



Stať

Od platnosti práva k potížím s pojmem práva

From Validity of Law to Problems with Concept of Law

Michal Šejvl

Michal Šejvl je vědeckým pracovníkem oddělení teorie práva Ústavu státu a práva AV ČR a odborným asistentem na katedře teorie práva Fakulty právnické Západočeské univerzity v Plzni. Odborně se zaměřuje na obecné otázky teorie práva, konkrétněji na teorii subjektivních práv, teorii lidských práv, dějiny základních práv a dějiny koncepce právního státu. Publikuje především v časopise Právník. Je autorem monografie o dějinách pojmu právního státu (Idea právního státu v dějinách filozofie, 2014) a monografie o pojmu lidských práv chápaných jako subjektivní práva (Lidská práva jako subjektivní práva, 2017). Příspěvek vznikl s podporou na dlouhodobý koncepční rozvoj výzkumné organizace Ústav státu a práva AV ČR, v.v.i, RVO: 68378122.

Abstrakt

Text se snaží přehledně strukturovat vztahy mezi platností práva, jeho závazností, jeho morálním ospravedlněním a jeho efektivitou. Pracuje s tím, že platnost normy je totéž jako její členství v konkrétním normativním systému. Ukazuje, že platnost jakožto morální ospravedlněnost (morální správnost) normy představuje „jen“ variantu platnosti chápané jako členství. Závaznost normy pak chápe jako důsledek členství, čímž poukazuje na zbytečnost úvah o tom, zda existují nezávazné normy. Konečně ukazuje, že efektivita práva je vlastností, která podmiňuje platnost práva jak pro pozitivisty, tak pro non-pozitivisty. Když se pak věnuje dvěma teoriím specificky právní platnosti práva (Kelsenově teorii základní normy a Hartově teorii pravidla uznání), ukazuje, že obě tyto teorie vedou k nějaké podobě právního pluralismu (což je zřetelně patrné třeba v Razově rozvinutí Hartovy teorie nebo v Kirsteho teorii). Obě teorie jsou tedy poměrně permisivní v tom, co chápat jako právo.

Klíčová slova: platnost práva, členství normy v normativním systému, morální ospravedlnění práva, efektivita práva, Hans Kelsen, H. L. A. Hart, závaznost právní normy, nezávazná norma, právní pluralismus

Abstract

The article tries to put concepts of validity of law, its binding character, its moral justification and its efficiency into a clear structure. It understands validity of a rule as its membership in a particular normative system. It shows that validity understood as a moral justification (or a moral rightness) of a rule is “only” a variant of validity understood as a rule membership. The article understands binding character of a rule as a consequence (or “output”) of its membership – from this perspective discussions on existence of non-binding rules are therefore futile. It shows that efficiency of law is a condition of validity not only for legal positivists, but also for some non-positivists. Finally, it shows that two influential theories of specific legal validity of law (Kelsen’s basic norm theory and Hart’s rule of recognition theory) inevitably lead to some version of legal pluralism (fact that is evident in Raz’s concept of law or in Kirste’s concept of law). Both theories are thus rather permissive in its understanding what law is.

Keywords: validity of law, membership of a rule in a normative system, moral justification of law, efficiency (effectiveness) of law, Hans Kelsen, H. L. A. Hart, binding character of legal rule, non-binding norms, legal pluralism

1. Úvod: různá pojetí platnosti práva

Na rozdíl od platnosti zákona, resp. právního předpisu (která se do velké míry tematizuje jako dokončení či završení procesu vydání zákona, resp. právního předpisu¹) se problému platnosti práva nevěnuje v české či slovenské právní teorii příliš velká pozornost, kdy by čestnou výjimku představovaly knihy Oty Weinbergera² (resp. i kniha Pavla Holländera, která Weinbergerovo pojetí platnosti přebírá³) a Roberta Alexyho.⁴ Podle Weinbergera lze teorie platnosti právních norem rozdělit na čtyři druhy: První druh představují teorie rodokmenu (kdy je název převzat od Dworkina), tj. platnost je závislá na nějakém pravidle o vzniku právní normy. Sem patří samozřejmě Kelsenovo učení o základní normě (kdy je norma platná, protože k jejímu vydání byl normotvůrce zmocněn vyšší normou atd. až k předpokládané základní normě) nebo Hartovo učení o pravidle uznání, které plní podobnou funkci (spolu s pravidlem změny). Druhou skupinou teorií jsou teorie, kterým Weinberger říká „realistické“ (odkaz na skandinávský i americký právní realismus je zřetelný), které činí platnost závislou na rozhodovací praxi orgánů aplikujících právo – jen to, co se skutečně jako právo aplikuje, je platným právem. Třetí jsou teorie vysvětlující platnost jako přirozenoprávní či morální ospravedlnění právní normy. Konečně poslední skupinu teorií reprezentuje Weinbergerova vlastní teorie institucionální, která dle mého názoru v konečném důsledku chápe platnost stejně jako první skupina, tj. jako teorie rodokmenu.⁵

Alexy rozlišuje mezi sociologickým, etickým a právním pojmem platnosti: Norma platí sociálně (sociologický pojem platnosti), pokud se buď dodržuje, nebo se její nedodržování sankcionuje. Norma platí morálně (etický pojem platnosti), pokud je morálně ospravedlněná. S právním pojmem platnosti je to podle nonpozitivisty Alexyho poněkud složitější: Právo musí mít jednak sociální platnost (tj. právo, které v sociální realitě nehraje žádnou roli, nemůže být ani právně platné, což znamená, že o žádné právo nejde), jednak má mít i jistou morální platnost. V tomto smyslu je právní platnost závislá na sociální i morální platnosti.⁶ Vedle toho však ještě Alexy rozeznává právní platnost v užším smyslu, což znamená, že norma je stanovena nějakým kompetentním orgánem v souladu s normativním systémem. Z toho plyne, že tato právní platnost v užším smyslu je vlastně tentýž pojem platnosti, kterému Weinberger říká teorie rodokmenu. V podstatě shodně jako Alexy rozlišuje třeba i rakouský teoretik Stephan Kirste.⁷

¹ Platnosti právního předpisu jsem se věnoval podrobněji v ŠEJVL, Michal. Platnost zákona a platnost právních norem. In JERMANOVÁ, Helena. *In memoriam Zdeněk Masopust*. Plzeň: ZČU v Plzni, 2022, s. 250-260.

² WEINBERGER, Ota. *Norma a instituce (úvod do teorie práva)*. Brno: MU, 1995, s. 105 an.

³ HOLLÄNDER, Pavel. *Filosofie práva*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2006, s. 98 an.

⁴ ALEXY, Robert. *Pojem a platnost práva*. Bratislava: Kalligram, 2009, s. 115 an.

⁵ WEINBERGER, Ota. *Norma a instituce...*, s. 114.

⁶ ALEXY, Robert. *Pojem a platnost...*, s. 117 an.

⁷ KIRSTE, Stephen. Concept and Validity of Law. In WESTERMAN, Pauline et al. *Legal Validity and Soft Law*. Cham: Springer, 2018, s. 60 an. Právní platnost právní normy je dána, pokud byla přijata v souladu s formálními a materiálními (obsahovými) normami konkrétního právního systému. Morální platnost právní normy je dána, pokud je morálně ospravedlněna. Sociální platnost normy je dána, pokud ji adresáti uznávají anebo pokud je vynucováno její dodržování veřejnými činiteli (*legal authorities*).

Uvedl bych ještě další pojetí platnosti podle argentinského právního logika Eugenio Bulygina, protože pro mne bude v dalším textu důležité: Podle Bulygina mohou existovat tři pojetí platnosti právní normy.⁸ Podle prvního platnost normy splývá s její závazností. Další možností je, že platná norma je součástí určitého normativního systému, což znamená, že platnost normy je její členství (*membership*) v takovém normativním systému – výraz „Norma je platná.“ je tedy synonymem pro výraz „Norma je součástí normativního systému.“ V tomto smyslu je platnost kategorií relativní (protože vztaženou k určitému normativnímu systému). Konečně třetí možností je chápat platnost normy jako její efektivitu (*efficiency*), což vlastně znamená, že norma je buď skutečně „působící“ v sociální realitě, nebo je psychologickým motivem jednání, což jsou vlastnosti, kterým by se dalo říkat „působnost normy“ či „účinnost normy“ v sociologickém či psychologickém smyslu. Velmi podobně jako Bulygin hovoří o platnosti třeba i nizozemský teoretik Jaap Hage, když rozlišuje platnost jako závaznost (*binding force*), platnost, která je normě dávana díky tomu, že je obsažena v nějakém prameni práva (*source validity*) a konečně platnost jako efektivitu (*efficacy*).⁹

Z výše představených pojetí platnosti (která rozhodně nemusí být vyčerpávající, protože vycházejí primárně z literatury, která je dostupná česky či slovensky) tedy plyne, že platnost se nějakým způsobem týká minimálně čtyř odlišných (ale souvisejících) vlastností práva – jeho závaznosti, efektivity, morálního ospravedlnění či morální správnosti a konečně zvláštní právní platnosti práva, která je vlastní právu jakožto normativnímu systému. Hlavním účelem tohoto textu je především v těchto vzájemně překrývajících se pojetích platnosti (či v různých vlastnostech práva) „udělat pořádek“, tj. vymezit přesněji rozdíly mezi různými pojetími platnosti a úvahy související s platností práva přehledněji strukturovat. Domnívám se proto, že v následujících úvahách nebudu říkat nic zásadně nového. Podrobněji se přitom budu věnovat platnosti práva jakožto členství normy v normativním systému, vztahu takového pojetí platnosti k závaznosti, a konečně vztahu takového pojetí platnosti k efektivitě. Záměrně přitom ponechám stranou otázku vztahu práva k jeho morální správnosti či ospravedlnění – podle mého názoru vztah práva a morálky je dosti složitý problém, který přesahuje (v podstatě dosti omezené) zaměření tohoto textu. Někdo by mohl říci, že text je napsán z perspektivy vztahu mezi platností práva a jeho efektivitou, a proto je bližší perspektivě právního pozitivismu spíše než non-pozitivismu. Myslím, že to není úplně pravda – vždyť třeba i pro non-pozitivistu Alexyho je efektivita (sociální platnost) jednou z podmínek právní platnosti práva v širším smyslu (viz výše).¹⁰ Proto je vhodné zabývat se právě vztahem platnosti a efektivity, protože může jít o problém společný jak pro některé pozitivisty, tak pro některé non-pozitivisty.

⁸ BULYGIN, Eugenio. Valid Law and Law in Force. In BULYGIN, Eugenio et al. *Essays in Legal Philosophy*. Oxford: Oxford University Press, 2015, s. 284-292. Jde o text přednesený na konferenci v r. 1999 a poprvé publikovaný až v tomto výběru z Bulyginových textů.

⁹ Např. HAGE, Jaap. What is legal validity? In WESTERMAN, Pauline et al. *Legal Validity and...*, s. 19 an.

