

Pojem pozitivnosti práva.

Výraz „pozitivní právo“ patří nesporně k nejužívanějším a proto nejběžnějším právním terminům. Jako v mnohých jiných obdobných případech klamal by se však i zde, kdo by z této skutečnosti chtěl usuzovati, že jde o výraz, jehož pojmový význam jest obecně ustálen, takže každý, kdo ho užívá, spojuje s ním též obsah. To platí nejen o zcela vulgárním a příležitostném užívání onoho výrazu — tak na př., když se řekne, že podle „pozitivního“ práva československého platí to a to, nebo že na to či ono máme „pozitivní“ předpis a pod. —, nýbrž i o způsobu, jak se tohoto běžného terminu užívá v teoretických spisech a pojednáních. Na první pohled možno zde zjistiti, že spisovatelé užívají onoho výrazu způsobem velmi různým a že s ním spojují různé představy, o nichž se však zpravidla nezmiňují, poněvadž se patrně oddávají fikci, že jde o výraz a pojem tak obecně známý a přechasto užívaný, že každé bližší jeho vysvětlení bylo by zbytečné.

Předem dlužno podotknouti, že označování určité normy, pokud se týče celého normového souboru jako „pozitivní“, je velmi příznačné, uvědomíme-li si etymologii a povšechný význam slova „pozitivní“. Slovo to pochází z latinského ponere, kde znamená tolik jako položití, postaviti, zříditi. V přeneseném smyslu užívá se pak slova toho jako protikladu k pojmu „negativní“, při čemž znamená tolik jako „affirmativní“ (posice — negace). V tomto smyslu mluví se na př. o „pozitivním“ pojmu, úsudku a pod., jehož protiklad není „nie“, nýbrž něco negativního: podobně užívá se protikladu „pozitivní — negativní“ i v matematice (+, —), kde však mizí pojem „affirmativnosti“ v absolutním smyslu, poněvadž zde stává se protiklad zjevně zcela relativní, t. j. je libovolné, které veličiny chci zváti pozitivní (+) a které negativní (—). Jinak opět užívá se slova „pozitivní“ v logice, pokud se týče filosofii, kde znamená něco skutečně daného, na rozdíl od něčeho, co existuje pouze v lidském intelektu, pokud se týče jím bylo nalezeno a může tudíž býti

i různě chápáno a konstruováno. Na tomto zdánlivém protikladu mezi „skutečností“ a pouhým myšlením (libovolnými, apriorními konstrukcemi lidského ducha) zakládá se i t. zv. positivismus jako zvláštní metoda filosofického poznávání (A. Comte) a známa protiva mezi induktivní a deduktivní metodou. Na rozdíl od všech těchto zřejmě z okruhu t. zv. naivního realismu¹⁾ plynoucích koncepcí a protikladů nabývá představa, skrývající se v latinském slově „ponere“, naznačující povšechně tolik jako „klad“, podstatně jiného významu ve filosofii kriticko-idealistické (Platon, Kant), která vytvořila zcela zvláštní noetický vztah mezi poznávajícím subjektem a poznávaným objektem, a to metafyzický či transcendentální, a uvědomuje si relativnost mezi oběma těmito činiteli: nelze si představití poznávaný objekt o sobě, t. j. bez poznávajícího subjektu, a tento ovšem není myslitelný bez onoho. Poznáváním „netvoří“ (ve smyslu kausálním) poznávající subjekt poznávaný objekt. Představa absolutní nebo objektivní „skutečností“, která by zde byla bez poznávajícího subjektu, ztrácí smyslu a rovněž ztrácí smysl metodický postulat „nepředpojatosti“, s níž má prý poznávající subjekt přistupovati k poznávanému objektu, aby jej mohl poznati ryze, objektivně, t. j. bez všelikých subjektivních, z poznávajícího subjektu plynoucích přísad. Zvláštní aktivnost poznávajícího subjektu, která jeví se v jeho poznávající funkci, jakožto i korespondující pasivnost poznávaného objektu, spočívající v jeho úloze, býti „objektem“ poznání, jsou svou podstatou pojmy transcendentálními. Noeticky nutný předpoklad „existence“ poznávaného objektu či předmětu nemá nic co činiti s pojmem existence či skutečnosti ve smyslu kausálně-přírodním. Je to logická relace sui generis, pro kterou užívá se — zejména v jazyce německém — výrazu „d a n o s t“ („Gegebenheit“). Latinské slovo „posice“ (ponere, positum) vystřídává zde ve filosofické mluvě řecké slovo „tesis“, nebo — hlavně ve filosofii Kantově — „hypo-tesis“, které naznačuje, že jest zde něco „p ř e d-pokládáno“ proto, že jeho „existenci“ ve smyslu přírodovědeckém (kausálním) nelze dokázati. Tento „k l a d“ či „p ř e d-p o k l a d“ („hypotesis“ ve smyslu transcendentální filosofie

