítání).¹⁴ Teze o „imputaci“ právních norem se stala hlavním motivem jeho celoživotního díla. Nesmíme však zapomínat, že „imputace normy“ se vztahuje na aplikaci již existující normy k člověku poté, co již byl spáchán nějaký skutek. Netýká se vznikání právní normy, která vzniká reakcí člověka (zákonodárce) na skutečnost.

V díle *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre* již Kelsen hovoří o přirozenoprávním omylu (*Grundfehler des Naturrechts*), ale označuje tak něco zcela jiného než Jellinek. Pod Jellinekovým vlivem totiž tehdy považoval za hlavní přežitek raněnovověkého přirozeného práva veřejná subjektivní práva a domníval se tudíž, že „základní omyl přirozeného práva“ spočívá v tom, že mylně zaměnilo „*eticko-materiální obsah*“ a vnější právní formu.¹⁵ Zaměnilo formu a materiální obsah. Veřejná subjektivní práva jsou obsahem, právo formou. Dokonce lze říct, že jsou totožná se sférou osobní svobody, která stojí mimo moc právního řádu. Kelsen tím opakuje tezi o zbytečnosti subjektivních práv, která považuje za pouhý odraz (*Reflexrecht*) právního řádu, což ilustruje na příkladu krádeže.¹⁶ Právní řád může trestat krádež, což ale neznamená, že každý má subjektivní právo nebýt okraden.

Podobný názor o povaze přirozenoprávního omylu zastával ještě v *Allgemeine Staatslehre* z roku 1925.¹⁷ V pasáži o společenské smlouvě své předchozí názory posunul k obecnému tvrzení, že udržení subjektivní orientace práva vytváří v nauce přirozeného práva rozpory mezi *Sein* a *Sollen*, které se tato nauka snaží překlenout vytvářením fikcí, jako je teze o společenské smlouvě.¹⁸ K zachování fikce, že právo (norma) zavazuje lidi na základě jejich dobrovolného souhlasu, si prý teoretici přirozeného práva museli vymyslet fikci o společenské smlouvě. Zároveň prý byli nuceni předpokládat, že tato fikce je historická skutečnost, a proto se dostali do neřešitelného rozporu. Toto přemostování skutečnosti a normy subjektivním vyjádřením vůle označil za „základní omyl přirozeného práva“ (*Grundirrtum des Naturrechts*). Podobné tendence k vytváření přirozenoprávních fikcí pak sledoval i v dalších oblastech státního práva (nauka o nedělitelném státním území, nauka o lidu). Všechna tvrzení, která se v obecné nauce státního práva objevují bez opory v pozitivním právu, doporučoval odmítnout jako přirozenoprávní fikce, které sledují ideologické cíle.¹⁹

Ve skutečnosti ale ani v *Hauptprobleme*, ani v *Allgemeine Staatslehre* neuvádí ani jednoho přirozenoprávního autora, ať soudobého, či raněnovověkého, takže je těžké posoudit, co měl přirozeným právem vlastně na mysli. Vezmeme-li v úvahu, že raněnovověké

¹³ KELSEN, Hans. *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre. Entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze*. 2. Auflage. Tübingen: J. C. Mohr, 1923.

¹⁴ *Ibidem*, s. 72–84.

¹⁵ *Ibidem*, s. 567–572; KELSEN, Hans. *Allgemeine Staatslehre*. Berlin, 1925, s. 131–132, 155.

¹⁶ CERMAN, Ivo. „Všeobecná práva státních občanů“ v prosincové ústavě. *Právník*. 2017, roč. 156, č. 12, s. 1097–1108, zvl. s. 1107.

¹⁷ KELSEN, Hans. *Allgemeine Staatslehre*, s. 59–60.

¹⁸ *Ibidem*, s. 250–253.

¹⁹ *Ibidem*, s. 80.

přirozené právo nemělo na právní vědu jeho doby již žádný vliv, lze těžko pochopit, co motivovalo jeho obavy z přílišného vlivu sociologie a přirozeného práva, které formuloval v *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*.²⁰

Svou představu o přirozeném právu vyjádřil podrobněji až v několika studiích, které vyšly v roce 1928. Tyto úvahy byly podníceny přednáškou o rovnosti před zákonem, kterou na Sjezdu učitelů německého státního práva v roce 1926 proslovil Erich Kaufmann.²¹ Podle něj byla rovnost před zákonem součástí „nadpozitivního řádu“, z něhož jsou odvozeny pozitivní zákony a právem zůstávají jen potud, pokud jsou s ním v souladu. Kelsen se tehdy ozval bezprostředně v diskusi se slavným výrokiem, že za pozitivním právním řádem je jen „gorgonská hlava moci“.²² Odmítání právního pozitivismu nevede dle něj k absolutním hodnotám, ale k subjektivním metafyzickým představám. Podobné názory vedou k zpochybnění autority zákonodárce. Na to navázal v roce 1928 dvěma studiemi o přirozeném právu.²³ V těchto pracích poprvé odkazuje na Bergbohmovu analýzu *Naturrecht der Gegenwart* z roku 1892, která dokázala, že přirozenoprávních postupů se dopouštějí nechtěně i současní pozitivisté, když se pokoušejí vytvořit obecné teorie práva.²⁴ Bergbohm ve své analýze již opouští úzké pojetí přirozeného práva ve smyslu obecných teorií vytvářených s pomocí geometrické metody podle Pufendorfa či Wolffa. Místo toho redefinuje přirozené právo jako „soustavu všech nepozitivních práv a právních elementů“ („*Inbegriff aller nichtpositiver Rechte und Rechtselemente*“), jež jsou však často založeny jen na osobní fantazii, či účelové potřebě.²⁵ Za přirozené právo tedy už nepovažuje jen ucelené teorie, ale specifické argumenty, jež se účelově využívají i v obecných teoretických výkladech práva. Zejména tehdy, pokud se z nich dedukují právní normy.²⁶ Za přirozenoprávní omyl pak považuje takové odvozování právních norem z domněle věčných vyšších hodnot.

Kelsen Bergbohmovu práci zkritizoval ve studii vydané v brněnské *Revue internationale* roku 1928, protože i v Bergbohmově práci identifikoval účelové přirozenoprávní argumenty.²⁷ Nicméně Bergbohmovy závěry nám pomohou pochopit, proč se Kelsen domníval, že přirozené právo představuje stále aktuální hrozbu. Shodně s Bergbohmem věřil, že je stále běžné uplatňovat v obecných teoriích domněle věčné právní normy, jež přitom nemají oporu v pozitivním právu. Přesto se však Kelsen ve svých polemických článcích z roku 1928 nevzdal myšlenky, že tyto nekalé argumentační techniky mají něco společ-

²⁰ KELSEN, Hans. *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, s. 6–7.

²¹ KAUFMANN, Erich. Die Gleichheit vor dem Gesetz im Sinne des Art. 109 der Reichsverfassung. *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*. 1926, Heft 3. Berlin und Leipzig: Walter de Gruyter, 1927, s. 1–23. Srov. RÜTHERS, Bernd. *Entartestes Recht. Rechtslehren und Kronjuristen im Dritten Reich*. München: Deutscher Taschenbuch Verlag, 1994, s. 33–34.

²² Zveřejněn v diskusním protokolu (*Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*. 1927, Heft 3, s. 53–55). Srov. Píloha.

²³ KELSEN, Hans. Die Idee des Naturrechts. *Zeitschrift des öffentlichen Rechts*. 1927/1928, 7, s. 221–250; KELSEN, Hans. Naturrecht und positives Recht. Eine Untersuchung ihres wechselseitigen gegenseitigen Verhältnisses. *Revue internationale de théorie du droit*. 1927/1928, 2, s. 71–94; KELSEN, Hans. *Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus*. Charlottenburg: Pan-Verlag, 1928.