¹⁰ ALEXY, Robert. *Pojem a platnost práva...*, s. 117: „Pokud nějaký normativní systém anebo nějaká norma nemají žádnou sociální platnost, tedy ani minimálně nepůsobí svým společenským dopadem, pak takový normativní systém nebo taková norma nemůže platit ani právně. Pojem právní platnosti tedy nutně zahrnuje i prvky sociální platnosti.“

Druhým účelem tohoto textu (který mi při psaní jaksi „vyplynul“ z prvního) je dotknout se některých problémů, které jsou spojeny s pojmem práva, což je odlišný problém, než pojem platnosti konkrétního právního systému. Půjde tedy o to (jak ostatně říká název) od pojmu platnosti přejít k pojmu práva jako takového.¹¹ V textu budu slova „norma“ a „pravidlo“ chápat jako synonyma. Na závěr úvodu bych chtěl ještě velmi poděkovat kolegovi Tomáši Sobkovi (bez jehož kritických připomínek by tento text vypadal dosti jinak) a také anonymním recenzentům za jejich podněty a připomínky.

Text je uspořádán takto: Nejdříve se pokusím vymezit platnost normy jako její členství v určitém normativním systému. Pak pojednám o vztahu členství k závaznosti normy a krátce se budu věnovat i problému nezávazných norem. Poté se pokusím ukázat, že pojetí platnosti práva jakožto morální správnosti či ospravedlnění je „jen“ variantou platnosti chápané jako členství. Vztah platnosti jakožto členství a efektivity se pokusím ukázat na Kelsenově teorii právní platnosti práva, kdy dojdou k tomu, že Kelsenovo pojetí vede k tomu, že se otevírá právnímu pluralismu, který Kelsen sám kritizoval, resp. namítal jeho logickou vadnost. Na závěr se budu věnovat problémům Hartovy teorie (včetně jejího rozvinutí Razem). Z Kelsenova i Hartova pojmu práva pak podle mne plyne, že tento pojem je poměrně permissivní v tom, co považovat za právo. Jinými slovy: To, co Kelsen či Hart považovali za právo, je nejen vágně vymezené, ale může v sobě zahrnovat třeba i dosti nesoudržnou skupinu normativních systémů či souborů spojených různými podobnostmi.

2. Platnost jako členství

Když jsem na konci úvodu představil čtyři vlastnosti norem, vzniká otázka, s kterou z těchto vlastností začít. Domnívám se, že je vhodné začít nějakým nejvíce abstraktním pojmem, který může být vlastností, jež nemusí mít pouze právo, ale i jiné normativní systémy. Protože každý normativní systém musí obsahovat nějaké normy, jako nejabstraktnější vlastnost se mi jeví platnost chápaná jako členství (*membership*) normy v normativním systému. Na začátku je také vhodné objasnit, zda členství normy chápat jako shodné s její závazností, jak to tvrdili nejen naši meziváleční normativisté jako Weyr, kteří bezvýhradně chápali platnost norem jako jejich normativní existenci, jíž zase ztotožňovali s jejich závazností¹² a závaznost zase

¹¹ Alexy nebo Kirste nejdříve uvažují o pojmu práva a poté se věnují jeho platnosti, tento text se naopak nejdříve věnuje platnosti a pak se teprve dotýká pojmu práva.

¹² Viz např. WEYR, František. *Základy filosofie právní (Nauka o poznávání právníckém)*. Brno: A Píša, 1920, s. 83 an.

s povinováním (povinností).¹³ Stejný názor zastával i Kelsen,¹⁴ který však vedle toho rozvinul i učení o základní normě, jež dodává nějakému normativnímu systému jeho jednotu (v tom smyslu, že jde o „ohnisko“, z něhož „vychází“ „řetězec“ zmocnění až k nejnižším konkrétním normám).¹⁵ Uvažujeme-li však o základní normě, je zřejmé, že jde o jiné pojetí platnosti, konkrétně o pojetí platnosti jakožto členství normy v určitém normativním systému.¹⁶ Měl tedy Kelsen dvojí pojetí platnosti?

Myslím, že na tuto otázku je možné odpovědět tak, že Kelsen zastával pojetí platnosti jakožto členství (kdy členství normy v systému je dáno základní normou systému) a závaznost normy (kterou však také nazýval *validity* či *Geltung*, což přispívá k jistému terminologickému „zmatku“) pro něj byla odlišnou vlastností. Závaznost i členství však spolu úzce souvisí: Pravidlo, které je součástí normativního systému, může právě díky členství v tomto systému nabývat závaznosti – např. pravidlo o jízdě autem vlevo je závazné, protože je součástí britského či kyperského práva, ale není závazné u nás, protože není součástí českého práva. A samozřejmě, že normativní systém může obsahovat i jiné normativní standardy než pravidla jako typicky principy (jimž se zde ale nebudu věnovat).¹⁷

¹³ WEYR, František. *Teorie práva*. Praha: Orbis, 1936, s. 36: „Kde je norma, tam je i povinnost, a kde jest povinnost, tam je i norma.“

¹⁴ KELSEN, Hans. *General Theory of Law and State*. Cambridge: Harvard University Press, 1949, s. 37: „Norma vyjadřující ideu, že se něco má stát – ačkoli je možné, že se to nestane – je platná.“ KELSEN, Hans. *Pure Theory of Law*. 2. vydání, Berkeley: University of California Press, 1967, s. 10: „Slovem ‚platnost‘ označujeme specifickou existenci normy. Když popisujeme význam nebo smysl jednání (aktu) vytvářejícího normu, říkáme: Tímto aktem je nějaké lidské chování stanoveno, přikázáno, předepsáno, zakázáno nebo dovoleno, autorizováno. Jestliže používáme slovo ‚má být‘ jako zahrnující všechny tyto významy, můžeme popsat platnost normy tak, že řekneme: Něco má být nebo něco nemá být učiněno. Jestliže popisujeme specifickou existenci normy jako ‚platnost‘, vyjadřujeme tím specifický způsob, jímž norma – v opozici k přírodnímu faktu – existuje.“

¹⁵ KELSEN, Hans. *General Theory of Law and State...*, s. 115 an., KELSEN, H. *Pure Theory of Law...*, s. 195: „Základní norma je společným zdrojem platnosti všech norem náležejících ke stejnému řádu – je jejich společným důvodem platnosti.“

¹⁶ Weyr sice nerozvinul učení o základní normě, ale důvod platnosti normativního systému považoval za metanormativní otázku – stejně tak jako v kauzálním řetězci (který předpokládáme ve „světě“ bytí, jinak bychom nemohli odhalovat přírodní zákony) musí existovat první příčina a po příčinách první příčiny se již nemůžeme ptát (jinak by to nebyla první příčina), musí se i intelekt při normativním poznávání dle Weyra někde „zastavit“, tj. u nějaké první normy a dále se nelze ptát. Viz WEYR, František. *Základy filosofie právní...*, s. 89 an.

¹⁷ Pokud by čtenáři chybělo explicitní tematizování principů, pak by se o jejich platnosti dalo uvažovat nějak takto: Jestliže jsou právní principy navzájem rozporné (alespoň v Dworkinově či Alexyho dnes již klasických pojetích), jsou stále součástí práva, protože po jejich vyvážení („vybalancování“) získáme pravidla. Domnívám se, že z hlediska platnosti jako členství je celkem jedno, jestli právní normy získáváme interpretací z textů předpisů (nebo z textů jiných pramenů práva), nebo vyvažováním rozporných principů (ačkoli nepopírám velký rozdíl mezi oběma technikami získání norem!). V obou případech se pravidla stávají součástí právního systému a texty či principy jsou jistým „materiálem“, z nichž pravidla získáme. Protože tento text se zaměřuje na platnost pravidel, myslím, že takováto odpověď by snad mohla postačovat. Nijak přitom nepopírám, že zdrojem principů jsou nějaké morální hodnoty. Ale jak jsem napsal v úvodu, vztah práva a morálky přesahuje rámec tohoto textu.

Proto se nabízí jako vhodnější řešení rozlišit platnost práva od jeho závaznosti tak, jak tomu někdy bývá v současné angloamerické literatuře.¹⁸ Ještě než se zaměřím na závaznost norem (a než proberu námitky proti platnosti chápané jako členství), bych rád zdůraznil, že pojetí platnosti jako členství je vlastně dosti banální vlastností, kterou má nejen jakýkoli normativní systém, ale jíž disponuje i nějaký normativní soubor, který nemusí mít systémové vlastnosti: Představme si třeba nějakého člověka, který (třeba z nudy) začne vypočítávat pravidla, jimiž se řídí ve svém životě, přičemž jeho pravidla nemusí mít žádnou pevnější strukturu (jsou neuspořádána „bez ladu a skladu“), byť se třeba tvůrce takového souboru snaží alespoň o to, aby byl jeho soukromý soubor konzistentní (tj. aby pravidla nebyla v kontradikci) a zároveň aby jeho normy byly slučitelné (tj. aby např. příkaz A a příkaz neA neplatily zároveň). I v případě takového „soukromého“ normativního souboru lze samozřejmě hovořit o platnosti jeho norem ve smyslu jejich členství v takovém souboru. Právní systémy se, jak známo, od takových normativních souborů liší především v tom, že mají to, čemu Alexy říká „právní platnost v užším slova smyslu“ (pro Kirsteho jde o „právní platnost práva“) a Weinberger zase „teorie rodokmenu“: Aby byly normy součástí určitého právního systému, musí být „vyrobeny“ v souladu s jinými normami téhož právního systému.¹⁹ Jde tedy „pouze“ o sofistikovanější variantu členství v tom smyslu, že naplnit podmínky členství v právním systému je obtížnější (protože je třeba splnit více podmínek), než v nějakém „soukromém“ normativním souboru.

Proti takovémuuto pojetí platnosti práva jakožto členství lze mít námitky, z nichž některé zformuloval třeba německý teoretik Dietmar von der Pfordten.²⁰ Podle von der Pfordtena právní norma získává odlišné vlastnosti: Nejdříve je stanovena nějakým mluvním aktem (např. přijetí zákona). Díky tomu se stává závaznou pro své adresáty, příp. je autorizuje (k autorizaci viz níže u závaznosti). Zároveň se objeví potřeba jejího ospravedlnění (protože adresáti jsou svobodné bytosti, které si nechají přikazovat jen od ospravedlněné authority) a zároveň ona sama ospravedlňuje jednání, které přikazuje, zakazuje, autorizuje atd. Nakonec, pokud ji adresáti začnou používat, získává efektivitu (anebo, když ji nezačnou používat, norma se stává se důvodem pro vynucování). Von der Pfordten pak tvrdí, že v zásadě není třeba hovořit ještě o nějaké další vlastnosti, kterou by byla platnost normy jakožto její členství v právním systému. Platnost jakožto členství normy je pak pouhým „sběrným“ či „sumárním“ pojmem (*summary concept*), který „označuje funkci mluvního aktu jako závazku (*obligation*), příp. i dovolení, autorizace, subjektivního práva, určení statusu atd. To ale znamená, že platnost nepředstavuje žádný nový nebo odlišný „fyzický stav“ nebo „normativní stav“ práva resp. právní normy, nic navíc oproti těmto formám funkce mluvního aktu.“²¹ Dále von der Pfordten výslovně odmítá pojem platnosti jakožto členství

¹⁸ Viz např. MARMOR, Andrei. SARCH, Alexander. The Nature of Law. In ZALTA, Edward. N. *Stanford Encyclopedia of Philosophy (Fall 2019 edition)*, publikováno 22. 8. 2019. Dostupné online na: <https://plato.stanford.edu/entries/lawphil-nature/>.