¹⁾ Srovn. o tomto pojmu mé pojednání O metodě sociologické v VI. svazku (1927) této Ročenky a článek: Čtyry kapitoly z právní noetiky v Časopisu pro právní a státní vědu, roč. XII., str. 4.

kritického idealismu) znamená něco zcela jiného než obyčejná hypotéza ve smyslu přírodovědeckém, která znamená, že předpokládáme za účelem poznávacím přírodovědeckou existenci něčeho, přes to, že ji zatím nemůžeme dokázat²⁾. Pojem „klad“ či „předpoklad“ ve smyslu transcendentálním liší se stejně od pojmu pouhé existence (skutečnosti) ve smyslu kausálním jako od pojmu logického úsudku, jemuž přisuzujeme „správnost“ (srovn. známé rčení: *posito, sed non concessio*).

Samostatně, nikoliv však zcela nezávisle na vývoji, který v oboru logiky, matematiky a filosofie prodělal termín „positivní“, vyvíjel a vyvíjí se význam jeho v oboru normativním. Jasnosti zde, jak již bylo úvodem naznačeno, arci není.

Přehlízíme-li spoustu literatury, která zde skýtá poučné příklady, vynořuje se z ní především jako nejrozšířenější pojetí ono, které „positivnost“ normy (jakékoli) spatřuje v tom, že byla — na rozdíl od jiných „nepositivních“ norem — nějakou vnější autoritou výslovně stanovena (srovn. k tomu příbuznost německého výrazu: *gesetzt — gesetzt*).

V tomto smyslu mluví se na př. o „positivním náboženství“ jakožto věrouce, zakládající se na nějakém vnějším zjevení, na rozdíl od náboženství, jehož normy podávají se či plynou z lidského rozumu, z mravnosti (morálky) a pod. Zcela podobně mluví se i o „positivním právu“, jenže zde bývá zmíněná základní představa o rozhodujícím znaku „positivnosti“ různě zatemňována jinými, částečně jí protichůdnými představami. Budíž zde namátkou uvedeno několik příkladů:

V úvodě ke své „Nauce o právu“ (§ A) praví Kant: „Der Inbegriff der Gesetze, für welche eine äußere Gesetzgebung möglich ist, heißt Rechtslehre (*jus*). Ist eine solche Gesetzgebung wirklich, so ist sie Lehre des positiven Rechts...“

J. Jellinek, Všeobecná státověda (český překlad), str. 353: „Nutným znakem každého práva jest platnost... Norma platí tehdy, je-li způsobilá působiti jako motiv, určovati vůli. Tato způsobilost vzniká z přesvědčení dále již neodvoditelného, že jsme zavázáni ji uposlechnouti. Positivnost práva zakládá se konec konců vždy na přesvědčení o jeho platnosti.“

²⁾ O rozdílu mezi hypotézou v tomto smyslu a fikcí srovn. Weyr: *Bemerkungen zu Vaihingers Theorie der juristischen Fiktionen* v „Rheinische Zeitschrift für Zivil- und Prozeßrecht“ (1917).

H a n e l, Všeobecná právo — i státověda, str. 62: „Avšak vzdor tomu, že Kant důsledky své nauky pro pravovědu zcela neprovedl . . . dal přece úsudek Kantův, že jest právo útvarem historickým, t e d y p o s i t i v n í m a nikoliv pouze rozumovým, podnět k tvoření se nového směru v pravovědě, t. zv. škole historické.“

W a l d e c k e r, Allgemeine Staatslehre, str. 183: „Welche Konfusion heute herrscht, zeigen z. B. jene Überschätzungen der Bedeutung des g e s e t z t e n Rechts o d e r des Rechts der behördlichen Praxis, die bei uns so gern unterlaufen, und die der Rechtstheorie nur soweit Berechtigung zuerkennen wollen, als sie der Praxis geeignete Formeln zur Verfügung hält, mit denen diese dann zur Durchsetzung Gott weiß welcher Zwecke arbeiten kann.“