²⁴ BERGBOHM, Carl. *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie. Kritische Abhandlungen. Bd. 1: Das Naturrecht der Gegenwart*. Leipzig: Duncker und Humblot, 1892. Srov. KUBEŠ, Vladimír. *Dějiny myšlení o státu a právu se zvláštním zřetelem k Moravě a zvláště k Brnu. Díl 1*. Brno: Masarykova univerzita, 1995, s. 97–101.

²⁵ BERGBOHM, Carl. *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie*, s. 130.

²⁶ Metodu ideálních typů vytvořil Jellinek, rozšířil ji jeho heidelberský kolega Max Weber. Srov. JELLINEK, Georg. *Allgemeine Staatslehre*, s. 34–42; WEBER, Max. *Wirtschaft und Gesellschaft. Grundriss der verstehenden Soziologie*. Tübingen: J. C. Mohr, 1922. Srov. ANTER, Andreas. *Max Weber und die Staatsrechtslehre*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2016, s. 24–47.

²⁷ KELSEN, Hans. Naturrecht und positives Recht. In: KLECATSKY, Hans – MARCIC, René – SCHAMBECK, Herbert (eds). *Die Wiener rechtstheoretische Schule*. Stuttgart: Franz Steiner, 2010, s. 177–200, zvl. 195–196.

ného s raněnovověkým přirozeným právem a s antickou tradicí. Nadále setrval u představy, že se snaží očistit obecnou teorii právní od konkurenta, který je věčný a vyvíjel se od starověkého Řecka po osvícenství.

Kelsen si v těchto studiích z roku 1928 vykonstruoval vlastní pojetí ideálního typu²⁸ přirozenoprávního řádu, který formuloval úmyslně jako protiklad k obecným vlastnostem pozitivního právního řádu, jak je sám chápal. Za znaky přirozeného práva pak považoval zaprvé, že vychází z nadpřirozené garance (Boha, přírody, rozumu) a že takto vzniklým normám přisuzuje absolutní platnost. Jelikož Bůh je nejvyšším zdrojem, má dle něj každá nauka přirozeného práva tendenci k tomu, aby se odvolávala na Boha a změnila se v náboženskou nauku. Zadruhé přirozené právo vzniklo bez lidské vůle, což v kombinaci s vírou v absolutní platnost přirozenoprávních norem znamená, že přirozené právo podporuje absolutistické politické režimy, zatímco pozitivní právní řád, jenž uznává relativnost právních norem, vede k nastolení demokracie. Zatřetí věřil, že přirozené právo se vyjadřuje jen v obecných zákonech, které by však při své konkretizaci vyžadovaly vznik pozitivních lidmi vytvořených norem. Začtvrté věřil, že normy přirozeného práva nehrozí žádnými sankcemi (není to *Zwangsordnung*). Tato poslední vlastnost implikuje určité nerealistické pojetí člověka a jeho povahy.

Kelsen tedy převzal Bergbohmovo volnější pojetí moderního přirozeného práva jako „souhrn nepozitivních právních prvků“, které má být založeno na vyšších věčných hodnotách, jež nejsou dílem lidské vůle, nýbrž „jen tak jsou“. Ideálnětypický přirozenoprávní řád v jeho pojetí nehrozil sankcemi, jelikož jako dokonalý protiklad skutečného právního řádu, jej měli lidé dodržovat dobrovolně. V tomto ideálnětypickém případě měly normy přirozeného práva působit na lidi jednoduše v okamžiku, kdy je pochopí. Podle Kelsena splývalo přirozené právo s ideologií anarchismu, protože takto pojaté dobrovolné právo nepotřebovalo soudní aparát, ani donucovací instituce, ani stát.

Ve 30. letech 20. století se pak Kelsen věnoval rozboru přirozenoprávní nauky Platóna, avšak ne raněnovověkého přirozeného práva.²⁹ Platonova nauka jej zajímala, protože podle jeho přesvědčení bylo ideálnětypické přirozené právo založeno na normách odvozených z věčných idejí a za původce nauky o věčných idejích bývá považován Platón. Kelsen však ve svých studiích ze 30. let doložil, že Platonova nauka představuje spíše odchylku od nauky přirozeného práva, protože podle Platóna je svět skutečných idejí přístupný člověku jen ve stavu extáze (vytržení). Kelsenovy studie o Platónovi tedy neprohloubily poznání přirozenoprávní nauky, ale pomohly vyloučit Platóna z přirozenoprávní tradice.

2. Srovnání s raněnovověkým přirozeným právem

Kelsenovo „ideálnětypické“ přirozené právo se ovšem vůbec neshodovalo s tím, jak skutečně vypadalo sekulární přirozené právo ve „zlaté éře“ 17.–18. století. Sekulární přirozené právo Grotia a Pufendorfa je třeba chápat spíše jako historicky první pokus o popsání obecných vlastností práva, ne jako pokus o vytvoření konkurenta pozitivnímu právu. Vzhledem k fragmentární povaze tehdejšího platného práva jim ale nezbylo nic jiného,

²⁸ Zejména v KELSEN, Hans. *Die philosophischen Grundlagen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus*, s. 72–78.

²⁹ KELSEN, Hans. *Die platonische Gerechtigkeit. Kant-Studien*. 1933, 38, s. 91–117.

než svůj jednotný systém kombinovat z různých zdrojů a leccos i domýšlet. Byla to raná průkopnická fáze ve vývoji obecných teorií právních, která v průběhu 19. století průběžně přešla v obecné právní teorie.³⁰ Ačkoliv práce teoretiků sekulárního přirozeného práva 17.–18. století skutečně obsahovaly v preambulích i v textu pasáže, kde ujišťovali o tom, že za zdroj práva uznávají Boha, ve výkladu samotném nikdo z nich nepředstíral, že své právní interpretace čerpá z přímého kontaktu s Bohem,³¹ ani se nedovolával žádných nadpřirozených esoterických schopností. Omezovali se na to, co je přístupné lidskému rozumu a lidským smyslům.

Platí to zejména pro Samuela Pufendorfa, jehož lze považovat za skutečného zakladatele metody, zatímco Grotiovo slavné dílo *De jure belli ac pacis* sloužilo spíše za zdroj materiálu.³² Pufendorf vzdor prohlášením o božím zdroji práva zkoumal ve svém díle *De jure naturae et gentium libri octo* hranice práva jako nástroje vytvořeného člověkem. Přirozené právo vůbec „neodvozoval“ z lidské přirozenosti, jak předpokládal Kelsen, nýbrž zastával názor, že právo člověk objevuje sám, s pomocí svého rozumu. S Bohem souviselo toto nalézání práva jen tím, že člověk byl výtvořem Boha, který ho stvořil jako rozumnou bytost.³³ Pro takto objevené, člověkem poznané oblasti práva užíval název *entia moralia*.

Pufendorf při tom identifikoval řadu obecných vlastností práva, které se uznávají dodnes. Zavedl obecné označení *norma*.³⁴ Byl možná první, kdo stanovil, že v právu na rozdíl od morálky se nezavazuje člověk vůči sobě, ale vůči druhému člověku (*Sibi ipsi nemo obligatur*),³⁵ z čehož vyplývají zcela odlišné postupy práva a morálky při aplikaci normy (respektive subsumpci skutku pod normu). Jelikož člověku nepřisuzoval nadpřirozené vlastnosti, tvrdil podobně jako později Kelsen, že právní normy se aplikují na základě *imputatio/Zurechnung*, jež závisí na člověku.³⁶ Možná byl dokonce tvůrcem tohoto pojmu, který původně převzal z účetnictví. Tato snaha chápat právo jako výtvor člověka a oddělit jej od morálky neunikla pozornosti současníků, o čemž svědčí kritika ze strany luteránů Josuy Schwarze, Nicolase Beckmanna, Christiana Fossia a zejména Gottfrieda Wilhelma Leibnize, kterému vadilo, že Pufendorf chce omezit právo na to, co je smyslově zjištělné ze strany vnějšího pozorovatele.³⁷ Pufendorf šel v úsilí o odlišení práva a morál-

³⁰ SCHRÖDER, Jan – PIELEMEIER, Ines. *Naturrecht als Lehrfach an den deutschen Universitäten des 18. und 19. Jahrhunderts*. In: KLIPPEL, Diethelm – DANN, Otto (eds). *Naturrecht, Spätaufklärung, Revolution*. Hamburg: Felix Meiner, 1995, s. 255–269.