¹⁹ Ostatně když pojem platnosti Weinberger nevysvětluje či netematizuje, ale používá, hovoří jasně o platnosti jakožto členství: „Tvrdit, že normativní věta N platí, znamená totéž, co tvrzení, že N patří do uvažované normativní soustavy.“ Viz WEINBERGER, Ota. *Základy právní logiky*. Brno: Masarykova univerzita, 1993, s. 132.

²⁰ VON DER PFORDTEN, Dietmar. Validity in Positive Law: A Mere Summary Concept. In WESTERMAN, Pauline et al. *Legal Validity and Soft Law...*, s. 1 an.

²¹ Tamtéž, s. 7.

poukazem na to, že norma může být na jedné straně součástí určitého právního systému a zároveň být na druhé straně neplatnou (typicky proto, že odporuje nějaké vyšší normě téhož systému).²² Na tyto námitky se pokusím odpovědět:

Za prvé, na to, abychom věděli, zda opravdu došlo ke stanovení normy nějakým mluvním aktem, je třeba, aby byly splněny náležitosti pro stanovení, které určuje právní systém samotný. A na to, abychom věděli, jaké náležitosti to jsou, potřebujeme vědět, který normativní systém je pro takové určení relevantní – např. britský parlament nemůže relevantně stanovovat směr jízdy u nás apod. A k tomu právě potřebujeme znát, které normy jsou součástí tohoto systému, potřebujeme znát jejich členství. Právě tato banální vlastnost je předpokladem toho, aby se „spustil“ celý „normativní stroj“, který zajistí závaznost, autorizaci, produkci subjektivních práv atd. Samotný fakt, že např. zrovna nějaký text konkrétního řečového aktu je český zákon a nikoli zákon jiného právního systému, je závislý na členství.

Za druhé, je samozřejmě myslitelné, že nějaké nižší pravidlo je pro rozpor s vyšším pravidlem neplatné. Z hlediska právní jistoty adresátů se však často pracuje s tím, že aby se takové pravidlo stalo skutečně neplatným, musí rozpor nějaký orgán alespoň deklarovat (např. dle čl. 95 odst. 2 české ústavy může každý soudce posuzovat, zda je podzákonný právní předpis v rozporu se zákonem), příp. z rozporu vyvodit důsledek zrušení pravidla (např. pravomoc ústavního soudu dle čl. 87 české ústavy). Lze proto pracovat s tím, že neplatné pravidlo (resp. právní předpis, který je komunikuje) je buď explicitně zrušeno (jako u čl. 87), anebo jako rozporné neaplikováno. V prvním případě je předpis vyřazen z právního řádu (takže „jeho“ normy přestávají být součástí normativního systému), ve druhém případě se zdá, že je „pouze“ neaplikován soudcem v konkrétní věci. Na první pohled se tedy zdá, že pravidlo je jako defektní neaplikovatelné, ale nemusí být vůbec chápáno jako neplatné. Tím by se možná dalo skončit, ale myslím, že by stálo za to zmínit se i o neaplikovatelnosti pravidla – není to jenom nějaká zvláštní forma neplatnosti? Domnívám se, že ano, a že je možné uvažovat takto:

Zatímco zákony (a jiné právní předpisy) jsou rušeny tím, že je přijat mluvní akt (nejčastěji v podobě jiného zákona) jejich zrušení, normy je možné rušit i jinak. Abych to uvedl na několika příkladech: Zásada *lex specialis derogat legi generali* se týká derogace norem, nikoli právních předpisů. V tomto případě jsou obecné právní normy nahrazeny zvláštními, tj. obecné právní normy jsou zrušeny v tom rozsahu, v jakém odporují zvláštním právním normám. Je zřejmé, že obecný právní předpis naopak zůstává nezrušen, protože nebyl přijat žádný mluvní akt, který by obecný zákon vyřadil z právního řádu. Když mezinárodní smlouva dle čl. 10 české ústavy stanoví jinou úpravu než zákon, jsou zrušeny právní normy, které získáme interpretací ze zákona, protože jsou nahrazeny normami, jež získáme interpretací mezinárodní smlouvy, aniž by docházelo ke zrušení zákona (k jeho vyřazení z právního řádu). Když soud odmítne aplikovat podzákonný právní předpis pro rozpor se zákonem dle čl. 95 odst. 2 české ústavy, jsou zrušeny normy, jež získáme interpretací z tohoto podzákonného předpisu, ale podzákonný předpis sám zrušen není, tedy je nadále součástí právního řádu.

²² Tamtéž, s. 13.

Jinak řečeno: Některá ukončování platnosti norem provádějí adresáti právního systému sami (právník běžně používá *lex specialis derogat legi generali*, aniž by si to často uvědomoval), jiná jsou prováděna veřejnými činiteli jako soudci obecných soudů nebo ústavních soudů. (Ne)aplikovatelnost určitých právních norem není třeba chápat jako nějakou zvláštní kategorii vedle (ne)platnosti právních norem, ale jako důsledek jejich (ne)platnosti. Na von der Pfordtenovu námitku lze tedy podle mne odpovědět, že neaplikovatelná norma je vlastně derogovaná norma, která již není platná, pozbyla své členství v právním systému – rozdíl je samozřejmě v tom, že někdy takové ukončování platnosti může provádět v zásadě každý adresát, někdy jen kvalifikovaný veřejný činitel.²³

Z těchto příkladů tedy dle mého názoru plyne, že opravdu nemůže docházet k tomu, aby jedna norma byla součástí určitého právního systému a zároveň aby tatáž norma byla neplatná. Jinak řečeno: Platnost jakožto členství je sice dosti banální vlastností každé normy, která je součástí nějakého normativního souboru či systému, ale vlastností důležitou, kterou nelze redukovat na ostatní vlastnosti jako je závaznost, ospravedlněnost nebo efektivita, a proto nejde pouze o „sběrný“ pojem.

3. Závaznost jako důsledek platnosti

Jak chápat závaznost? Je zřejmé, že ztotožnit závaznost s povinováním (stejně jako třeba Weyr, ale třeba již nikoli pozdní Kelsen²⁴) je v případě právního systému poněkud zjednodušený pohled, protože závazná norma může kromě povinností vytvářet i oprávnění nebo způsobilosti. S redukcí oprávnění na povinnost není tak veliký problém, protože je možné argumentovat tím, že jestliže je X oprávněn vůči Y, pak Y má povinnost vůči X. Tuto implikaci je možné považovat buď za záležitost definiční stipulace (jako třeba Kramer²⁵), nebo jako vztah logický. Obrácenou implikací (jestliže X je oprávněn vůči Y, pak je Y

²³ Pro úplnost: Jestliže je výslovně zrušen právní předpis, je vyřazen z právního řádu „jednou provždy“ (kdy obtížně uchopitelnou výjimku by mohly představovat právní předpisy, které jsou sice výslovně zrušeny, ale jsou ponechávány dále k aplikování – typickým příkladem z minulosti je ustanovení čl. 2 odst. 1 známého dekretu prezidenta č. 11/1944 Úř. věst. čsl., o obnovení právního pořádku (který byl republikován a změněn vyhláškou ministra vnitra č. 30/1945 Sb.), jenž stanovil dočasné používání některých právních předpisů z doby nesvobody, ačkoli je čl. 1 tohoto dekretu zrušil.) Když jsou naproti tomu zrušeny právní normy „blokující“ jiné, dochází nejspíše k „obživování“ předchozích právních norem, aniž bychom se zároveň museli uchýlovat k „obživování“ zákonů: Pokud je zrušen zvláštní zákon obsahující zvláštní právní normy, „obživnou“ právní normy obecné obsažené v obecném zákoně. Když je vypovězena mezinárodní smlouva stanovící dle čl. 10 české ústavy jinak, „obživnou“ právní normy ze zákona, které byly derogovány právními normami z mezinárodní smlouvy.

²⁴ Kelsen, Hans. *Pure Theory of Law...*, s. 4 an.: „Norma je významem nějakého jednání (aktu), v důsledku něhož je určité jednání přikázáno, dovoleno nebo autorizováno.“

²⁵ Kramer, Matthew H. SIMMONDS, Nigel E. STEINER, Hillel. *A Debate Over Rights. Philosophical Enquiries*. Oxford: Oxford University Press, 1998, s. 22 an.

povinován vůči X) se zde nemusíme podrobněji zabývat, protože tento text se primárně nevěnuje korelaci mezi oprávněními a povinnostmi.²⁶

Se způsobilostmi to je trochu složitější: Uvědomme si nejdříve, že jako způsobilosti označujeme dvě odlišné skupiny normativních pozic:²⁷ Na jedné straně jde o pozice, které by šlo nazvat „statusové“, čímž myslím způsobilost k oprávněním a povinnostem (právní osobnost) v právu hmotném a jí v procesním právu analogická způsobilost být účastníkem řízení (procesní subjektivita).²⁸ Díky tomu, že právní systém tyto způsobilosti „uděluje“ nebo alespoň uznává (pokud budeme vycházet z toho, že právní osobnost člověka je právem pouze uznávaná, nikoli vytvářená²⁹), zachází s nimi jako normativně existujícími „body přičítání“ – jestliže X má právní osobnost, pak se stává subjektem, jemuž lze přičítat oprávnění a povinnosti. Právě proto jde o statusovou záležitost.

Na druhé straně stojí způsobilosti k jednání, které je z normativního hlediska relevantní, tj. k jednání, které má normativní důsledky – způsobilost k právnímu jednání (svéprávnost), její analogie v procesním právu, jíž je procesní způsobilost,³⁰ a způsobilost deliktů. Způsobilost přitom nelze redukovat na oprávnění či povinnosti, což věděli již němečtí právní vědci předminulého století jako von Brinz nebo Jellinek:³¹ Např. způsobilost k právnímu jednání A lze sice chápat jako oprávnění vykonat právní jednání A (např. způsobilost disponovat se svým vlastnictvím lze chápat jako dispoziční subjektivní právo – *ius disponendi*), ale již ji nelze chápat jako povinnost vykonat právní jednání A; deliktů způsobilost k jednání B není ani oprávněním vykonat B, ani povinností zdržet se B (zákazem B). Jde tedy o samostatnou kategorii pozic, kterou lze nejvhodněji charakterizovat jako pravomoc, autorizaci, zmocnění, kompetenci či vliv (*power*) v hohfeldovské klasifikaci, což je v podstatě totéž.³² Pokud má X způsobilost k právnímu jednání či k deliktu, pak má (hohfeldovský) vliv (je autorizován,

²⁶ Ke korelaci mezi oprávněními a povinnostmi viz např. ŠEJVL, Michal. Subjektivní práva. In SOBEK, Tomáš. HAPLA, Martin a kol. *Filosofie práva*. Brno: Nugis Finem Publishing, 2020, s. 323 an. Poznámám pouze, že hlavní problém, který vede některé teoretiky k tomu, že tuto korelaci popírají, je adresnost oprávnění a povinností, resp. situace, kdy se zdá, že není zřejmé vůči komu nějaké své povinnosti nebo svá oprávnění máme. Adresnost práv a povinností však také ukazuje, že „jazyk“ práv a povinností je expresivnější, než „jazyk“ norem.