B e n v e n u t o D o n a t i, Fondazione della scienza del diritto, str. 8: „Il diritto positivo, o obiettivo (così si chiama la norma posta, con quell' atto solenne, proprio della organizzazione politica, che si chiama legge), sarebbe un riflesso concreto un preteso diritto naturale? . . . Il j u s c o n d i t u m, o p o s i t i v o (ciò che è la stessa cosa), è per lo più preceduto da un i u s c o n d e n d u m, costituito dall' insieme della necessità giuridiche, d'ordine obiettivo o subjettivo, più o meno palesi alla coscienza giuridica collettiva.“

G a s t o n M a y, Introduction à la science du droit, str. 57: „Les règles de droit constatées et groupées en institutions nettement dénommées forment ce qu'on appelle le droit positif, c'est-à-dire le droit existant actuellement chez un peuple déterminé.“ Nr. 65 „On a dit dans la seconde partie que le droit positif est l'ensemble des règles de droit qui, à un moment donné de l'histoire d'un peuple, obligent tous les membres de l'association politique, quel que soit d'ailleurs la source de ces règles, qu'elles proviennent de la volonté expresse ou implicite des membres du groupe.“

A d o l f M e r k e l, Juristische Enzyklopädie, str. 47: „Auf dieses Verhältnis, auf das Primat des Willens im Recht, wird hingewiesen, wenn von der „P o s i t i v i t ä t“ oder der „positiven Natur“ des Rechts die Rede ist. Wir drücken damit aus, daß seine Bestimmungen Geltung in Anspruch nehmen als Äußerungen eines bestimmten Willens, unabhängig davon, ob

die in ihnen enthaltenen Urteile im Einzelnen mit unseren Überzeugungen in Einklang stehen; zugleich aber, daß es so in Ordnung ist, weil die Wirksamkeit dieses Willens weder entbehrt, noch überall in Einklang gebracht werden kann mit Wahrheit und Gerechtigkeit und den bestehenden Meinungen über das, was geschehen sollte.“

Fritz Schreier, „Grundbegriffe und Grundformen des Rechts, str. 90: „Die Sätze, die mit den formalen Bedingungen übereinkommen, sind Sätze des möglichen Rechtes und das besagt in einer wesensmäßig vollziehbaren Modifikation: sie können zu geltendem, d. i. positivem Rechte werden. Den Satz: alles Recht ist positives Recht, müssen wir ablehnen, sofern ihm nicht der Sinn erteilt wird: alles geltende Recht ist positives Recht, was freilich auf eine Tautologie hinauskommt, die nur dadurch Bedeutung erhielt, daß dieser Satz als Parole im Kampfe gegen das Naturrecht ausgegeben wurde. Der Umfang des möglichen Rechtes ist weitaus größer als der des positiven, denn alle Sätze, die positives Recht werden können, gehören ihm an.“ Srovn. též téhož autora spis: Die Interpretation der Gesetze und Rechtsgeschäfte, str. 54.

M. E. Mayer, Rechtsphilosophie, str. 56: „Wir fragen nicht nach der Geltung im juristisch-technischen Sinn. Dieser Begriff enthält nichts Problematisches, er deckt sich mit der Positivität des Rechts und bedeutet die Verbindlichkeit des Rechts, die Verbindlichkeit für die die Normen anwendenden und für die ihnen unterworfenen Personen...“

J. Bonnet case, Introduction à l'Étude du droit, str. 101: „Droit naturel. Droit positif, Législation. — Ces trois termes s'opposent de la manière suivante dans l'état présent de la langue du Droit. Le Droit naturel, d'abord expression de la notion de droit dans la doctrine métaphysique et individualiste, a fini par servir à désigner la notion de droit tout court. Droit positif et Législation ont fréquemment la même signification; ils visent les règles de droit et les institutions juridiques en vigueur. Parfois la Législation s'oppose au Droit positif; elle sert à désigner alors la législation de l'avenir ou qui devrait être, tandis que le Droit positif vise la loi du moment. Législation est alors synonyme de *lex ferenda*. On dira en

ce cas: en législation, par opposition à: dans le Droit positif actuel.“

Někdy se ztotožňují přímo pojmy „positivní právo“ a „právo“ vůbec, na př. ve známé knize Bierlingově: Zur Kritik der juristischen Grundbegriffe (1877), jejíž první díl napsán jest: „Der Grund der verpflichtenden Kraft des Gesetzes und das Wesen des positiven Rechts,“ pojednává však o podstatě práva vůbec. Srovn. na př. str. 160: „Versteht man unter dem Rechtsgesetz nicht das Recht im juristischen Sinne, d. h. das geschichtlich gegebene, wirklich geltende Recht, sondern ein allgemeines ewiges Gesetz, nach welchem das positive Recht beurteilt werden soll, ...“