³¹ Naproti tomu luteránský teolog Philipp Melancton a anglikán Robert Sharrock tvrdili, že znalost přirozeného práva je vrozená. Katoličtí teologové Pierre Poirer a benediktin Anselm Desing tvrdili, že znalost/aplikace přirozeného práva závisí na Božím vnuknutí. Obojí odmítli i katolík Karl Anton Martini, jenž čerpal z bible jen historické příklady. Srov. LÄSSER, Gregor. *Martinis Rechtsphilosophie und das österreichische Privatrecht*. Wien: LIT, 2008, s. 47; MARTINI, Karl Anton. *De lege naturali exercitationes sex*. Wien: Joseph Kurzböck, 1776, § 106.

³² Srov. CERMAN, Ivo. Podněty přirozeného práva. In: CERMAN, Ivo (ed.). *Habsburkové 1740–1918. Vznikání občanské společnosti*. Praha, 2016, s. 69–90. Grotius uznával za zdroje přirozeného práva mravy národů a názory autorit (Písmo svaté, názory starověkých právníků a básníků, historii, římské právo, kanonické právo a do určité míry scholastiku).

³³ PUFENDORF, Samuel. *De jure naturae et gentium libri octo*. In: BÖHLING, Frank (ed.). Berlin: Akademie, 1998, I, s. 14. „*Entia moralia posse definire, quod sint modi quidam, rebus aut motibus physicis superadditi ab entibus intelligentibus*“; s. 25. „*Caeterum entia moralia uti impositioni suam debent originem*.“

³⁴ PUFENDORF, Samuel. *De jure naturae et gentium libri octo*, s. 6; THOMASIIUS, Christian. *Fundamenta iuris naturae et gentium*. Halle: Christoph Salfeld, 1705, I, 7; HEINECCIUS, Johann Gottlieb. *Elementa juris naturae*. Halle: Reinberg, 1737, I, 3.

³⁵ PUFENDORF, Samuel. *De jure naturae et gentium libri octo*, s. 6, § 7.

³⁶ PUFENDORF, Samuel. *De jure naturae et gentium libri octo*, s. 5, § 14 a I, s. 9, § 1; THOMASIIUS, *Fundamenta iuris naturae et gentium*, I, 7 § 24; BURLAMAQUI, Jean Jacques. *Principes du droit naturel*. Genève: Barrillot, 1748, Vol. I, 8, § 3, Vol. II, 10, § 1–12; MARTINI, Karl Anton. *Lehrbegriff des Natur-, Staats- und Völkerrechts*. Wien: Sonnleithner, 1783, Bd. I, § 177.

³⁷ LEIBNIZ, Gottfried Wilhelm. *Monita quaedam ad Samuelis Pufendorffii principia*. In: DUTENS, Louis (ed.). *Leibnizii Opera omnia*. Vol. IVC, pars III. Genève: Dutens, 1768, s. 275–283. K ostatním kritikům srov. KÖNIGSMANN, Nicolaus Ignaz. *Prolegomena juris*. Praha: Universitas Carlo-Ferdinandea, 1737, s. 170–174.

ky tak daleko, že popřel absolutnost rozdílu mezi dobrem a zlem a tvrdil, že skutek nelze posoudit před vznikem zákona. Teprve vznik zákona (právního řádu) umožní posoudit, zda je skutek dobrý či zlý.³⁸ Ani toto tvrzení neuniklo současníkům a vysloužilo si kritiku Christiana Wolffa.³⁹

Teoretikové sekulárního přirozeného práva také stanovili, že obecnou součástí zákona v pozitivním právu by mělo být stanovení sankce.⁴⁰ Měli sice vzor v komiciálních *leges perfectae* římského práva,⁴¹ ale oni nyní hovořili o zákonu obecně. Rozhodně nepředpokládali, že by norma přirozeného práva zapůsobila na člověka jednoduše tím, že ji pochopí. Počítali s nutností soudce i donucovacího státního aparátu, který zajistí aplikaci sankce v případech protiprávního jednání. S tím souvisí jejich pojetí člověka, které rozhodně nebylo tak utopistické, jak předpokládal Kelsen. Utopistické chápání lidské přirozenosti zastával však luteránský teolog Valentin Alberti a diskuse o jeho pojetí křesťanského přirozeného práva koncem 17. století pomohla vytlačit tuto utopistickou antropologii z právní vědy.⁴²

Pokus o vytvoření přirozenoprávního řádu na základě absolutně platných norem učinil až Pufendorfův kritik matematik Christian Wolff.⁴³ Ani on však nevycházel z božího vnuknutí, ani z písma svatého, ale z výrokové logiky. Domníval se, že přísně logickým odvozováním norem z nejvyššího imperativu zajistí, že výsledkem bude absolutně spravedlivý právní řád. Jeho směr však skutečně odpovídá Kelsenovu pojetí přirozenoprávního omylu, protože jím „objevované“ absolutní logické normy údajně nevznikly z lidské vůle, měly to být normy absolutní spravedlnosti. Ve svém mnohasvazkovém díle *Jus naturae* Wolff nicméně konkretizoval obecné přirozenoprávní zásady na základě odvozování, a tím se zase odchýlil od Kelsenova předpokladu, že přirozené právo formuluje jen obecné zásady. Uvažujeme-li o Wolffově pokusu, napadne nás, že ani jeho podrobný systém „vrozených“ a „získaných“ povinností a práv nedává spolehlivý klíč k určení, co by mělo být trestáno sankcemi.⁴⁴

Při konstatování těchto výtek však musíme mít na paměti, že Wolff představoval myslitele, který se vědomě snažil zvrátit vývoj, který zahájil Pufendorf. Přesto další teoretici sekulárního přirozeného práva pokračovali v rozvoji Pufendorfových myšlenek, které špely k odlišení práva jako specifického normativního systému, odlišného od morálky i náboženství. Pufendorfův směr nepředstavoval konkurenta k pozitivnímu právu, ale spíše ranou fází teoretického hledání hranic možností práva.

³⁸ PUFENDORF, Samuel. *De jure naturae et gentium libri octo*, s. 2, § 6. „Lex vero sit jussum superioris; non adparet, quomodo honestas aut turpitudine intelligi possit ante legem, et citra superioris impositionem.“; s. 30 „actiones hominis, remota omni lege divina quam humana, sint indifferentes [...] hominis actionibus moralitas per legem est imposita, quae a bruti actibus abest.“; s. 38 „juris naturali spraecepta [...] cum hominis natura rationali et sociali habeant conviventiam.“

³⁹ WOLFF, Christian. *Ausführliche Nachricht von seinen eigenen Schriften*. Hildesheim, 1973, s. 393; WOLFF, Christian. *Eigene Lebensbeschreibung*. In: WUTTKE, Heinrich (ed.). Leipzig: Weidmann, 1841, s. 132.

⁴⁰ GROTIUS, Hugo. *De jure belli ac pacis libri tres*. WHEWELL, William (ed.). London: John Parker, 1853, prolegomena, § 20; HOBBS, Thomas. *Elementa philosophica pars tertia. De cive*. Amsterdam: Eiz, 1657, XIV, § 8; PUFENDORF, Samuel. *De jure naturae et gentium libri octo*, s. 6, § 14; BURLAMAQUI, *Principes*. Vol. I, 13, § XI.

⁴¹ Srov. SENN, Felix. *Leges perfectae, minus quam perfectae et imperfectae*. Paris: A. Rousseau, 1903.

⁴² SCHNEIDER, Hans-Peter. *Justitia universalis. Quellenstudie zur Geschichte des christlichen Naturrechts bei Gottfried Wilhelm Leibniz*. Frankfurt am Main: V. Klostermann, 1967, s. 249; JELLINEK, Georg. *Allgemeine Staatslehre*, s. 224.