²⁷ Používám termín „pozice“, protože označení „vlastnost“ mi nepřipadá adekvátní: Stejně jako v logice je existence nějakého individua (entity) odlišná od jeho vlastností (a individuum je jakýmsi „věšákem“ na vlastnosti), nelze typicky o právní osobnosti X vymezující existenci X jakožto subjektu hmotného práva hovořit jako o vlastnosti X (kdy subjekt X je „věšákem“ na oprávnění a povinnosti, tedy „bodem přičítání“ práv a povinností).

²⁸ Je zřejmé, že způsobilost být účastníkem řízení může mít i subjekt, který nemá právní osobnost. Právě proto není způsobilost být účastníkem řízení totéž, co právní osobnost, a jde pouze o analogickou pozici. Z téhož důvodu musí být způsobilost být účastníkem řízení samostatnou pozicí.

²⁹ Viz např. § 19 českého občanského zákoníku.

³⁰ Opět: Je zřejmé, že procesně způsobilým může mít i subjekt, který nemá svéprávnost, a proto je mezi svéprávností a procesní způsobilostí analogický vztah.

³¹ Přehledově viz např. ALEXI, Robert. *A Theory of Constitutional Rights*. Oxford: Oxford University Press, 2002, s. 151.

³² Robert Alexy ostatně píše, že výrazy jako *power* (vliv), „kompetence“, „autorizace“, „způsobilost“ (*capacity*, *Fähigkeit*) apod. označují totéž, což je schopnost měnit někomu (včetně sebe sama) jeho oprávnění či povinnosti. Viz ALEXI, Robert. *A Theory of Constitutional Rights...*, s. 150.

zmocněn, má kompetenci, pravomoc) k právnímu jednání či deliktu, jehož vykonáním docílí změny oprávnění a/nebo povinností sebe sama i jiného subjektu.³³

Obě skupiny pozic (tj. statusové způsobilosti i způsobilosti k jednání) však mají společné to, že je lze chápat jako podmínky oprávnění nebo povinností (např. jen pokud je X osobou, lze mu přiřít práva a povinnosti, jen pokud je X svéprávný, lze jeho jednání považovat za jednání měnící práva a povinnosti apod.), a proto je vhodné chápat tyto pozice jako zvláštní případy jediné kategorie, které říkáme „způsobilost.“

O závaznosti lze však uvažovat ještě hlouběji, pokud přijmeme Hartovo vnitřní hledisko adresáta normativního systému, kdy normy budou plnit roli důvodů k jednání adresátů. Jak známo, ve vnitřním hledisku se projevuje akceptace práva adresáty, která není tak „silná“ (která od nich nepožaduje tolik) jako akceptace právních pravidel jakožto souladných s morálkou nebo s jiným standardem,³⁴ ale zase není tak „slabá“ jako vnější hledisko, které může být v „extrémní“ formě pouze hlediskem vnějšího pozorovatele, který má nějaký teoretický zájem na poznání, co je právem v dané společnosti, v „mírnějších“ formách pak hledisko konformisty (tedy toho, kdo dodržuje pravidla z mnoha rozličných důvodů, typicky proto, že tak jednají i ostatní adresáti) nebo hledisko někoho (typicky zločince), který sice chápe, že podle práva může být potrestán za své zločiny, ale odmítá být alespoň konformistou (protože je zločincem). Důvod, proč vymezovat akceptaci práva právě takto, je možné spatřovat v tom, že pouze tehdy, když budeme chápat pravidla jako důvody k jednání, je možné pomoci právních pravidel ospravedlňovat či kritizovat jednání své či jiného.

V tomto případě je patrně nejjednodušší říci, že pravidla plní pravidla roli vylučujících důvodů, jak to dle mého názoru ukázal přesvědčivě již Raz, tj. jako důvodů, které nás „nutí“ odhlédnout od jiných důvodů k jednání.³⁵ Je zřejmé, že povinnosti, které jsou součástí určitého normativního systému, plní roli takovýchto vylučujících důvodů a pokud uznáváme korelaci oprávnění a povinností, pak tuto roli plní i oprávnění. Zároveň jsou vylučujícím důvodem i normy stanovící oba druhy způsobilostí (tj. statusové i způsobilosti k jednání), i když již nepůjde o vylučující důvody k jednání: Jestliže určitý normativní systém stanoví (anebo uzná), že X je osobou a že má způsobilost jednat, pak jsou tato pravidla důvodem k vyloučení jiné koncepce statusu (která by popírala, že X je osobou) nebo jiné koncepce jednání (která by popírala, že X jedná). Z toho je však také zřejmé, že způsobilosti jsou vylučující důvody k odlišným koncepcím relevance jakožto podmínkám jednání – jen tehdy, je-li X osobou, pak je X relevantním pro přiřítání oprávnění a povinností; jen tehdy, je-li X způsobilý jednat, pak se považuje jeho jednání za relevantní. Koncepci vylučujících důvodů

³³ Jistý problém by mohlo působit chápání delikttní způsobilosti jako vlivu, když vliv způsobí změnu oprávnění a povinností v souladu s pravidly daného normativního systému (dle Hohfeldova vymezení vlivu). Jenže si musíme uvědomit, že v souladu s pravidly má být vliv sám, nikoli nutně vykonání vlivu: Např. v souladu s českým právem je, když jako důsledek protiprávního jednání škůdce dojde ke změně práv poškozeného („přibude“ mu právo na náhradu škody) i škůdce. Pozitivní právo prostě pracuje s důsledky svého porušování, které také může být vlivem měnícím práva. Ale třeba Alexy z tohoto důvod nepovažuje delikttní způsobilost za vliv – viz tamtéž, s. 152.

³⁴ Např. adresát, co neakceptuje určitou úpravu, protože je podle něj nespravedlivá, neuznává právo z hlediska spravedlnosti, ale může i taková pravidla chápat jako důvody svého jednání.

³⁵ RAZ, Joseph. *Practical Reason and Norms*. 3. vydání, Oxford, Oxford University Press, 1999.

je tedy třeba rozšířit – nejde jen o vylučující důvody k jednání (které tematizoval Raz), ale i vylučující důvody k přičítání jednání nebo (chcete-li) k relevanci jednání.

Závaznost norem je jakousi „vnitřní“ vlastností určitého normativního systému, kterou lze chápat jako nezávislou na jiných normativních systémech, což je zvláště patrné pokud uvažujeme o závaznosti práva (jednoho normativního systému) ve vztahu k morálce (druhému normativnímu systému): Stejně jako se mohou lišit naše právní oprávnění (*legal rights*) od našich morálních oprávnění (*moral rights*), naše právní povinnosti od našich morálních povinností, naše právní způsobilosti do našich morálních způsobilostí (je např. možné přesvědčivě dovodit, že zvířata mají morální status, zatímco určitý právní systém jim nepřiznává právní osobnost), mohou se lišit i právní vylučující důvody od našich morálních vylučujících důvodů. Jinými slovy, přijetí Razovy koncepce vylučujících důvodů je „odpojitelé“ od jeho koncepce servisní autority, která díky tomu, že je servisní autoritou (tedy vlastně epistemickou autoritou, která již v zájmu adresátů „vybalancovala“ různé morální důvody adresátů do pokud možno koherentního systému norem) aspiruje na to, že je i morální autoritou. Ještě jinak řečeno: O pozitivním právu je možné hovořit nezávisle na tom uznáváme-li jeho morální ospravedlněnost.

Je zřejmé, že takové „odpojení“ Razovy koncepce vylučujících důvodů od jeho koncepce servisní autority však lze provést jen za určitou „cenu“: Raz pracoval s tím, že právě díky tomu, že servisní autorita aspiruje na to být i morální autoritou, právní normy, které servisní autorita vytvořila, aspirují i na morální závaznost. Raz tedy nepotřeboval nějakou specificky právní závaznost, protože si vystačil s aspirací na závaznost morální. Jak ale chápat nějakou specificky právní závaznost pravidel (Alexyho právní platnost v užším pojetí, Kirsteho právní platnost práva)? Nabízí se samozřejmě řešení, podle něhož jsou právní normy vylučujícími důvody (relevantními) z hlediska právního systému (a nikoli třeba z hlediska morálky). Takové řešení však ve svých důsledcích inklinuje k tomu, aby právní závaznost chápalo jako vynutitelnost: Jestliže např. před soudem či úřadem budou jako relevantní argumenty uznávány pouze argumenty vycházející z právních norem (a nikoli třeba z norem morálních), právní závaznost právních norem se bude jevit jako důležitá jen před orgány aplikujícími či vynucujícími právo, nikoli nutně v sociální praxi jako takové (tedy při tzv. realizaci právních norem). Jinými slovy: Pokud budeme chtít hovořit o nějaké specificky právní závaznosti, musíme ji vlastně nahradit vynutitelností. A naopak, když budeme chtít hovořit o morální závaznosti právních norem, nezbyvá nám nic jiného, než „zatížit“ morálkou nejen pojem závaznosti, ale i pojem platnosti. Jak před lety napsal kolega Sobek, „pokud platnost implikuje závaznost, pak morálně zatížená koncepce závaznosti předpokládá morálně zatíženou koncepci platnosti, zatímco morálně odlehčená koncepce závaznosti předpokládá morálně odlehčenou koncepci platnosti.“³⁶

4. Exkurs k nezávažným normám

Ještě než se budu (velmi stručně) zabývat Alexyho etickým pojmem platnosti (a Weinbergerovým pojmem platnosti jakožto morálního či přirozenoprávního

³⁶ SOBEK, Tomáš. *Nemorální právo*. Praha: Ústav státu a práva AV ČR, 2010, s. 258.

ospravedlnění), nabízí se otázka nezávazných pravidel: Není nějak „divné“ nebo dokonce i nesprávné hovořit o nezávazných pravidlech? Marek Káčer, který také uvažuje o pravidlech jako o vylučujících důvodech k jednání,³⁷ je přesvědčen, že nezávazné normy existují, a má na mysli taková pravidla, která nějaký subjekt dobrovolně uzná za vylučující důvody pro své jednání.³⁸ Tento fakt uznání tedy včlení určité pravidlo do „soukromého“ normativního souboru či systému určitého subjektu, tím ho učiní platným (v souladu s pojetím platnosti jakožto členstvím) a pravidlo tímto včleněním získá závaznost, takže začne hrát roli vylučujícího důvodu. Tato operace se však nijak podstatně neliší od toho, jak se pravidla mohou stávat součástí jakéhokoli jiného normativního systému, třeba práva – když např. Austin tvrdil, že právo je závislé na obecném zvyku poslušnosti³⁹ a pracoval tedy s obecným uznáním práva společností (tj. pracoval s obecným uznáním), říkal totéž, anebo když Bierling pracoval s tím, že právo musí být uznáno individuálně a dobrovolně jednotlivci⁴⁰ (tj. pracoval s individuálním uznáním), také neříkal nic jiného. Jinými slovy: Káčer by mohl tvrdit, že i právní normy jsou nezávaznými pravidly, protože o tom, jestli jsou nebo nejsou součástí právního systému, rozhoduje nějaký fakt (typicky uznání) stojící mimo právní systém samotný. (K uznání se vrátím níže, když budu probírat Hartovu teorii.) Závaznost pravidel jakožto vylučujících důvodů totiž dává smysl jen pokud přijmeme vnitřní hledisko, jen „zevnitř“ již existujícího určitého normativního systému. A abychom nějaké pravidlo chápali „zevnitř“ určitého normativního systému, musí být takové pravidlo jeho součástí – musí být z hlediska tohoto normativního systému platným.