Petražickij ve své „Teorii práva a státu v souvislosti s teorií mravnosti“ (rusky), sv. I., 1907, charakterisuje pozitivní právo takto: „Zvláštností pozitivního práva je, že zde úsudky o tom, nač může kdo činiti nárok, nejsou úsudky individuálně samostatnými, autonomními, nýbrž heteronomními, které se určují různými objektivními skutečnostmi (normativními fakty): tím, že tak jednali otcové a dědové, že takový je ustálený pořádek, že tak jednají jiní (právo obyčejové), tím, že takový je rozkaz shora (právo zákonné) atd. Na tomto podkladě vzniká pro massy jednotvárná šablona norem, jež upravují vzájemná práva a povinnosti a rozhodují eventuelní pochybnosti a neshody“ (str. 167)³⁾.

Uvedené zde konkrétní příklady bylo by možno bez obtíží značně rozšířiti. Z nich plynulo by, co již shora naznačeno, že totiž pojem „positivnosti“ práva, právních a jiných norem vůbec je značně nejasný a že se touto „positivností“ rozumí někdy tolik jako platnost, někdy opět tolik jako „účinnost“ nebo „skutečnost“ či „objektivnost“, „historickost“ nebo výslovná „stanovenost“ práva nějakou vnější autoritou a pod. Z většiny výměrů podává se však více nebo méně skrytá tendence, postavit právo pozitivní proti právu t. zv. přirozenému, ba možno přímo říci, že v oblasti běžné nauky právní, nedotčené vědomým úsilím po soustavné metodice a noetice, nebyl by asi vůbec vznikl problém práva pozitivního, kdyby nebylo komplementárního problému práva při-

³⁾ Za toto sdělení vděčím prof. M. Zimmermannovi.

rozeňeho⁴⁾). O tomto protikladu obou pojmů bude tudíž v následujícím blíže pojednáno, pokud to dovolí rozměry pouhého pojednání.

Ve svém článku „O praktické funkci normy“ (Sborník prací k padesátým narozeninám K. Engliše) poukázal jsem k tomu, že tuto funkci, spočívající v „účinnosti“ čili úloze, býti příčinou (motivem jednání) ve světě vnějším, stricto sensu nelze vůbec přičítati normě jako takové, nýbrž případné představě o ní v lidském intelektu. Mluvíme-li tudíž o „účinnosti“ práva nebo jiného normového souboru, užíváme vlastně brachylogie, které si musíme zůstatí stále vědomi. Norma může býti platná nebo neplatná, představa o ní účinná nebo neúčinná. Dekretovati, t. j. výslovně normovati účinnost normy (jako to dělá na př. důsledně československý zákonodárce; viz mou Soustavu čl. práva státního, II. vyd., str. 100, a můj článek „O pojem veřejnoprávní korporace“ v Časopisu pro právní a státní vědu, roč. XIII, str. 80, pozn. 2), znamená proto tolik jako chtít dekretovat (nařizovat), aby něco bylo příčinou, t. j. působilo jako příčina, což jest zřejmě nemožné. „Platnost“ jako vlastnost předmětu normativního poznávání (normy), jak jest zde pojímána, jest dokonalým protikladem „existence“ (či skutečnosti) v užším slova smyslu předmětu poznávání přírodovědeckého (kausálního). Oba tyto pojmy lze shrnouti pod širší pojem „danosti“ (gegeben), který znamená tolik, že něco jest předmětem poznávání. Představovati si něco jako „jsouci“, „povinnované“ nebo „chtěné“, znamená předpokládati to jako předmět daný určitému druhu poznávání.

Z řečeného plyne, že v relaci k subjektu poznávání nelze od této vlastnosti vůbec abstrahovati: příroda jakožto předmět poznávání (sc. kausálního) jest nutně „existentní“ (skutečná), normu, pokud ji poznávám, nemohu si jinak představovati než jako „platnou“, a o tom, co poznávám pod zorným úhlem „chtěnosti“, tedy metodou teleologickou.

⁴⁾ Srovn. Bonnard: Droit naturel et droit positif (Revue internationale de la théorie du droit, III, str. 1): „Le positivisme juridique persiste dans son „horreur du droit naturel“ et poursuit plus que jamais la lutte. Il reste intrasigeant et continue à n'omettre comme droit réel et existant que le droit positif c'est-à-dire le droit formulé et sanctionné par l'État.

nelze tvrditi, že by — jako předmět poznávání — mohlo být také nechtěné.