⁴³ WINGER, Bénédicte. *Das rationale Pflichtenrecht Christian Wolffs*. Berlin, 1992; CERMAN, Ivo. „Universal Human Rights“ and Social Compact in Christian Wolff. *Das Achtzente Jahrhundert und Österreich*. 2016, 31, s. 123–146.

⁴⁴ Srov. CERMAN, Ivo. „Universal Human Rights“ and Social Compact in Christian Wolff, s. 146.

3. Kritérium spravedlivosti po roce 1945

Kelsenovy názory na přirozenoprávní omyl se však dočkaly výrazného doplnění po druhé světové válce, kdy se v Německu a v USA objevil názor, že zneužívání práva nacisty bylo umožněno právním pozitivismem a že nejlepším řešením je návrat k přirozenému právu. V této kritické reakci na nacismus byl dokonce za hlavního viníka několikrát označen sám Hans Kelsen a jeho ryzí nauka právní. Poprvé se tak stalo ve spisu švýcarského evangelického kazatele Emila Brunnera *Gerechtigkeit*, který vyšel ve Švýcarsku ještě během války,⁴⁵ podruhé v knize Leo Strausse *Natural Right*⁴⁶ a potřetí i v esejí Edgara Bodenheimerova o poválečném vývoji německé právní vědy.⁴⁷ Polemicky proti němu ve jménu přirozeného práva vystoupil i Gustav E. Kafka.⁴⁸ Právní pozitivismus byl v poválečném Německu označen za překonaný přístup, k němuž by se právní věda již neměla vracet.⁴⁹

Ve skutečnosti se ale návratem k přirozenému právu nemyslel návrat k raněnovověkému sekulárnímu přirozenému právu, to našlo příznivé hodnocení asi jen ve spisech Franze Wieackera.⁵⁰ Nově se lepšího hodnocení dočkaly přirozenoprávní teze katolických teologů (Viktor Cathrein, Alfred Delp, Johann Messner, Heinrich Rommen) a také evangelických kazatelů (Brunner). Právníci ale nejvýše oceňovali přístupy, které nechápaly přirozené právo jako ucelené teorie, ale jako účelové uplatňování „přirozenoprávních norem“ v právní argumentaci. Šlo v podstatě o podobné postupy, které kdysi identifikoval Bergbohm, jenže nyní se nepovažovaly za neřest, ale za ctnost.⁵¹ Radbruchovo „nadzákonné právo“ se ostatně formulací příliš neliší od Bergbohmova „*souhrnu všech nepozitivních práv a právních prvků*“ a *Menschenwürde* byla do GG Art. 1 § 1 vsunuta úmyslně jako sekulární varianta „*věčné hodnoty*“,⁵² která pak byla v komentáři Günthera Düriga povýšena na nejvyšší normu, z níž se měla odvozovat další základní práva i právní řád.⁵³ Kelsen na obviňování vůči sobě a právnímu pozitivismu odpověděl články, v nichž se zaměřil zejména na otázku, zda smyšlené „přirozené“ právo může sloužit jako kritérium pro posouzení spravedlivosti právního řádu.

Reagoval přitom zejména na Brunnerovu knihu, která se na otázku kritéria spravedlivosti soustředila a v roce 1945 byla vydána v překladu v USA.⁵⁴ Brunner v knize vylíčil

⁴⁵ BRUNNER, Emil. *Gerechtigkeit. Eine Lehre von den Grundsetzen der Gesellschaftsordnung*. Zürich: Zwingli Verlag, 1943, s. 7 a 313.

⁴⁶ STRAUSS, Leo. *Natural Right and History*. Chicago: University of Chicago Press, 1953, s. 48. Srov. LEFORT, Elisabeth. „Arriving at Justice by a Process of Elimination. Hans Kelsen and Leo Strauss“. In: TELMAN, Jeremy (ed.). *Kelsen in America*. Zürich: Springer, 2016, s. 115–135.

⁴⁷ BODENHEIMER, Edgar. Significant Developments in German Legal Philosophy since 1945. *The American Journal of Comparative Law*. 1954, 3, č. 3, s. 379–396, zvl. s. 392.

⁴⁸ KAFKA, Gustav E. *Gesetz ist Gesetz? Wort und Wahrheit*. 1953, 8, s. 311–314.

⁴⁹ WIEACKER, Franz. *Zum heutigen Stand der Naturrechtsdiskussion*. Köln – Opladen: Westdeutscher Verlag, 1965, s. 8.

⁵⁰ WIEACKER, Franz. *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*. Göttingen: Vandenhoeck und Ruprecht, 1952.

⁵¹ Srov. MERKL, Adolf. *Neue Naturrechtssysteme im heutigen Deutschland als Ausdruck der Krise des gesetzten Rechts. Juristische Blätter*. 1951, č. 3, s. 60–62; BODENHEIMER, Edgar. Significant Developments; TOPITSCH, Ernst. *Zum Problem des Naturrechts. Der Staat*. 1962, 1, s. 225–234; SCHELAUSKE, Hans-Dieter. *Naturrechtsdiskussion in Deutschland. Ein Überblick über zwei Jahrzehnte 1945–1965*. Köln: J. P. Bachem, 1968; KAUHAUSEN, Ilka. *Nach der Stunde Null. Prinzipien Diskussionen im Privatrecht nach 1945*. Tübingen: Mohr-Siebeck, 2007; KÜNNECKE, Arndt. *Die Naturrechtsrenaissance in Deutschland nach 1945 in ihrem historischen Kontext. Annales*. 2013, 45, č. 62, s. 43–778.

⁵² Srov. KUNZE, Rolf-Ulrich. Reconsidered: der Mensch ist nicht für den Staat, sondern der Staat für den Menschen da. *Der parlamentarische Rat und die Entstehung des Grundgesetzes. Der Staat*. 2001, 40, s. 383–404; MÖLLERS, Christoph. *Der vermisste Leviathan. Staatstheorien in der Bundesrepublik*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2008, s. 31. V edici dokumentů ke vzniku GG nebyl dosud vydán první svazek o genezi základních práv. (*Das Grundgesetz. Dokumentation seiner Entstehung*. Frankfurt am Main: V. Klostermann, Bde 9–28, 1996–současnost).

⁵³ MAUNZ, Theodor – DÜRIG, Günter. *Grundgesetz: Kommentar*. München: C. H. Beck, 1958, Art. 1, § 1. Srov. BÖCKEFORDE, Ernst-Wolfgang. *Die Würde des Menschen war unantastbar. Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 3. 9. 2003.

nacistické zneužívání práva jako výsledek postupného rozkladu „západní ideje spravedlnosti“, z níž vinil zejména osvícenství a právní pozitivismus. Po zavržení absolutních hodnot se dle něj myšlenka spravedlnosti vyprázdnila, zavládl relativismus a lidé ztratili ze zřetele celek. Brunner přitom nebral v potaz, že stejným žehráním na ztrátu absolutních hodnot a voláním po obnově celku zdůvodňovali nacističtí intelektuálové svou revoluci proti liberalismu, lidským právům a „sekulárnímu přirozenému právu“. ⁵⁵ I nacisté vytvořili svoje přirozené právo. ⁵⁶