Z toho plyne, že závaznost není nijak pojmově spojena s pravidlem a jeho závaznost či nezávaznost je nutné vždy spojit s konkrétním normativním systémem či souborem, i kdyby to byl „soukromý“ normativní soubor. Závaznost pravidla je tedy relativní a je určována členstvím pravidla v nějakém normativním systému. To, co se liší, mohou být samozřejmě důvody uznání, které včleňuje pravidlo do normativního souboru či systému. V případě „soukromých“ normativních souborů bude hrát velmi často podstatnou roli, zda člověk někoho považuje za epistemickou autoritu, tj. za autoritu, která ví lépe než on, jak nějakou činnost provádět: Postup, jak efektivně chytat ryby, který otec ukázal synovi (Káčerův příklad), nebo postup, jak si zachovat zdraví, který lékař ukázal pacientovi, se mohou stát pro někoho závaznými pravidly, protože otec či lékař představují pro syna či pacienta takovou epistemickou autoritu, kterou uznávají. Jindy již autority nemusí být pouze epistemickými – když např. technicky zdatný opravář počítačů neopravuje sám svůj vadný počítač, který je v záruce, ale raději se spolehne na autorizovaný servis, nemusí to nutně dělat proto, že by si na opravu netroufl (vždyť je opravářem počítačů), ale proto, že nechce přijít o záruku v případě, že by se mu oprava nepovedla (protože i profesionál dělá chyby). Roli tedy pro něj hrají právní důvody, tedy normativní důvody stojící mimo opravářův

³⁷ PROCHÁZKA, Radoslav. KÁČER, Marek. *Teória práva*. Bratislava: C. H. Beck, 2013, s. 100: „Podstatu normy je možné pochopit pouze skrze vnitřní hledisko toho, kdo je přesvědčen o její platnosti. Z tohoto hlediska vystupuje jako dostatečný a výlučný důvod pro vykonání jednání, které je s normou v souladu, a zároveň jako dostatečný a výlučný důvod pro kritiku/odmítnutí jednání, které je s ní v rozporu.“

³⁸ Tamtéž, s. 108 an.

³⁹ AUSTIN, John. *The Province of Jurisprudence Determined*. Cambridge: Cambridge University Press, 1995, s. 166 an.

⁴⁰ BIERLING, Ernst R. *Zur Kritik der juristischen Grundbegriffe*. Gotha: F.A. Pethes, 1877.

„soukromý“ normativní systém. Konečně u právních systémů může plně převažovat jiný důvod uznání, než je uznání epistemické autority – o tom však budu hovořit níže, když budu mluvit o problémech Hartova pravidla uznání a jeho rozvinutí Razem.

5. Morální ospravedlněnost jakožto varianta členství

I non-pozitivistická pojetí platnosti práva, tj. Alexyho pojetí etické platnosti, lze chápat jako variantu pojetí platnosti jakožto členství. Je samozřejmé, že pokud je pravidlo součástí přirozeného práva, pak je samozřejmě i platné, pokud nikoli, pak není součástí přirozeného práva a tedy není ani platné. Ať již věříme jakékoli etice (odůvodňující morálku), pak opět: Je-li pravidlo součástí morálky, je i platné. Alexy i Weinberger (který hovoří o teorii platnosti jakožto morálního ospravedlnění, aniž by sám tuto teorii zastával, protože není non-pozitivistou) však mají na mysli jinou otázkou, a sice tu, zda je totéž pravidlo i součástí jiného normativního systému, typicky pozitivního práva. Podle Weinbergera iusnaturalisté pracují s tím, že jen ty normy pozitivního práva, které jsou v souladu s přirozeným právem, jsou součástí pozitivního práva, což lze i výstižně ukázat: Jak říká např. iusnaturalista Richard Berquist (výslovně vycházející z Akvinského teorie přirozeného práva), „nic nedokazuje, že lidské právo je opravdu právem, pokud zároveň nepředpokládáme, že je tvořeno příkazy, které jsme povinováni dodržovat.“ A těmi příkazy, které jsme povinováni dodržovat, jsou samozřejmě příkazy přirozeného práva.⁴¹ Obdobně zní i známá Radbruchova formule (byť přirozené právo nijak blíže nevymezuje a byť vyřazení normy z právního systému neváže na jakýkoli rozpor s přirozeným právem, ale jen na rozpor extrémní).⁴² I Dworkinova non-pozitivistická teorie práva jako integrity požadující neustálé vyvažování mezi věrností

⁴¹ BERQUIST, Richard. *From Human Dignity to Natural Law. An Introduction*. Washington: The Catholic University of America Press, 2019, s. 79. V této souvislosti je možná vhodné připomenout, že Akvinský neříkal, že příkazy lidského práva (tj. pozitivního práva), které odporují právu přirozenému, jsou neplatné: V *Sumě teologie* sice Akvinský doslova píše, že lidský zákon, který by se prohřešoval proti přirozenému zákonu, by již nebyl zákonem, ale jeho porušením. (*Si vero in aliquo, a lege naturali discordet, iam non erit lex sed legis corruptio.*) Viz ST, I-II, q. 95, a. 2. Zde však Akvinského argumentace nekončí, ale naopak pokračuje a Akvinský v ní dokazuje (zjednodušeně řečeno), že toto platí pouze pro tzv. prvotní příkazy přirozeného zákona (které plynou z přirozených sklonů člověka a které jsou čtyři – zachovat svůj život (sklon společný všemu živému), rozmnožovat se (sklon společný všem živočichům), poznávat Boha a žít ve společnosti (sklony, které jsou vlastní člověku, protože je rozumný) – viz ST, I-II, q. 94, a. 2 co.), nikoli pro přirozený zákon jako celek.

⁴² RADBRUCH, Gustav. Pět minut právní filozofie. In RADBRUCH, Gustav. *O napětí mezi účely práva*. Praha: Wolters Kluwer, 2012, s. 118: „Existují takto právní zásady, které jsou silnější než jakákoli právotvorba a v důsledku nichž postrádá zcela platnosti zákon, který je s nimi v rozporu. Tyto zásady nazýváme přirozeným právem nebo právem plynoucím ze samotného rozumu.“ Týž: RADBRUCH, Gustav. *Zákonné neprávno a nadzákonné právo*. In RADBRUCH, Gustav. *O napětí mezi účely práva...*, s. 130: „Konflikt mezi spravedlností a právní jistotou lze patrně řešit jen tak, že pozitivní právo, zajišťované předpisy a mocí, má přednost i tehdy, když je obsahově nespravedlivé a neúčelné, to ovšem vyjma případu, kdy rozpor mezi pozitivním zákonem a spravedlností dosáhne tak nesnesitelné míry, že zákon jako ‚nepatřičné právo‘ (*unrichtiges Recht*) musí spravedlnosti ustoupit. Je nemožné vést ostřejší dělicí čáru mezi případy zákonného neprávno a zákony platicími navzdory svému nesprávnému obsahu, odlišné vymezení hranic lze ale provést s veškerou zřetelností: kde se o spravedlnost ani neusiluje, kde byla rovnost vytvářející podstatu spravedlnosti při tvorbě pozitivního práva vědomě popřena, tam není zákon toliko ‚nesprávným právem‘, nýbrž zcela postrádá právní charakter.“

předchozí praxi (kterou po nás požaduje koherence) a morální správnosti⁴³ je nakonec nějakou teorií členství pravidla v normativním systému v tom smyslu, že pravidlo je součástí objektivní morálky.⁴⁴ Ale stejně tak je platnost práva teorií členství i pro tzv. inkluzivní právní pozitivisty, kteří připouštějí, že morální standardy mohou být součástí pravidla uznání – zastávají tedy slabší tezi, než non-pozitivisté, podle nichž existuje nutný vztah mezi platností práva a jeho morální správností. Proto nelze jednoduše říci, že by teorie členství byla typická pro právní pozitivisty, zatímco teorie platnosti jakožto morální správnosti byla typická pro non-pozitivisty.

Z toho podle mne plyne, že je vlastně pouze jedno kritérium platnosti práva, kterým je členství pravidla v právním systému. Závaznost je pak jinou vlastností normy, která je důsledkem či „výstupem“ platnosti. Platnost ve smyslu členství je pak možné chápat buď podle takového pojetí, které Weinberger po Dworkinově vzoru nazývá teorií rodokmenu, jejímiž nejvýznamnějšími představiteli budou nejspíše Kelsen a Hart, anebo podle pojetí činící členství závislým na morálním či přirozenoprávním ospravedlnění normy, jak si to představuje třeba Alexy a mnoho jiných non-pozitivistů.

Všimněme si zároveň, že dosavadní úvahy nijak nehovořily o právu jako takovém, protože úvahy o platnosti jako členství a o závaznosti se týkaly v zásadě jakýchkoli normativních systémů či souborů – i normy nějakého „soukromého“ normativního souboru můžeme „selektovat“ podle toho, zda jsou morálně ospravedlněné či nikoli.

6. Vnější pohled: problémy Kelsenova řešení a platnost práva podmíněná efektivitou

Pokud tedy ponecháme morální správnost či přirozenoprávní pojetí platnosti stranou a zaměříme se jen na pojetí platnosti jako rodokmenu, nabízí se pojednat o první z Weinbergerových teorií rodokmenu, jímž je Kelsenova teorie. Jak již bylo řečeno výše, Kelsen uvažoval o základní normě, která dodávala právnímu systému jednotu a která je předpokladem poznávání pozitivního práva a jako takovýto předpoklad uděluje platnost všem normám pozitivního práva – platnost norem pozitivního práva se prostě předpokládá. Tento předpoklad (ať již ho v různých fázích svého života filozoficky kvalifikoval jakkoli) volil Kelsen z jednoduchého důvodu, že ho prostě musíme přijmout, když hodláme pracovat s tím, že ve společnosti platí nějaké právo, které chceme poznávat. Jako nutnou podmínku (nikoli však dostačující!) takového předpokladu však Kelsen požadoval, aby byly normy

⁴³ DWORKIN, Ronald. *Law's Empire*. Oxford: Hart Publishing, 1986.