Důsledkem právě podané úvahy jest, že kriteria „platnosti“ — t. j. tedy existence v normativním smyslu — nelze užítí při rozlišování „positivního“ a jiného (nepositivního, tedy hlavně přirozeného) práva. Chceme-li však kriterium „positivnosti“ práva spatřovati v účinnosti představ jeho obsahu v lidských mozcích (při čemž by pak veškeré ostatní právo bylo „nepositivní“), dlužno, jak již shora řečeno, míti na mysli, že to, co se takto třídí, není „právem“ (= souborem norem), nýbrž psychickou realitou: netřídíme tím normy jako takové, nýbrž představy o nich a tážeme se, která z těchto představ „působí“, t. j. vystupuje ve světě vnějším jako motiv lidské ho jednáni, a která nikoliv. „Positivní“ a „nepositivní“ mohou tedy být takto představy (psychická fakta nebo reality), nikoliv normy. Shora vzpomenutá brachylogie, která mluví o „účinnosti“ práva (právních norem) a ztotožňuje pak pojmy účinného a pozitivního práva — při čemž arciž zůstává nerozřešenou specielnější otázka, zdali názvu „positivního“ práva zasluhuji i právní řády (normové soubory), které kdysi účinnými byly, dnes ale již nejsou, t. j. veškeré t. zv. historické právo — podporuje velmi intenzivní tendenci lidského intelektu po překnutí propasti mezi světy kauzality a normativity, která noeticky (teoreticky) jest nepřeklenutelná. (Ona tendence jest jen dílčím zjevem povšechné snahy po jednotnosti všeho poznávání.) Projevila se i v oblasti normativní teorie konstrukce pojmu fakticity práva (Kelsen). Buďtež zde uvedeny příslušné vývody právě citovaného autora z jeho „Allgemeine Staatslehre“ (str. 18): „Erkennt man den Staat als Rechtsordnung oder deren Einheitsausdruck, dann ist Staatslehre nur als Rechtslehre, d. h. Rechtsnormenlehre, und in diesem Sinne als normative Disziplin möglich. Diese Rechtslehre wird entweder Rechtswesenslehre, Rechtsformenlehre sein, d. h. sich auf die Normen und ihre Beziehungen, ohne Rücksicht auf ihren besonderen Inhalt, richten. Oder sie wird eine Rechtsinhaltslehre sein, d. h. die typischen Inhalte der Rechtsnormen feststellen.“

Eine auf den Inhalt gerichtete Betrachtung muß auch auf das Problem stoßen, ob und welche Beziehungen zwischen dem In-

halt des Systems Recht als eines Systems gültiger Normen, und dem Inhalt des zum System der Natur gehörigen, kausal determinierten tatsächlichen Geschehens, speziell dem Inhalt des von normbeinhaltenden Vorstellungen motivierten Verhaltens der Menschen bestehen. Unbeschadet der grundsätzlichen und uneingeschränkten Disparität der beiden Systeme wird man ohne weiteres die Tatsache zugestehen müssen, daß der Inhalt der Normen, und speziell der Rechtsnormen, die man als gültig voraussetzt, dem Inhalt des tatsächlichen Verhaltens bis zu einem gewissen Grade entspricht, daß tatsächlich nur Rechtsnormen als gültig vorausgesetzt werden, deren Vorstellungen wirksam sind. Haben Normen — und insbesondere auch Rechtsnormen — einen solchen Inhalt, daß die sie tragenden Vorstellungen gänzlich wirkungslos bleiben, setzt auch die Rechtstheorie solche Normen nicht als gültig voraus. Und doch wäre wieder die Annahme falsch, daß nur als rechtlich gesollt gelten könne, was tatsächlich geschieht. Denn diese Annahme bedeutete die Negation alles Rechtes. Zwischen dem Inhalt des Sollens, als des Systems „Staat“, d. h. der normativen Staats- als Rechtsordnung, und dem Inhalt des Seins, als des Systems der kausalgesetzlichen Naturordnung, muß ein Gegensatz möglich sein. Eine Norm, deren Inhalt so bestimmt ist, daß der Inhalt des Seins, des tatsächlichen Geschehens, zu ihr niemals in Widerspruch stehen kann — das ist aber die Norm: du sollst, was du willst — hat ihren spezifischen Sinn als Norm verloren.