Kelsen nejprve podrobně rozebral Brunnerovu argumentaci ve studii vydané ve Švýcarsku ⁵⁷ a pak své závěry začlenil do slavné eseje *Was ist Gerechtigkeit?* ⁵⁸ V rozboru Brunnerovy argumentace si Kelsen povšiml důležitého detailu, který pomohl upřesnit jeho pojetí přirozenoprávního omylu. Evangelický teolog totiž potřeboval vylíčit křesťanskou „nebeskou spravedlnost“ jako systém založený na lásce, ale v bibli pro tuto interpretaci našel jen málo argumentů. Jelikož bible poskytuje argumenty spíše pro „pozemskou spravedlnost“, která je dle Brunnera založena na myšlence odplaty, vypomohl si tím, že ve svém vývodu absolutní spravedlnosti neodvozoval své hodnoty z bible, ale z „řádu stvoření“ (*Schöpfungsordnung*), tedy z přírody. ⁵⁹ Jeho absolutní hodnoty byly tedy jen jeho subjektivními hodnotami, čímž poskytl asi nepřiléhavější ilustraci Kelsenova pojetí přirozenoprávního omylu, protože si při nedostatku vhodných argumentů jednoduše vypomohl smyšlenou „přirozenoprávní“ normou, z níž pak dedukoval, co potřeboval. ⁶⁰ Brunnerova absolutní spravedlnost tedy nemohla sloužit jako kritérium pro hodnocení spravedlivého řádu, protože byla ryze účelovým konstruktem. Podle Kelsena mátl Brunner čtenáře i tím, že nebeskou i pozemskou spravedlnost pokládal obě za absolutní a Bohem stvořené, ale nedal čtenáři do rukou kritérium pro to, aby mezi nimi rozlišil. Jelikož nebeská absolutní spravedlnost předpokládala člověka dobrého a pozemská zlého, byl to v reálném světě dost vážný nedostatek. Brunner tedy člověku v reálném světě nabídl také pouze relativní spravedlnost a žádné kritérium pro posouzení spravedlivosti právního řádu. V eseji *Was ist Gerechtigkeit?* Kelsen znovu zopakoval svou tezi z 20. let o tom, že odvolávání se na absolutní hodnoty je metoda, která vede k totalitnímu státu, zatímco v demokracii, která nepřipouští zdůvodňování nadpřirozenými argumenty, je třeba uznávat všechny hodnoty za relativní, jelikož jsou lidským výtvořem. Brunnerovo radikální stanovisko, že spravedlnost existuje buď v absolutní podobě, nebo vůbec, označil za zničující.

V polemice s Brunnerem redukoval své ideálnětypické pojetí přirozenoprávního omylu na jeden rys. Je jím odvozování právních norem z norem, které nevznikly z lidské vůle.

⁵⁴ BRUNNER, Emil. *Gerechtigkeit*, v překladu *Justice and Social Order*. New York: Harper and Brothers, 1945.

⁵⁵ Např. FREYER, Hans. *Der Staat*. Leipzig: Fritz Rehfeld, 1925; FORSTHOFF, Ernst. *Der totale Staat*. Hamburg: Hanseatische Verlagsanstalt, 1933; KOELLREUTTER, Otto. *Volk und Staat in der Weltanschauung des Nationalsozialismus*. Berlin: Pan-Verlag, 1935; SCHMITT, Carl. *Positionen und Begriffe im Kampf mit Weimar – Genf – Versailles 1923–1939*. Hamburg: Hanseatische Verlagsanstalt, 1939; HANCKE, Kurt. *Deutscher Aufstand gegen den Westen*. Berlin: Junker und Dünhaupt Verlag, 1940; HAERING, Theodor (ed.). *Das Deutsche in der deutschen Philosophie*. Stuttgart: W. Kohlhammer, 1941. Srov. KOLNAI, Aurel. *The War against the West*. London: Left Book Club, 1938; RUTGER-HAUSMANN, Frank. *Die Rolle der Geisteswissenschaften im Dritten Reich*. München: Oldenbourg, 2002.

⁵⁶ DIETZE, Hans-Helmut. *Naturrecht in der Gegenwart*. Bonn: Röhrscheid, 1936.

⁵⁷ KELSEN, Hans. Die Idee der Gerechtigkeit nach den Lehren der christlichen Theologie. Eine kritische Analyse von Emil Brunners „Gerechtigkeit“. *Studia philosophica (Basel)*. 1953, 13, s. 157–200.

⁵⁸ KELSEN, Hans. *Was ist Gerechtigkeit?* Wien: Franz Deuticke, 1953 (cituji dle vydání Stuttgart: Reclam, 2005).

⁵⁹ KELSEN, Die Idee der Gerechtigkeit nach den Lehren der christlichen Theologie. Eine kritische Analyse von Emil Brunners „Gerechtigkeit“, s. 181.

⁶⁰ Brunner vydedukoval spravedlnost založenou na lásce, dále nerozlučitelnost manželství, zákaz otroctví a ochranu soukromého vlastnictví.

Nyní však tuto formulaci spojil s anglosaským pojetím *is/ought fallacy*, jelikož tvrdil, že tyto „přirozené“ normy jsou oněmi „skutečnostmi“ (*Tatsachen*), z nichž se v přirozeném právu mylně odvozují právní normy. „*Normy, které předepisují lidské jednání, mohou vycházet jen z vůle*“, uzavřel Kelsen.⁶¹ I když nyní v této formulaci užíval výrazu *Tatsachen* (skutečnosti), pořád měl na mysli odvozování právních norem z norem, jež nepocházejí z lidské vůle.

Nejdůležitější novinkou jeho úvahy *Was ist Gerechtigkeit?* je ale otázka, zda tradiční formulace vyšší spravedlnosti poskytovaly kritérium pro posouzení spravedlivosti právního řádu. Právě ztráta takového vyššího kritéria byla dle Brunnera a dalších oponentů největším zločinem právního pozitivismu. Kelsen rozebral formulace od starověkého Řecka až po komunismus a doložil, že všechny by buď vedly k destrukci spravedlivého řádu, nebo by z nich při lepší formulaci byla jen prázdná pravidla, která ve skutečnosti nedávají člověku žádné kritérium spravedlivosti. Ve skutečnosti implikují, že otázka spravedlivosti je již vyřešená objektivním pravidlem existujícího sociálního řádu, jehož znění ovšem neuvádějí. Žádné z těchto pravidel také neukazuje, jakou sankcí má být stižen narušitel pravidla, čímž Kelsen opět poukázal na to, že by se obecná přirozenoprávní pravidla musela při aplikaci konkretizovat pozitivněprávní normou.

Podobnému tématu se věnoval v článku *Natural Law Doctrine before the Tribunal of Science* z roku 1949.⁶² Tato studie je významná tím, že v ní pracoval s texty raněnovověkých teoretiků sekulárního přirozeného práva. Bohužel však ani po četbě jejich textů nikterak neslevil ze svého obrazu ideálnětypického přirozeného práva, i když to znamenalo, že k raněnovověkým myslitelům přiřadil i anarchistu Williama Godwina, Karla Marxe a Augusta Comta, aby na jejich tezích doložil, že přirozené právo tíhne k zavržení státu a donucovacího řádu. Tím usnadnil polemickou odpověď Edgara Bodenheimera.⁶³

Otázka kritéria pro posouzení spravedlivosti právního řádu jej neopustila ani v této eseji. Držel se však teze, že veškeré raněnovověké přirozené právo mělo za cíl jen ospravedlnit platné právo, z čehož by vyplývalo, že místo kritéria pro posuzování spravedlivosti předkládali tehdejší myslitelé jen účelovou obhajobu platného práva. To nebyla zcela pravda. Raně novověcí myslitelé se sice snažili nepodvracet svými myšlenkami sociální řád, ale jejich spisy nebyly míněny jako komentáře k platnému právu, protože s platným právem většinou vůbec nepracovali. Kelsen svou tezi doložil na příkladu Hobbesova *Leviathana*, kde se v kapitole 15 praví, že rozdíl mezi spravedlností a nespravedlností začíná až se vznikem státu, který vytváří zákony a má aparát na trestání protiprávního jednání.⁶⁴ Tento názor ovšem není u Hobbesa nijak překvapivý, protože v kapitole 26 *Leviathana* vysvětluje, že skutečnými zákony jsou až *leges civiles* vydávané státem, a ne oněch 19 přirozených zákonů, které dle něj objeví člověk vlastním rozumem.⁶⁵ Přirozené zákony byly dle něj jen mravní pravidla, která zavazovala jen ve vlastním svědomí, ale nebyla vynutitelná.⁶⁶ Jak jsme uvedli výše, podobnou tezi zastával Pufendorf, ale existoval také směr Leibnize a Wolffa, kteří této tezi oddělující platné právo od absolutní spravedlnosti oponovali.