⁴⁴ Ve své poslední knize Dworkin explicitně tvrdí, že právo je odvozeno od politické morálky, která je sama odvozena od osobní morálky, která je zase odvozena od obecnější teorie, co to znamená dobře žít (*general theory of what it is to live well*). Viz DWORKIN, Ronald. *Justice for Hedgehogs*. Cambridge: Belknap Press, 2011, s. 5.

pozitivního práva v celku účinné, tedy efektivní.⁴⁵ Jinými slovy: Abychom pozitivní právo mohli poznávat, musí zde již existovat nějaký vcelku efektivní (*by and large effective*) řád vybavený sankcemi (další znak práva), o němž je smysluplné předpokládat (na základě základní normy), že jde o právo.⁴⁶ To však neznamená, že by Kelsen zastával pojetí platnosti jakožto efektivitu (jak ji nazývá Bulygin), anebo realistickou teorii platnosti (jak ji nazývá Weinberger) – právě naopak se vůči ní vymezoval, protože podle něj chtěla úplně opustit normativní poznávání a nahradit ho predikcí.⁴⁷ Jenom to znamená, že Kelsenovo pojetí platnosti práva je závislé na efektivitě práva, o němž již předpokládá, že existuje. Všimněme si přitom toho, že Kelsenova základní norma je předpokladem poznání práva, z čehož plyne, že Kelsenův pohled na právní systém je pohledem vnějšího pozorovatele, který má teoretický zájem na poznání práva (viz výše) a tím se podstatně liší od Hartova pohledu. A zároveň si všimněme toho, že když hovoříme o efektivitě právního systému, pak také přijímáme vnější hledisko, protože nás teoreticky zajímá, která pravidla v sociální realitě efektivně působí a která nikoli.

Zaměříme-li nyní náš pohled na pojetí platnosti jakožto efektivitu, je zřejmé, že se bude do velké míry „krýt“ s tím, co Weinberger považuje za realistická pojetí platnosti práva. To, že obě pojetí jsou podobná, je samozřejmě možné dovodit za předpokladu, že efektivitou nebudeme rozumět úplně dodržování práva ze strany společnosti (jednání v souladu s právem, ať již z jakýchkoli důvodů), protože jinak by velika a pro některé teoretiky i podstatná část práva vůbec realizována nebyla – např. kdyby lidé nepáchali trestné činy nebo nezpůsobovali škody jiným, trestní právo ani deliktární právo by vůbec realizováno nebylo. Realistický přístup k efektivitě práva naopak předpokládá, že lidé právo často nedodržují, a proto se spoléhá na to, že právo lze poznat, když se zaměříme na činnost těch, kteří podle práva rozhodují, což jsou veřejní činitelé jako úředníci či soudci. Právo je pak pro ně činnost těchto veřejných

⁴⁵ KELSEN, Hans. *General Theory of Law and State...*, s. 42: „Norma je považována za platnou pouze za podmínky, že náleží do normativního systému, který je vcelku účinný (*efficacious*). Takto je účinnost podmínkou platnosti; podmínkou, nikoli důvodem platnosti. Norma není platná, protože je účinná; je platnou, pokud řád, k němuž náleží, je jako celek účinný.“ Tamtéž, s. 119: „Každá jednotlivá norma ztrácí svou platnost, když právní řád, do něhož patří, ztrácí svou účinnost jako celek. Účinnost celého právního řádu je nutnou podmínkou platnosti každé jednotlivé normy tohoto řádu.“ KELSEN, Hans. *Pure Theory of Law...*, s. 211 an: „Stejně tak jako norma jako význam aktu (podle něhož něco má být) není identická s aktem (který skutečně je), není platnost právní normy identická s její účinností (*effectiveness*); účinnost právního řádu jako celku a účinnost jednotlivé právní normy jsou – stejně jako akt vytvářející normu – podmínkou platnosti; účinnost je podmínkou v tom smyslu, že právní řád jako celek a jednotlivá právní norma, nemohou být považovány za platné, pokud přestanou být účinné.“

⁴⁶ Na okraj je možné poznamenat, že Weyr pracoval s tím, že předpoklad platnosti není nutně spojen s podmínkou efektivitu: „... vlastnost normativní existence (= platnosti) dodává normám konec konců poznávající subjekt svým stanoviskem (hypothesis) sám a ... nevězí tudíž v poznávaném předmětu (bez ohledu na poznávající subjekt). Kdo by tvrdil opak, zaměňoval by pojem platnosti a účinnosti (působivosti), ... Neboť platnost (normativní existence) normy (normového souboru) jest důsledkem stanoviska, jež zaujal poznávající subjekt – hypothesis ve smyslu Kantově – nikoli působivost (účinnost) normových představ, která jest skutečností vnějšího světa, poznatelnou kausální metodou. Je tedy nesprávný názor, že jen ‚pozitivní‘ právo (ve smyslu naznačeném, t. j. působící, nebo alespoň kdysi působivší) skutečně ‚existuje‘ a tudíž jen ono jest možným předmětem poznávání (normativního), kdežto ‚božské‘, ‚přirozené‘ nebo ‚vymyšlené‘ právo ‚neexistuje‘ a nemůže býti tudíž předmětem poznávání.“ WEYR, František. *Teorie práva...*, s. 86 an.

⁴⁷ KELSEN, Hans. *Pure Theory of Law...*, s. 87 an.

činitelů a efektivita práva je zajímavá v tom smyslu, že se oprošťují od normativního aspektu práva a zajímavá je jen to z práva, co tito činitelé opravdu aplikují. Problém takového přístupu není jen to, že na právu nás nezajímá jeho normativita a že platnost normy se stává pouze pravděpodobnou.⁴⁸ Daleko větší problém je podle mne to, že realistický přístup vlastně neposkytuje jakékoli kritérium, pomocí něhož bychom mohli odlišit situace, kdy v praxi veřejných činitelů efektivně působí právo a kdy v ní efektivně působí nějaká jiná pravidla⁴⁹ (třeba náboženská pravidla v nějaké konzervativní společnosti). Samozřejmě je možné říci, že z množiny platných právních norem „odečteme“ ty, které ve společnosti efektivně nepůsobí, protože je společnost ignoruje (to, čemu se říká *dead letter law* nebo právo vyšlé z užívání – *desuetudo* – příp. obsoletní právo⁵⁰), a řekneme o nich, že z hlediska platnosti jakožto efektivity neplatí. K tomu však již potřebujeme znát onu množinu právních norem, z níž máme neefektivní právo „odečítat“, což znamená, že potřebujeme jiné kritérium platnosti.

Proti této úvaze je možné namítnout následující: Představme si, že existují nějaké instituce (typicky soudy), o nichž z nějakých důvodů nepochybně víme, že jde o právní instituce a jejich rozhodovací praxi (resp. pravidla, která se v takové praxi „ukazují“) považujeme za právo. Pak bychom opravdu mohli tvrdit (v souladu s Weinbergerovým realistickým pojetím platnosti a v souladu s Bulyginovým pojetím platnosti jako efektivity), že tato pravidla jsou platnými součástmi práva, pokud efektivně působí ve společnosti (tj. pokud jsou alespoň částečně dodržována). Problémem však je, jak o nějakých institucích opravdu nepochybně vědět, že jsou právními institucemi:

Představme si nějakou skupinu lidí, z nějakých důvodů (třeba náboženských, jinak ideologických nebo jiných) rozhodne žít podle vlastních pravidel, řešit podle těchto pravidel i své spory, vytvářet nějaké rozhodovací instituce apod., aniž by se uchýlovala k používání pravidel jiné (třeba většinové) společnosti. Máme pak instituce takovéto „paralelní polis“ (abych si vypůjčil termín používaný disidentem Václavem Bendou) považovat za právní?

Pokud bychom na takovou otázku odpověděli kladně, pak přijmeme perspektivu o multiplicitě právních systémů, kterou zastávají někteří právní antropologové jako typicky Leopold Pospíšil,⁵¹ ale nejen oni – např. zastánce anarcho-kapitalismu David Friedman

⁴⁸ Viz výstižně WEINBERGER, Ota. *Norma a instituce...*, s. 110 an.

⁴⁹ Na to mj. poukazoval i Kelsen – viz KELSEN, Hans. *Pure Theory of Law...*, s. 211.

⁵⁰ Mezi *desuetudo* a obsolecí může být rozdíl, když se obsolece někdy považuje za jev, která nevede k derogaci pravidla, a naopak u *desuetudo* dochází k derogaci pravidla. Např. Peczenik v PECZENIK, Aleksander. *On Law and Reason*. 2. vydání. Springer, 2008, s. 22 píše, že neužíváním zákonného ustanovení dochází k obsoleci jakožto jakési „poloviční platnosti“ (*half-validity*) ustanovení a když obsolece trvá dosti dlouho, dochází k *desuetudo*, tedy k derogaci pravidla.

⁵¹ Pospíšil svou tezi o multiplicitě právních systémů formuluje takto: „Tvrdím, že každá fungující sociální podskupina, bez ohledu na to, zda je malá či velká, zda je založena na příbuzenském či rezidenčním principu, zda se podřizuje právním nařízením státu či ne, má svou vlastní autoritu, která v ní aplikuje její vlastní právní systém. I takové kriminální gangy jako Cosa Nostra mají svá pravidla, soudní autority a sankce, které jsou dokonce někdy více bezprostřední a krutější, než sankce státní. Protože rozhodnutí autorit těchto kriminálních gangů má všechny atributy práva, jejich sociální kontrola si zasluhuje být nazývána právním systémem, a to navzdory všem námitkám, které může mít ortodoxní, etický či na státní právo jednostranně zatížený právní badatel.“ Viz POSPÍŠIL, Leopold. *Etnologie práva. Teze ke studiu práva z mezikulturní perspektivy*. Praha: Set Out, 1997, s. 61.

také uznává třeba romské právo (*Romani law*), právo vězňů či pirátů apod.⁵² Jenže pak by právních systémů uvnitř jedné společnosti bylo až „zoufale“ mnoho: Vzpomínám si, jak jsem se v květnu 2011 na konferenci *Anthropology of Law: A Synthesis* v Praze zeptal (dnes již bohužel zesnulého) profesora Pospíšila na to, zda jeho kritéria vymezení právního systému splňují i pravidla uvnitř naší české nukleární rodiny. Jestliže totiž Pospíšil považoval za znak práva autoritu, sankci, závaznost (*obligatio* mezi živými lidmi) a univerzální použitelnost pravidel (což představuje vlastně jakýsi minimální standard spravedlnosti ve smyslu Hartova „Posuzuj podobné případy podobně a různé různě“),⁵³ pak pokud uvnitř nějaké české rodiny považujeme za autority otce a matku, kteří vydávají pravidla pro sebe a pro děti (např. starší dítě myje nádobí a mladší zase vynáší odpadky), udělují za jejich porušení sankce (např. zkrácení výše kapesného dětem), přičemž respektují „precedenty“ (tj. když autority takto postupovaly vůči dětem dříve, budou stejně postupovat i v budoucnu, nenastanou-li nějaké zvláštní okolnosti), pak není důvodu, proč i tato pravidla nepovažovat za právní. Pan profesor mi tehdy vlastně neodpověděl, ale domnívám se, že i tato pravidla by musel považovat za právní v souladu se svým vymezením práva.

Zde však nechci pojednávat o nevhodnosti nějakých antropologických teorií práva (jejichž zastánci někdy sami tvrdí, že je spíše zajímavá to, jak právo funguje, než to, jak právo vymezit⁵⁴) nebo kritizovat právní pluralismus. Chci jen říci jednu věc: Kelsen nakonec činí závislým platnost práva na nějakém faktu, konkrétně na faktu efektivnosti práva. Protože však efektivně působících normativních systémů s autoritami, sankcemi apod. může být uvnitř jedné společnosti více, který z nich si máme vybrat, abychom jej považovali za právo a „vtáhli“ jej do oboru normativního poznávání skrze Kelsenovu základní normu?