Die auf die Beziehung zwischen den Inhalten der beiden heterogenen Systeme gerichtete Untersuchung kann nur eine obere und eine untere Grenze angeben: Weder fallen die Inhalte beider Systeme ganz zusammen, noch fallen sie ganz auseinander. Die Spannung darf ein Maximum nicht überschreiten — denn dann verlöre die Annahme eines eigengesetzlichen Systems „Recht“ jeden Sinn — noch auch unter ein Minimum sinken — denn dann wäre jede Möglichkeit genommen, sich des Systems Recht als eines brauchbaren Deutungs- oder Bewertungsschemas für das tatsächliche Verhalten der Menschen, die Inhalte des Systems Natur, zu bedienen. Diese durch ein Maximum und ein Minimum bestimmte Beziehung zwischen dem Inhalt des als Sollordnung geltenden Rechtes oder Staates und dem Inhalt der korrespondierenden Seinsordnung tatsächlichen Geschehens (als

eines Stückes der Natur) ist es, die sich im Begriff der Positivität ausdrückt. Das Problem der Positivität erscheint demnach als das — keineswegs auf das Gebiet der Rechts- und Staatstheorie beschränkte — Problem der inhaltlichen Beziehungen zwischen einem System des Wertes und dem ihm korrespondierenden System der Wirklichkeit, d. h. als das Problem der sogenannten Wertverwirklichung. Die außerordentliche Schwierigkeit, die es birgt, besteht in der — wie es scheint unvermeidlichen — Antinomie eines notwendigerweise vorauszusetzenden Dualismus von Sein und Sollen, Wirklichkeit und Wert, und der nicht abzuweisenden Anerkennung einer inhaltlichen Beziehung zwischen den beiden — als beziehungslos vorausgesetzten — Systemen“^{4a}).

K těmto vývodům dlužno ve smyslu našich hořejších výkladů dodati toto: Prohlašuje-li tam autor, že právní teorie „předpokládá“ jako „platné“ jen ony normy, jejichž představy v lidských mozcích nezůstávají (zpravidla) zcela neúčinnými, jest tomu rozuměti tak, že onen „předpoklad platnosti“ znamená tolik, jako: učiniti předmětem poznávání. Neboť tím, že určitou normu (normový soubor) učiním předmětem svého poznávání, činím ji „platnou“. Rozhodují-li pak v jednotlivých případech, zdali ta či ona norma jest platnou nebo ne (vůbec ne nebo již ne nebo snad ještě ne), rozhodují o tom, zda norma ta jest součástí jednotného předmětu mého poznávání, t. j. normového souboru. Nic víc nemůže znamenati pojem „platnosti“, nechci-li jej ztotožňovati s kausálním pojmem „účinnosti“, který, jak jsme viděli, nemůže býti vůbec vlastností norem jako takových.

Po tom, co bylo právě řečeno, jeví se pojem „positivního práva“ (ve smyslu shora uvedené formulace Kelsenovy) jako pojem tak zvaný praktický: vzniká totiž teprve tehdy, když snažíme se normativních úvah a úsudků použití ve světě vnějším čili praktickém, a patří tudíž do oblasti aplikované právní teorie, která jeví se — z hlediska zde zaujatého — jako

^{4a}) Srovn. k tomu téhož autora spis: „Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus“ (1928), jakož i jeho článek: „Naturrecht und positives Recht“ v Internationale Zeitschrift für Theorie des Rechts, II. roč.

velmi poučná obdoba aplikované matematiky (na př. mechaniky)⁵⁾.

Tážeme-li se nyní, jak máme představovati si shora zmíněný již protiklad práva pozitivního a přirozeného, dlužno si především uvědomiti, že v něm skrývá se představa pozitivního práva jako práva umělého, uměle (a následkem toho i náhodně) utvořeného či stanoveného, kdežto právo přirozené pochází — na rozdíl od onoho lidského výrobku — přímo od přírody, jest tedy v tomto smyslu „přirozené“ (přírodní), ne-umělé. Je — z hlediska zde zaujatého — lhostejno, nahradíme-li (jak se často stává) přírodu Bohem nebo rozumem, neboť problém poměru k „pozitivnímu“ právu zůstává u jus naturale týž jako u jus divinum.

Se zmíněnou „umělostí“ (nahodilostí) pozitivního práva a „přirozeností“ práva přirozeného či přírodního souvisí dále představa zásadní změnitelnosti onoho a nezměnitelnosti tohoto. Přirozené právo představuje, pokud se týče představovala si nauka o něm jako nezměnitelné — aspoň lidmi nezměnitelné⁶⁾.