⁶¹ KELSEN, Hans. *Was ist Gerechtigkeit?*, s. 47.

⁶² KELSEN, Hans. *Natural Law Doctrine before the Tribunal of Science*. *The Western Political Quarterly*, 1949, roč. 2, č. 4, s. 481–513.

⁶³ BODENHEIMER, Edgar. *The Natural Law Doctrine before the Tribunal of Science: A Reply to Hans Kelsen*. *The Western Political Quarterly*, 1950, roč. 3, č. 3, s. 335–363.

⁶⁴ KELSEN, Hans. *The Natural Law Doctrine*, s. 491; HOBBS, Thomas. *Leviathan*. TUCK, Richard (ed.). Cambridge: Cambridge University Press, 1991, s. 101.

⁶⁵ HOBBS, Thomas. *Leviathan*, s. 185.

⁶⁶ *Ibidem*, s. 110.

V podstatě tímto citátem Kelsen jen potvrdil, že směr Hobbese a Pufendorfa nepatří k ideálnětypickému přirozenému právu, jaké si vymyslel. Svůj názor na jejich teorii ale nezměnil a nadále trval na představě o odvěkém přirozeném právu, které beze změny charakterizoval v duchu své ideálnětypické představy.

Konečně na sympoziu, které se konalo v Salzburgu 1.–5. srpna 1962, polemizoval Kelsen se stoupenci katolického přirozeného práva. Zde zkritizoval pojetí jezuitského teologa Viktora Cathreina a dokázal, že jeho normy, formulované jako přání Boha, nejsou normami, jelikož to nejsou příkazy vycházejí z vůle.⁶⁷ Ve zveřejněném protokolu z diskuse pak účastníci sympozia vyvrátili pojetí Ericha Voegelina, podle něhož by určujícím kritériem spravedlivosti mělo být mínění „reprezentativní části lidstva“. I zde ovšem chybělo kritérium, dle něhož by se určila jejich reprezentativnost.⁶⁸

4. Varianty „Humova zákona“

Z uvedeného je nicméně zřejmé, že další novinkou Kelsenovy poválečné tvorby bylo, že pod vlivem amerického prostředí začal uplatňovat anglosaské pojetí *fact-value gap*, neboli Humův zákon. Spojil jej ovšem se svým starším přístupem, takže v zásadě zůstával u teze, že přirozenoprávní omyl spočívá v odvozování právních norem od norem, jež nevyznikají z lidské vůle.

Kelsenovo poválečné vydání *Reine Rechtslehre*⁶⁹ a posmrtná *Allgemeine Theorie der Normen*⁷⁰ ale ukazují, že ve skutečnosti nebyl během své kariéry slepý k pokusům jiných filozofů a právníků formulovat vlastní představu o chybném odvozování norem z faktů. U většiny z nich však dokázal, že se vzdor své snaze sami dopouštějí stírání rozdílů mezi skutečností a normou (*Sein/Sollen Trugschluss*).

V novém vydání *Reine Rechtslehre* z roku 1960 jsou doplněny odkazy na literaturu, které v prvním vydání nebyly, také zde přibýly celé pasáže o stírání rozdílů mezi normou a skutečností. Vyplývá z nich, že ve 30. letech sledoval Kelsen logický pozitivismus vídeňského kroužku, který k problému norem přistupovali na základě imperativních vět. Zejména šlo o Moritze Schlicka, který ve spise *Fragen der Ethik*⁷¹ zastával názor, že morální normy jsou jen popisy skutečnosti. Popisují se v nich ve zhuštěné formě podmínky, za nichž je možno výrok považovat za normu stanovují dobro. Kelsen oponoval, že Schlickem uváděné příklady nejsou normy, jsou to jen popisy skutečnosti. Pohled do poznámkového aparátu poválečného vydání také ukáže, že v meziválečné době sledoval mnoho dalších myslitelů,⁷² uvedme však, že se ztotožňoval jen s Christophem Sigwartem.

V obou poválečných monografiích ukazuje Kelsen také širší znalost anglosaských autorů než dříve. V posmrtném díle *Allgemeine Theorie der Normen* poprvé jmenovitě odkazuje na Davida Huma a jeho verzi identifikace *is/ought fallacy* označuje za nejdůslednější.⁷³ Nicméně netvrdí, že by se s ním shodoval. Zná také Moorovo pojetí *naturalistic fallacy*,

⁶⁷ KELSEN, Hans. Die Grundlage der Naturrechtslehre. In: SCHMÖLZ, Franz-Martin (ed.). *Das Naturrecht in der politischen Theorie*. Wien: Springer Verlag, 1963, s. 1–37.

⁶⁸ Ibidem, s. 117–163.

⁶⁹ KELSEN, Hans. *Reine Rechtslehre*. 2. Auflage. Wien: Verlag Österreich, 1960.

⁷⁰ KELSEN, Hans. *Allgemeine Theorie der Normen*. RINGHOFER, Kurt – WALTER, Robert (eds). Wien: Manz, 1979.

⁷¹ SCHLICK, Moritz. *Fragen der Ethik*. In: IVEN, Matthias (ed.). *Gesamtausgabe. Abt. I. Bd. 3*. Hamburg: Springer, 2006, s. 368–370. Srov. KELSEN, Hans. *Reine Rechtslehre*, s. 17; KELSEN, Hans. *Allgemeine Theorie der Normen*, s. 58–60.

⁷² Uvádí také Ernsta Mallyho, Karla Mengera, Fritze Mauthnera a další.

⁷³ KELSEN, Hans. *Allgemeine Theorie der Normen*, s. 68–69.

kteřá však neoznačovala totéž, co Humův zákon.⁷⁴ Kelsen rozpoznal, že Moore tím nemyslel odvozování norem od skutečností, nýbrž ztotožňování dobra s nějakou konkrétní vlastností (např. že dobro je to, co způsobuje rozkoš/*pleasure*). Znal ovšem také Arthura N. Priora, který zákon formuloval tak, že není možné z non-etických premis dedukovat etické závěry.⁷⁵

Z řady autorů, které Kelsen komentuje v *Allgemeine Theorie* se zastavíme jen u Jørgensena a Henriho Poincaré. V české polistopadové literatuře se Jørgensenovo dilema těší značné pozornosti.⁷⁶ Podle Kelsena⁷⁷ však Jørgensen řešil otázku, zda je možno hodnotit u imperativu jeho pravdivost. Pravdivost je však dle Kelsena hodnotitelná jen u popisu normy, či popisu aktu, ale norma udává smysl aktu, není to popis. Poincarého diktum také získalo nedávno pozornost českých komentátorů.⁷⁸ Ve své práci *La morale et la science* z roku 1913 přenesl Poincaré otázku do oblasti výrokové logiky a tvrdil, že z (popisných) indikativních vět nelze odvozovat imperativy.⁷⁹ Jelikož věda se vyjadřuje v popisných indikativních větách, nemůže se věda stát základem žádné „vědecké etiky“. Zároveň se ovšem domníval, že z imperativu lze odvozovat imperativ. Nicméně Kelsen ukazuje, že i Poincaré podlehl přirozenoprávnímu omylu, protože předpokládal, že vědci odvozují své zásady z příkazu nelhat, jenž ovšem není dán žádným pozitivním právním řádem, takže je to smyšlená „přirozenoprávní“ norma. Zároveň nesouhlasil s tezí, že z imperativu lze odvodit imperativ (normu). Byla by to jen další verze *Sollen/Sollen Fehlschlussu*.

Závěrem

Můžeme uzavřít, že v právní literatuře figuruje mnoho domnělých i skutečných variant „Humova zákona“ a Kelsen je během své kariéry sledoval. Jeho poválečné bibliografické přehledy ale dokazují, že své vlastní pojetí neztotožňoval s žádným z nich. „Kelsenův zákon“ by pak zněl, že nesmíme odvozovat právní normy od norem, jež nevznikly z lidské vůle („*Normen, die menschliches Verhalten vorschreiben, können nur von einem Willen ausgehen.*“⁸⁰ „*Keine Norm ohne normsetzende Autorität.*“⁸¹ „*Sie (= Natur) hat keinen Willen und kann daher keine Normen setzen.*“⁸²) V souladu se vžitým územ by se dalo shrnout, že Kelsen identifikoval *Sollen/Sollen Fehlschluss*, neboli *ought/ought fallacy*.