Je jasné, že Kelsen sám nepovažoval efektivitu normativního systému za dostačující podmínku pro jeho „vtahování“ do oboru normativního poznávání základní normou, a je také zřejmé, že pro něj hrály roli i další podmínky související se systémovými vlastnostmi práva (např. nerozpornost, splnitelnost, hierarchie atd.) a se státem jakožto tvůrcem práva. Je však představitelné, že i pravidla nukleární rodiny či „paralelní polis“ by mohla splnit takové systémové požadavky (např. v případě konfliktu příkazů autority otce a autority matky může vítězit autorita matky) apod. A znak státu nám s definováním práva také příliš nepomůže: Pokud stát chápeme ze sociologického hlediska, pak je představitelné, že různé nestátní korporace mohou plnit velmi podobnou roli jako takové státy – např. katolická církev v minulosti vystupovala s nároky na světskou vládu a mnohá její řešení systémových problémů (stanovování hierarchií úřadů a norem, procesní pravidla) se často stala vzorem pro obdobná řešení na úrovni států (např. moderní procesní pravidla vycházejí z římsko-kanonického procesu apod.); podobně by asi těžko někdo rozlišil ovládání Indie prováděné soukromou Východoindickou společností od situace, kdy Indii ovládala Velká Británie.

⁵² FRIEDMAN, David. LEESON, Peter T. SKARBEEK, David. *Legal Systems Very Different From Ours*. Independently published, 2019.

⁵³ Pospíšil říká, že požadavek univerzální použitelnosti právních pravidel je splněn tehdy, když „právní autorita vydává právní rozhodnutí s úmyslem, že bude v budoucnosti aplikováno na všechny podobné nebo ‚identické‘ případy,“ což platí i pro právní rozhodnutí, která jsou bezprecedentní. Viz POSPÍŠIL, Leopold. *Etnologie práva...*, s. 49.

⁵⁴ Viz např. PIRIE, Fernanda. *The Anthropology of Law*. Oxford: Oxford University Press, 2013, s. 9.

A když stát chápeme z normativního hlediska jako právní systém, pak nám definiční znak státu k vymezení práva samozřejmě nepomůže vůbec.

Vyvstává tak před námi právní pluralismus, který Kelsen popíral jako logicky nemožný, což lze vidět na jeho monismu ve vztahu vnitrostátního a mezinárodního práva: „Není logicky možné předpokládat, že současně platné normy náležejí do dvou odlišných, navzájem na sobě nezávislých systémů.“⁵⁵ Osobně sice nechápu, v čem taková logická nemožnost spočívá (např. je logicky možné, aby ve stejném čase a na stejném místě platilo a bylo i efektivní morální pravidlo zakazující vraždu a současně i právní pravidlo stejného obsahu, aniž bychom museli předpokládat totožnost práva a morálky), ale Kelsenovi šlo patrně o to, že normy mezinárodního a vnitrostátního práva jsou navzájem závislé (resp. normy vnitrostátního práva jsou závislé na normách práva mezinárodního), a proto tvoří jeden systém (monismus s primátem mezinárodního práva). Můžeme však stejně dobře tvrdit, že na právním pluralismu není nic logicky nemožného a že různé normativní systémy na sobě mohou být nezávislé: Platnost jejich norem je dána členstvím v různých systémech, efektivita jejich norem může mít různé stupně apod. Proto je podle mého názoru stále legitimní otázka na konci předchozího odstavce: Který z možných efektivně působících normativních systémů máme „vtáhnout“ do oboru normativního poznávání (pomocí základní normy) a považovat tak za právo?

To, že Kelsenovo pojetí práva může vést k právnímu pluralismu, ostatně také nemusí být překvapivé, protože k podobnému závěru došel třeba i Kirste (jak na to autora textu upozornil jeden z recenzentů), který chápe právo jako reflektovaný (*reflective*) normativní systém, tj. systém, jehož normy jsou „produkované“ v souladu s jinými jeho normami: „Z navrhovaného pojmu práva jako reflektovaného normativního řádu plyne předpoklad právního pluralismu: Kdykoli je určitá norma vydána procedurou, která je sama normována, a může být vynucována regulovanou procedurou, jde o právo – ať již je to norma v „primitivní společnosti“, kterou zkoumají právní antropologové, nebo soft law režimů mezinárodního práva soukromého. Někdo proti tomu může namítat, že podle této definice by mohly být právem i normativní struktury zločineckých organizací jako je mafie nebo podobné organizace v brazilských favelách. A opravdu: Tento důsledek je nutný, jestliže příkazy a jejich vynucování postupuje podle procesních pravidel, které systém stanovuje sám sobě.“⁵⁶

A stejný problém jako pozitivista Kelsen může mít nejspíše i non-pozitivista Alexy: Jestliže je právo normativním systémem, který je vcelku efektivní (protože sociální platnost je také podmínkou právní platnosti v širokém smyslu – viz výše) a jehož normy nejsou extrémně nespravedlivé (Alexyho použití Radbruchovy formule), které z možných a efektivně působících normativních systémů máme považovat za právní poté, co z nich osvícení soudci (kteří jsou nakonec tedy i morálními arbitry) „odečtou“ extrémně nespravedlivá pravidla?

⁵⁵ KELSEN, Hans. *General Theory of Law and State*..., s. 363. Za toto upozornění, že Kelsen považoval právní pluralismus za něco logicky nemožného, vdčím jednomu z recenzentů.

⁵⁶ KIRSTE, Stephen. *Concept and Validity of Law*..., s. 53.

7. Vnitřní hledisko: Problémy Hartova a Razova řešení

Nyní se zaměřím na druhou vlivnou teorii rodokmenu (jak by řekl Weinberger): Hartovu teorii. Ačkoli Hart vycházel z teze o právu jako sociálním faktu, jeho přístup nesklouzává do jakéhosi právního konvencionalismu, podle něhož by byly právem sociální konvence (což by se velmi podobalo některým antropologickým či sociologickým přístupům) a naopak se soustřeďuje na vnitřní hledisko, podle něhož (jak již bylo řečeno výše) lze právní normy považovat za důvody k jednání. Známé nevýhody Austinovy teorie stojící na obecném uznání právních norem společností ho vedly k tomu, že právo vymezil jako jednotu primárních a sekundárních pravidel, kdy zavedl pravidlo změny, adjudikace a uznání: Jak známo, pravidlo změny umožňuje záměrnou změnu primárních pravidel, pravidlo adjudikace umožňuje řešit spory o obsah primárních pravidel a pravidlo uznání umožňuje identifikaci nějakého pravidla jako pravidla právního.⁵⁷ Pravidlo uznání (*rule of recognition*) je pak nejvyšším či vrcholným pravidlem, které je samo o sobě standardem určujícím, co je právo, čímž odpovídá nejen na otázku „byť“ práva, ale i na otázku poznání práva – pravidlo uznání umožňuje poznat, co je právo, na základě určitých znaků či vlastností, které samo určuje. Nemusí být explicitně formulováno, může být mezerovité a také může být vágní. Právu však dodává jednotu. A konečně je třeba říci, že se pravidlo uznání ukazuje v praxi veřejných činitelů (*legal officials*), kdy má Hart na mysli především soudce. Toto ukazování se v praxi pak chápal Hart tak, že pravidlo uznání je výsledkem konvencí těchto veřejných činitelů.

Hartova teorie právě díky zavedení sekundárních pravidel chápe právo institucionálně, což je mimochodem důvod, proč se podle mého názoru Weinbergerova institucionální teorie platnosti podstatně neliší od Hartovy teorie⁵⁸ a také ani od Kirsteho pojetí práva jako reflektovaného normativního systému (protože právní normy, které řídí způsoby „produkce“ práva a jeho vynucování, jsou vlastně Hartovými sekundárními pravidly). S Hartovým pojetím pravidla uznání se však také pojí určité problémy, které lze rozdělit na vnitřní a vnější. Z vnitřních problémů pojednám vlastně jen o jednom: Jestliže Hart chápe pravidlo uznání jako soudcovskou konvenci, přináší to problémy, které se týkají obecně jakýchkoli konvencí – konkrétně otázka, jak docílit toho, aby praxe veřejných činitelů opravdu „ztvrdla“ do konvence. Nabízí se samozřejmě řešení, že členové skupiny spolu kooperují a berou ohled jednak na názory ostatních ohledně toho, co je pravidlem uznání, jednak na jejich kritiku, která může představovat skutečný sociální tlak. Lze snad říci, že většinou opravdu takový sociální tlak vyvolaný kritikou vede ke konvergenci a „ztvrdnutí“ pravidla uznání do konvence, ale lze si představit, že nemusí být vždycky takto účinný: Představme si třeba, že uvnitř nějakého soudu vybaveného „posledním slovem“ (*apex court*) existují dvě zhruba stejně velké skupiny soudců, z nichž jedna považuje „dworkinovské“ právní principy za stěžejní součást práva „pokrytou“ pravidlem uznání, zatímco druhá skupina nebude takové „dworkinovské“ principy vůbec považovat za právo. Myslím, že existují dobré důvody domnívat se, že pokud je toto přesvědčení „dworkinovských“ soudců dostatečně silné, ani soustředěný sociální tlak druhé skupiny je nedonutí změnit jejich stanovisko – „dworkinovci“ přece předpokládají,

⁵⁷ Pro úplnost je snad vhodné připomenout, že Hart počítal i se sekundárním pravidlem, které umožňuje sankcionování porušení primárních pravidel, které činí pochopitelně součástí pravidla adjudikace – viz HART, a Herbert L. A. *The Concept of Law*. 2. vydání, Oxford: Oxford University Press, 1994, s. 97.

⁵⁸ Viz např. Weinbergerovo vymezení institucí ve WEINBERGER, Ota. *Norma a instituce...*, s. 62 an.

že oni rozhodují správně, zatímco druhá skupina se mylí v obsahu pravidla uznání (tj. hodnotové postoje dworkinovských soudců se přeměnily na kognitivní kategorie pravdy). A stejně tak „dworkinovci“ nemusí přesvědčit svou kritikou druhou skupinu soudců. Máme tedy před sebou rozpornou, divergentní praxi, v níž se ukazují dvě „konkurenční“ pravidla uznání, kdy jsou obě skupiny přesvědčeny, že druhá se mylí v tom, co je pravidlem uznání. Z toho je patrné, že i koordinace uvnitř sociální skupiny má své meze a není vyřešitelná ani stanovením „tužší“ hierarchie mezi soudy (když v našem případě jsou obě skupiny součástí *apex court*), ani tím, že přijmeme jiná institucionální řešení (např. lichý počet soudců *apex court*, takže většina nakonec vždy přehlasuje menšinu.)⁵⁹ Všimněme si, že tento hypotetický příklad se týká soudců *apex court*, kde bychom mohli očekávat, že právě v rozhodovací praxi takového soudu se jaksí „nejautoritativněji“ či „nejautentičtěji“ ukazuje pravidlo uznání, což znamená, že právě ta praxe, která je pro pravidlo uznání nejvýznamnější, je zároveň nejnáchylnější k tomu, aby konvergentní být nemusela.