Klademe-li, jak se právě stalo, při rozdílu mezi oběma

⁵⁾ Že poznatky ryzí (exaktní) matematiky nemohou býti nikdy v rozporu s poznatky, získanými jejich aplikací na přírodní děje, jak se to stává na př. v disciplíně, nazývané „obecnou mechanikou“, jest věcí pro přírodovědce a praktického technika zcela jasnou a nepopíratelnou; jinak — bohužel — u právníků, a to nejen praktických, nýbrž i teoretických.

⁶⁾ O jistých novějších pokusech konstrukce měnitelného či měnivého práva přirozeného (Stammler) netřeba zde pojednávat. O Stammlerově učení o pozitivním právu, které obsaženo jest v jeho spise Theorie der Rechtswissenschaft (1911), srovn. v českém písemnictví Kallab, Úvod ve studium metod právnických, II. str. 109; „Podle Stammlera míníme, mluvíme-li o platnosti práva, jakousi právní představu v kategorii skutečnosti. Platnost práva jest tedy možnost jeho uskutečnění (str. 117). Proto, máme-li mluvit o platnosti práva, musíme předpokládati tři pojmy. Formální pojem práva, pak jakousi látku, jež touto formou jest určena, a konečně možnost, aby takovýto obsah se uskutečnil.“

Platné právo jest tedy druhem pozitivního nebo stanoveného práva (gesetztes Recht). Pozitivní právo jest totiž jakékoliv chtění, jež vystupuje ve formách práva. Jakékoliv myslitelné právní chtění, jež jakkoliv v lidských myšlenkách vystupuje, jest tedy v terminologii Stammlerově pozitivním právem (str. 121), na rozdíl od nepodmíněného čírého pojmu práva. Pozitivní právo pak dělí se v právo platné a neplatné, jednak v právo správné a nesprávné.“

druhy práv především důraz na jejich „umělost“, resp. „přirozenost“, ustupuje do pozadí kriterium, o němž shora byla již řeč, t. j. stanovenost normy. Neboť i právo, pocházející od přírody, Boha nebo rozumu, možno (a dlužno) si stejně představovati jako „stanovené“ oněmi autoritami jakožto normotvůrci, jak to činíme u pozitivního práva, o němž říká se, že jest stanoveno „vnějšími“ autoritami, jako jest stát, panovník a pod. Práví-li se, že k podstatě pozitivního práva patří jeho stanovenost, nemíní se tím patrně jakékoli stanovení jeho — vždyť ke každé normě možno si přimyslet činitele, který jest jejím stanovitelem či tvůrcem (pojem normotvůrce) —, nýbrž jeho vědomé a úmyslné stanovení. Toto stanovení považuje se zhusta za typický znak pozitivního práva na rozdíl od přirozeného a z tohoto hlediska dostává se pojem pozitivního práva i do blízkosti pojmu práva psaného, poněvadž právo vědomé i úmyslně stanovené bývá — aspoň v novějších dobách — právem psaným⁷⁾.

Další následek zmíněné již skutečnosti, že pojem a představa „pozitivního“ práva vynikne jasně teprve jeho kontraposicí proti pojmu práva přirozeného, jeví se v tom, že princip, podle kterého ustavena jest jednota toho, čemu se říká „pozitivní“ právo, mívá v nauce jiný noetický základ než obdobný princip, který zaručuje jednotnost normového souboru práva přirozeného. Již ve svých „Základech filosofie právní“ (str. 39) rozeznával jsem dva principy, které mohou ustavit mnohost norem v jednotný normový soubor, a to formální a obsahový (podobně činí i Kelsen v cit. pojednání *Naturecht und positives Recht*). Formálním nazývám onen, který vychází z identity normotvorného subjektu bez ohledu na obsah jednotlivých norem, jím vydávaných: tak jeví se normy, o nichž předpokládáme, že pocházejí od Boha (určitého náboženského vyznání), jako jednotný soubor norem náboženských a podobně sjednocuje kriterium státu jako normotvůrce všechny jím (přímo nebo nepřímě) vydané normy — opět bez ohledu na jejich konkrétní obsah — v jednotný normový soubor, „právní řád“ nazývaný, atd. Je-li však jednotícím prvkem princip obsahový, pak patří do konkrétního normového souboru jen ony nor-