Neméně důležité je zjištění, že jeho námitky ve skutečnosti nevstihují skutečné postupy sekulárního přirozeného práva raného novověku. Kelsen je odvodil ze své ideálně-typické představy o přirozeném právu, která vlastně vznikla souhrnem nekalých argumentačních praktik pozitivistů jeho doby, kteří si v teoretických úvahách, či polemikách vypomáhali odkazy na účelově smyšlené „přirozenoprávní“ normy. Tyto účelové konstrukty moderních pozitivistů, na něž poprvé upozornil Carl Bergbohm, však neměly s metodami raněnovověkého přirozeného práva nic společného.

⁷⁴ MOORE, George E. *Principia ethica*. Cambridge: Cambridge University Press, 1903; KELSEN, Hans. *Reine Rechtslehre*, s. 5, 11–12.

⁷⁵ KELSEN, Hans. *Reine Rechtslehre*, s. 5.

⁷⁶ JØRGENSEN, Jørg. Imperatives and Logic. *Erkenntnis*. 1937/1938, 7, s. 288–296. Srov. HOLLÄNDER, Pavel. *Filosofie*, s. 41–48; SOBEK, Tomáš. *Právní rozum*, s. 63.

⁷⁷ KELSEN, Hans. *Allgemeine Theorie der Normen*, s. 296.

⁷⁸ SOBEK, Tomáš. *Právní rozum*, s. 63.

⁷⁹ POINCARÉ, Henri. *La morale et la science*. In: POINCARÉ, Henri. *Dernières pensées*. Paris: Flammarion, 1920; KELSEN, Hans. *Allgemeine Theorie der Normen*, s. 69–71.

⁸⁰ KELSEN, Hans. *Gerechtigkeit*, s. 47.

⁸¹ KELSEN, Hans. *Allgemeine Theorie der Normen*, s. 6.

⁸² KELSEN, *Reine Rechtslehre*, s. 227.

Kelsenova osobní představa o přirozenoprávním omylu se měnila. V raných dílech (1911–1925) se domníval, že hlavním omylem přirozeného práva je chápat právo prioritně z hlediska subjektu, což vede k rozporům s objektivním právním řádem, které přirozené právo řeší rozporuplnými fikcemi. Svě originální pojetí formuloval v roce 1928. Teprve v polemikách po druhé světové válce zapojil do svých výkladů anglosaskou formulaci *is/ought fallacy* („Humův zákon“), ale svou osobní formulaci neopustil. Pod dojmem útoků proti právnímu pozitivismu se však v poválečné době soustředil na otázku, zda přirozené právo poskytuje kritérium pro posouzení spravedlivosti právního řádu.

Příloha

Kelsen v diskuzi k přednášce Ericha Kaufmanna o rovnosti před zákonem ve Spolku učitelů německého státního práva 29. 3. 1926. Publikováno v protokolu diskuse ve svazku *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*. 1926, Heft 3. Berlin und Leipzig: Walter de Gruyter, 1927, s. 43–62, zde s. 53–55.

[53] Kelsen – Wien: „Das wichtigste Problem, das Herr Kaufmann⁸³ in seinem Referat⁸⁴ berührt hat, scheint mir das Problem des Positivismus zu sein. Herr Kaufmann sagte, daß der Positivismus erledigt sei. Durch diese – etwas kühne – Behauptung fühle ich mich ebenso getroffen, wie Herr Anschütz.⁸⁵ Ich bin nämlich Positivist, noch immer und trotz allem Positivist. Der Positivismus ist nicht erledigt und wird nie erledigt sein, so wenig wie das Naturrecht erledigt ist, dieses erledigt sein wird. Dieser Gegensatz ist ein ewiger. Die Geistesgeschichte zeigt nur, daß bald der eine, bald der andere Standpunkt in den Vordergrund tritt. Mir scheint sogar, daß es sich nicht um den Gegensatz in der Geistesgeschichte, sondern um einen solchen handelt, der in jedes Denkers Brust lebendig wird. Naturrecht ist juristische Metaphysik. Und der Schrei nach Metaphysik tönt jetzt – nach einer Periode des Positivismus und Empirismus, – wieder allenthalben [54] und auf allen Erkenntnisgebieten. Wohin führt aber dieser Ruf nach Metaphysik und Naturrecht auf dem Gebiete der Jurisprudenz? Zunächst zu einem radikalen Subjektivismus.⁸⁶ Daß Kaufmann von einem Bekenntnis sprach, ist bezeichnend. Bekenntnis ist Ausdruck subjektiver Anschauung. Dieser Weg führt aber nicht zu der Metaphysik, sondern zu vielen, voneinander sehr verschiedenen Metaphysiken, und daher auch nicht zu dem Naturrecht, als einer objektiven, eindeutig bestimmten Ordnung, sondern zu vielen, voneinander sehr verschiedenen, einander entgegengesetzten Naturrechten. Sucht man aber aus diesem Chaos subjektiver Metaphysiken einen Ausweg, so gelangt man notwendigerweise auf den Boden einer positiven Religion. Ich möchte mit größtem Nachdruck betonen, daß es eine objektive Metaphysik und sohin auch ein objektives Naturrecht als ein System materialer Wertprinzipien nur auf dem Boden einer positiven Religion gibt. Eine „positive“

⁸³ Erich Kaufmann (1880–1972), der Hauptredner an der Sitzung des Vereins.

⁸⁴ Der Vortrag behandelte die Frage nach der Gleichheit vor dem Gesetz nach Art. 109 der Reichsverfassung. Kaufmann meinte, die Gleichheit sei das Erbe des rationalistischen Naturrechts and stamme einer „überpositiven Ordnung“ her.

⁸⁵ Hans Anschütz (1901–1980), seine Reaktion ist auch im Protokoll festgehalten (S. 47–50).

⁸⁶ Im Unterschied zu öffentlichen schriftlich erfassten Gesetzen können die subjektiven Vorstellungen eines Metaphysikers jedoch nicht von anderen geprüft, oder anderen mitgeteilt werden. Diese Art von Subjektivität wurde bereits von Immanuel Kant und Arthur Schopenhauer als Kennzeichen einer esoterischen Denkweise identifiziert. Vgl. CERMÁN, Ivo. *Aufklärung oder Illuminismus? Die Enzyklopädie des Grafen Franz Josef Thun*. Stuttgart: Franz Steiner Verlag, 2015, S. 20, 35.

Religion ist aber eine in historischen Tatsachen manifestierte, durch einen Propheten, Heiland usw. geoffenbarte Religion. Zwischen positiver, geoffenbarter Religion und positivem, d. h. gesetztem, in historischen Akten geoffenbartem Recht besteht weitgehende Analogie.⁸⁷ Und so bedeutet der Rekurs von dem positiven Recht an das Naturrecht keineswegs eine „Überwindung des Positivismus“, sondern nur die Ersetzung des einen Positivismus durch den andern. An Stelle des positiven Rechts wird die positive Religion als höchste Autorität anerkannt.

Damit gewinnt aber die Wendung zum Naturrecht und zur Metaphysik, die wir neuesten innerhalb der juristischen Theorie beobachten können, eine politische Bedeutung. Es zeigt sich die deutliche Tendenz, den Wert der Autorität des positiven Gesetzgebers herabzusetzen. Ob und inwieweit diese Abkehr gewisser juristischer Kreise von dem bisher bedingungslos anerkannten Positivismus soziologisch mit Änderung in der politischen Struktur des Gesetzgebungsorgans zu erklären ist, möchte ich hier dahingestellt lassen. Jedenfalls ist nicht zu verkennen, daß Juristen, die ehemals die strikteste Bindung des Richters an das Gesetz lehrten, heute den Richtern mit Berufung auf das Naturrecht weitgehende Freiheit gegenüber dem Gesetze zuerkennen möchten;⁸⁸ und daß der Richterstand von jenen Änderungen der politischen Struktur so ziemlich frei geblieben ist, die sich in der Zusammensetzung des Parlaments zeigt; so daß zwischen dem heutigen Richterstand und dem Juristenstand nicht jener politische[r] Gegensatz besteht wie zwischen Juristenstand oder doch gewissen Teilen derselben und Parlament.