Takový problém se dá řešit různě, typicky stanovením nějakého pravidla, které by koordinaci prikazovalo (třeba morálního charakteru) jako Postema, který předpokládá, že skupina soudců bude chápat svou morální odpovědnost k adresátům práva, jimž může „škodit“ nejasnost pravidla uznání (protože narušuje právní jistotu), což je přiměje ke kooperaci.⁶⁰ Nebo se nabízí nějaké „robustnější“ řešení spočívající opět v tom, že existuje morální závazek ke kooperaci, třeba v podobě sdíleného závazku (*joint commitment*) jako u Gilbertové,⁶¹ nebo v podobě proto-právních vztahů postavených na společných schématech jednání (*joint patterns of action*) u Pavlakose apod.⁶² Všimněme si, že tento problém (jak docílit „ztvrdnutí“ v konvenci) je vlastně stejný jako ten, který chtěl Hart řešit pomocí pravidla adjudikace – soudcům prostě chybí nějaký „nadsoudce“, který by řešil spory ohledně pravidla uznání.

Důležitější se mi však zdají být problémy, které lze považovat za vnější: Konkrétně jde zejména o známý problém vycházející z toho, že zcela zjevně jedno právní pravidlo není „pokryto“ pravidlem uznání, a sice pravidlo, na základě něhož se z nějakých lidí stali veřejní činitelé (třeba soudci). Jinými slovy: Máme považovat instituce vytvořené naší „paralelní polis“ (viz výše) za právní instituce? Pokud odpovíme, že ano, pak jsme zpět tam, kde jsme se ocitli na konci předchozího oddílu.

Myslím, že tento problém si dobře uvědomoval Raz, který vycházel z toho, že jako jednotu primárních a sekundárních pravidel je možné vymezit jakýkoli institucionalizovaný

⁵⁹ Jestliže má podle Hartova pojetí (které zdůrazňuje tzv. vnitřní hledisko) právo pro soudce hrát roli důvodů, pak spor o důvody nemůže být rozhodnut hlasováním, protože o tom, co který soudce považuje za dobrý důvod, se nedá hlasovat – podobně jako se třeba v morálce nehlasuje o tom, co je morálně správné. Ještě jinak (nepřesně) řečeno: Jestliže je jedna skupina soudců přesvědčena o tom, že druhá se mylí (tj. jejich hodnotové postoje se přeměnily na kognitivní), pak by ze svého vnitřního hlediska museli hlasovat o pravdě – a o ní se, jak známo, hlasovat nedá.

⁶⁰ Viz přehledově POSTEMA, Gerald. Conventions and the Foundations of Law. In POSTEMA, Gerald. *Legal Philosophy in the Twentieth Century: The Common Law World*. Springer, 2011, s. 483 an.

⁶¹ Viz např. GILBERT, Margaret. Joint Commitment: What Is It and Why It Matters. *Phenomenology and Mind*. 2015, No. 9, s. 18-26.

⁶² PAVLAKOS, George. Proto-právní vztah: Normativní kompas v globalizovaném světě. *Právník*. 2016, č. 6, s. 473-488.

normativní systém, nikoli pouze právo. Proto k vymezení práva nabízí další kritéria:⁶³ Právo je na rozdíl od jiných normativních systémů systémem komplexním (*comprehensive*) v tom smyslu, že může požadovat regulaci jakéhokoli druhu chování: Účelem obchodních korporací je dosahovat zisku, účelem církve je péče o duchovní potřeby věřících apod., účel práva však nemusí být nijak omezen, neexistují sféry, do nichž by nemohlo zasahovat – a když takové sféry existují (např. omezení daná koncepcí právního státu a lidskými právy), pak jsou stanoveny právem samotným. Právo dále postuluje svou vlastní nadřazenost nad ostatními institucionálními normativními systémy ve společnosti. Konečně třetím znakem právních systémů je to, že jsou otevřené, čímž Raz myslí to, že do sebe mohou „vtahovat“ i normy ostatních systémů, ať již jde o institucionální systémy „uvnitř“ (systémy různých korporací) nebo „vně“ (např. normy mezinárodního práva nebo práva jiných států). Z toho, že právo je zároveň systémem, jehož dodržování je zajišťováno sankcemi, plyne, že dodržování právních norem je povinné či nucené (*compulsory*) – nezáleží tedy na dobrovolném rozhodnutí adresáta, jestli chce dodržovat právo. Právo aspiruje také na to, aby používalo nejzávažnější formy sankcí – aspiruje na monopol k nejzávažnějšímu donucování.

Díky těmto dalším kritériím se nám poněkud „zúží“ okruh možných „kandidátů“ na to, které efektivně působící normativní systémy můžeme považovat za právo. Otázkou však je, zda tato kritéria splní (vedle státního práva) ještě různé normativní systémy, které obvykle považujeme za právo – např. náboženské právo (jako typicky kanonické nebo islámské), mezinárodní, domorodé či nativní (*indigenous*) nebo transnacionální (*lex mercatoria*).⁶⁴ A z druhé strany je také problematické, zda jiné normativní soubory či systémy, které běžně za právo považovány nebývají (typicky normy zločineckých organizací), je splnit nemohou. Domnívám se, že můžeme mít pochybnosti u některých systémech náboženského práva – jestliže se např. mnoho katolíků rozvádí před státními soudy (poté, co sňatečný obřad provedli v kostele), nesvědčí to zrovna o tom, že takový systém by dodržovali, protože je to nucené (*compulsory*). U *lex mercatoria* si zase nejsem jist, do jaké míry má samostatné instituce (jsou jimi např. Mezinárodní obchodní komora v Paříži anebo mezinárodní rozhodčí soudy?) nebo zda jde o systém komplexní, když jeho účelem je regulovat vztahy v mezinárodním obchodě. Raz sám připouští, že mezinárodní právo je sice systémem komplexním, který postuluje vlastní nadřazenost nad systémy vnitrostátního práva (přesnější by bylo říci: nezávislost), který je vybaven sankcemi a jehož dodržování je povinné či nucené, ale pochybuje, zda jde o systém dostatečně institucionalizovaný (když lze pochybovat třeba o existenci pravidla

⁶³ RAZ, Joseph. *Practical Reason and Norms...*, s. 149 an. Přehledové shrnutí obsahuje např. SUMNER, Leonard W. *The Moral Foundation of Rights*. Oxford: Clarendon Press, 1987, s. 72 an.

⁶⁴ Při sestavení „seznamu“ různých právních systémů vycházím z TAMANAHA, Brian Z. *A General Jurisprudence of Law and Society*. Oxford: Oxford University Press, 2001, s. 224 an.

adjudikace).⁶⁵ Na druhou stranu by někdo mohl argumentovat tak, že normativní systém nějakých hierarchicky organizovaných zločineckých organizací je institucionalizovaný i komplexní, sankce jsou vykonávány krutě a důsledně, efektivně ovládá nějaká území (např. již zmiňované favely) apod. Raz sám připouští, že mnohé právní systémy jeho znaky mohou splňovat pouze do určité míry a to ještě jenom některé.⁶⁶ Možná by se dalo říci, že právní systémy tvoří nějakou skupinu systémů se vzájemně překrývajícími se znaky (tj. vzájemně podobné systémy), tedy skupinu spojenou jistou rodinnou podobností ve Wittgensteinově smyslu.

Závěr

Tento text se pokouší odlišit platnost normy chápanou jako její členství v určitém normativním systému od závaznosti normy, kterou chápe tak, že norma představuje vylučující důvody. Závaznost normy je pak důsledkem její platnosti a právní závaznost nějaké právní normy „kolabuje“ do její právní vynutitelnosti (protože právní normy představují vylučující důvody zcela jistě pouze v řízeních před orgány, které právo aplikují, tedy vynucují). Z tohoto důvodu nedává dobrý smysl hovořit o závaznosti či nezávaznosti norem nezávisle na jejím členství – diskuse o tom, zda existují nezávazné normy jako takové, je planou diskusí. Platnost je tedy relativní kategorií vůči určitému právnímu systému, a proto jde o jistou „vnitřní“ vlastnost. Pojetí platnosti jakožto morální správnosti či ospravedlněnosti je „jen“ variantou platnosti jakožto členství – pravidlo, které není morálně správné či ospravedlněné, není platnou součástí práva (nepatří do právního systému). Naopak efektivita právního systému je jeho „vnější“ vlastností, která je často považována za podmínku existence právního systému (alespoň u Kelsena, Harta či Alexyho). Aby tedy nějaký normativní systém mohl být považován za právo, je třeba, aby byl alespoň částečně efektivní, což činí existenci právního systému závislým na nějakém faktu. Text se také snaží poukázat na problémy spojené s Kelsenovou i Hartovou teorií o tom, co je právo (resp. s Razovým rozpracováním Hartovy teorie), kdy poukazuje na to, že obě teorie (ačkoli za paradigmatický případ práva považují právo státní) jsou poměrně permissivní v tom, které normativní systémy mohou být považovány za právo. Z tohoto úhlu pohledu je pojem práva problematický, protože neznáme dostatečně jeho znaky. A to nás vede k právnímu pluralismu. Abych se na závěr vyjádřil příměrem: Jablko je jablkem, protože splňuje určité znaky, a je jedno, na které konkrétní jabloni roste. Předpokládám, že bychom rádi věděli, jaké jsou znaky práva, a potom bychom teprve pátrali po tom, o který konkrétní právní systém jde, řešili bychom, která pravidla do něj patří (platnost), jak moc jsou efektivní apod. Jenže jsem přesvědčen o tom, že máme před

⁶⁵ RAZ, Joseph. *Practical Reason and Norms...*, s. 150. Raz tuto svou pochybnost o institucionalizaci mezinárodního právu nijak blíže nevysvětluje, ale lze se domnívat, že má na mysli nevýlučnost jurisdikce mezinárodních soudních orgánů (např. záleží čistě na dobrovolném rozhodnutí států, zda svůj spor Mezinárodnímu soudnímu dvoru předloží, nebo ne, pokud se k povinné jurisdikci nezavázaly dopředu mezinárodní smlouvou, jejíž uzavření je také dobrovolným rozhodnutím). Kromě nevýlučné jurisdikce však můžeme zmínit ještě jiné problémy: Např. jestliže dnes státy tak „rády“ unilaterálně sankcionují bez mandátu Rady bezpečnosti OSN dle kapitoly VII Charty OSN, jak se vlastně liší takovéto unilaterální sankcionování od libovůle? A pokud nijak, sankcionování není institucionalizované.

⁶⁶ Tamtéž.

sebou jen ovocnou zahradu s mnoha jabloněmi, hrušněmi, broskvoněmi apod., na nichž rostou jablka, hrušky, broskve apod. a my přesně nevíme, jak mezi nimi najít právě jenom jabloně s jablky. Má nám to vadit, anebo si řekneme (společně s Candidem), že je třeba pečovat o naši zahradu?⁶⁷

⁶⁷ VOLTAIRE, François-Marie. *Zadig et autres contes*. Paris: Bookking International, 1993, s. 290.