Die Frage, die auf das Naturrecht zielt, ist die ewige Frage, was hinter dem positiven Recht steckt. Und wer die Antwort sucht, [55] der findet, fürchte ich, nicht die absolute Wahrheit einer Metaphysik noch die absolute Gerechtigkeit eines Naturrechts. Wer den Schleier hebt und sein Auge nicht schließt, dem starrt das Gorgonenhaupt der Macht entgegen.“

Překlad:

[53] Kelsen – Vídeň: „Připadá mi, že nejdůležitější problém, kterého se ve svém referátu⁸⁹ dotkl pan Kaufmann⁹⁰, je problém pozitivismu. Pan Kaufmann řekl, že pozitivismus je vyřízený. Toto poněkud smělé tvrzení se mě dotklo stejně jako pana Anschütze.⁹¹ Jsem totiž pozitivista, stále a vzdor všemu pozitivista. Pozitivismus není vyřízen a nikdy nebude vyřízen, stejně jako přirozené právo není a nikdy nebude vyřízeno. Toto je věčný protiklad. Duchovní dějiny ukazují jen tolik, že občas se upřednostňuje jeden a občas zase druhý přístup. Mně se dokonce zdá, že se nejedná o protiklad v duchovních dějinách, ale že žije v srdci každého myslitele. Přirozené právo je právníká metafyzika. A volání po metafyzice zní teď – po jisté epoše pozitivismu [54] a empirismu – znovu ze všech vědních oborů. K čemu ale vede toto volání po metafyzice a přirozeném právu v oblasti jurispru-

⁸⁷ Die Parallele zwischen der christlichen Religion und einem Rechtssystem wurde bereits von Francisco Suarez S.J. aufgestellt, von Immanuel Kant wurde allerdings ihre Geltung lediglich auf die hebräische Religion eingeschränkt. Vgl. SUAREZ, Francisco. *De legibus ac Deo legislatore*. Coimbra 1612; KANT, Immanuel. *Religion innerhalb der Grenzen der bloßen Vernunft*. In: WEISCHÉDEL, Wilhelm. Werkausgabe, sv. 8. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1978, S. 649–883, zvl. 757–758.

⁸⁸ Damit ist die Freirechtsschule gemeint.

⁸⁹ Přednáška se zabývala otázkou rovnosti před zákonem podle č. 109 říšské ústavy. Kaufmann se domníval, že rovnost je dědicstvím racionalistického přirozeného práva a pochází z „nadpozitivního řádu“.

⁹⁰ Erich Kaufmann (1880–1972), hlavní řečník na zasedání Spolku.

⁹¹ Hans Anschütz (1901–1980), jeho reakce je rovněž zachycena v protokolu (s. 47–50).

dence? Především k radikálnímu subjektivismu.⁹² To, že Kaufmann mluvil o vyznání, je příznačné. Vyznání je výrazem subjektivního názoru. Tato cesta ale nevede k jedné metafyzice, ale k mnoha, navzájem odlišným metafyzikám, a tudíž také ne k přirozenému právu, jako k objektivnímu, jednoznačně určenému řádu, nýbrž k mnoha, navzájem velmi odlišným, rozporuplným přirozeným právům. Pokud ale budeme hledat východisko z tohoto chaosu subjektivních metafyzik, dorazíme nevyhnutelně na půdu pozitivního náboženství. Chtěl bych důrazně připomenout, že objektivní metafyzika a objektivní přirozené právo jako systém materiálních hodnotových principů existují jen na půdě pozitivního náboženství. „Pozitivní“ náboženství je ale zjevené náboženství, které známe prostřednictvím historických fakt, proroka, spasitele atd. Mezi pozitivním zjeveným náboženstvím a pozitivním, tj. vytvořeným právem, jež poznáváme z historických dokumentů, je však dalekosáhlá analogie.⁹³ Obrat od pozitivního práva k přirozenému právu tudíž nepředstavuje žádné „překonání pozitivismu“, ale nahrazení jednoho pozitivismu jiným. Na místo pozitivního práva se uzná pozitivní náboženství jako nejvyšší autorita.

Obrat k přirozenému právu a k metafyzice, který můžeme v poslední době pozorovat v právní teorii, tím ovšem získává politický význam. Ukazuje se zjevná snaha snižovat autoritu zákonodárce pozitivních zákonů. Ponechám teď stranou otázku, zda toto odvrácení jistých právnických kruhů od dosud všeobecně uznávaného pozitivismu lze sociologicky vysvětlit změnou v politické struktuře zákonodárského orgánu. Na každý pád nelze přehlédnout, že právníci, kteří dříve učili o přísné závaznosti zákona pro soudce, dnes přiznávají soudcům dalekosáhlou svobodu vůči zákonu a odvolávají se na přirozené právo.⁹⁴ A také, že soudcovský stav zůstal nedotčen těmito politickými změnami, které se projevují ve složení parlamentu. Mezi soudcovským stavem a právníky tudíž neexistuje onen politický protiklad, který je mezi právníky, nebo částí právníků, a parlamentem.

Otázka, kterou klademe přirozenému právu, je věčná otázka po tom, co stojí za pozitivním právem. Obávám se, že ten, kdo hledá tuto odpověď [55], nenajde absolutní pravdu metafyziky, ani absolutní spravedlnost přirozeného práva. Ten, kdo zvedne závoj a nezavře přitom oči, spatří jen gorgonskou hlavu moci.“

⁹² Na rozdíl od písemně zachycených a zveřejněných zákonů jsou subjektivní představy metafyzika nepřístupné druhým k ověření, ani se nedají nikomu sdělit. Takto pojatou subjektivitu považovali za znak esoterického způsobu myšlení Immanuel Kant a Arthur Schopenhauer. Srov. CERMÁN, Ivo. *Aufklärung oder Illuminismus? Die Enzyklopädie des Grafen Franz Josef Thun*. Stuttgart: Franz Steiner Verlag, 2015, s. 20, 35.

⁹³ Již Francisco Suarez S.J. viděl křesťanské náboženství jako paralelu právního systému. Immanuel Kant omezil platnost této paralely na judaismus. Srov. SUAREZ, Francisco. *De legibus ac Deo legislatore*. Coimbra 1612; KANT, Immanuel. *Religion innerhalb der Grenzen der bloßen Vernunft*. In: WEISCHÉDEL, Wilhelm. Werkausgabe, sv. 8. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1978, s. 649–883, zvl. 757–758.

⁹⁴ Mínená je *Freirechtsschule* (škola svobodného práva).

Hans Kelsen's Conception of Natural Law Fallacy

Ivo Cerman

Abstract: The article reconstructs Kelsen's understanding of a fallacious reasoning known as "natural law fallacy" (Naturrechtlicher Trugschluss). Kelsen's "natural law fallacy" pertains to a different kind of reasoning than the "is/ought fallacy". In Kelsen's view, this was a logical procedure, in which legal norms are derived from norms existing allegedly without human will (Sollen/Sollen Trugschluss, ought/ought fallacy). Our article shows, however, that this fallacy was not a part of an eternal "jusnaturalism", which would have waged eternal war with "positivism", nor is it a part of early modern natural law. It was a circumstantial reasoning applied ad hoc by 20th century lawyers without any relation to the earlier tradition.

Key words: natural law, legal positivism, is/ought fallacy, Hans Kelsen, Samuel Pufendorf, Emil Brunner, Carl Bergbohm, Moritz Schlick, Henri Poincaré