⁷⁾ O pojmu práva psaného a nepsaného srovn. Chytil: *Nepsané právo* (v *Časopise pro právní a státní vědu*, XIII. roč., str. 1).

my, které hoví určité p o v š e c h n é z á s a d ě, kterou lze, chceme-li, nazývati i „základní normou“ (Grundnorm). Tak tomu jest v etice, pokud ji konstruujeme normativně: Do jednotného etického souboru normového patří jen ony normy (speciální), které obsahově hoví oné zásadě (na př.: Milujte své bližní!). Kelsen nazývá n. u. m. (str. 72) normový soubor, ustavený podle formálního principu, systémem dynamickým, a soubor, ustavený podle principu obsahového či materiálního, systémem statickým a chce tím říci toto: V souboru, sestrojeném podle principu formálního, zaručena jest jeho jednotnost tím, že „základní norma“ deleguje určité normotvůrce k vydání (stanovení) speciálních norem. „Základní norma“ může zde míti na př. tento obsah: Poslouchejte svých rodičů! (roz.: ať nařizují cokoliv), nebo: Poslouchejte norem, vydávaných tím či oním státem! (roz.: ať obsahem jejich jest cokoliv). „Die Einheit des dynamischen Systems ist die Einheit eines Delegationszusammenhanges“ a „Die „Positivität“ besteht geradezu in diesem dynamischen Prinzip“ (l. c.). Naproti tomu chce býti přirozené právo podle své ideje statickým systémem (souborem) normovým a tím přibližuje se normovému systému etickému.

Není zde třeba vyvracetí podrobně pokusy, které vytrvale činila a činí nauka o přirozeném právu, aby tím či oním způsobem mezi oběma normovými soubory — přirozené a pozitivní právo — zjednala normativní souvislost, t. j. aby mohla tvrditi, že oba tyto soubory „platí“ současně, a to buď koordinovaně, takže by na př. jeden soubor vyplňoval mezery, zanechané druhým, nebo tak, že jeden je nadřizen druhému, takže by normy podřizeného (t. j. pozitivního) „platily“ jen tehdy, neodporují-li normám nadřizeného (t. j. přirozeného), pokud se týče jevily se jako pouhé bližší provedení zásad, stanovených souborem nadřizeným. O věci bylo již jednáno jinde (srovn. mé Základy, str. 87).

Tradiční pojetí „pozitivního“ práva jako protivy či protikladu práva přirozeného má, jak vidno, vliv na jeho pojmovou konstrukci, a to tak, že hlavní důraz neklade se již na „účinnost“ jako typickou vlastnost pozitivního práva, nýbrž na skutečnost, že pochází (jest stanoveno) od určité vnější lidské autority (státu, panovníka a lidu a pod.). Acož že i zde „účinnost“ vystupuje aspoň jako sekundární vlastnost pozitivního práva,

pokud právě normy vydávané a u t o r i t a m i a t o r e á l n í m i (n a r o z d í l o d p o u h ý c h i d e á l n í c h č i m e t a f y s i c k ý c h, j a k o j e s t B ů h n e b o p ř í r o d a), k t e r é s e z p r a v i d l a p o s t a r a j í i o n á l e ž i t o u s a n k c í j e j i c h, b ý v a j í o b y č e j n ě „ú č i n n ý m i“ n e b o a s p o ň ú č i n n ě j š í m i n e ž j i n é.

„P o s i t i v n í“ p r á v o b y l o v š a k v n a u c e s t a v ě n o v p r o t i v u n e j e n k p r á v u „p ř í r o z e n ě m u“, n ý b r ž i k o n o m u, k t e r é z a „p r á v ě“ č i „v l a s t n í“ p r á v o p o v a ŷ o v a l a t. z v. h i s t o r i c k o - p r á v n í š k o l a (S a v i g n y, P u c h t a, E i c h h o r n a t d.). J e n ž e h i s t o r i c k o - p r á v n í š k o l a k l a d l a p ř í s v ě m p o j e t í p o s i t i v n í h o p r á v a v í c e d ů r a z u n a j e h o (s h o r a j i ž v z p o m e n u t o u) v l a s t n o s t „u m ě l o s t i“ n a r o z d í l o d p ř í r o z e n o s t i o n o h o p r á v a, k t e r é s i v y t v á ř í v p o m a l ě m t o k u h i s t o r i c k ě m „d u c h“ k a ŷ d ě h o n á r o d a (V o l k s g e i s t). A t a k j a k o s i p ř e j e n a u k a p ř í r o z e n o p r á v n í, a b y n o r m y p o s i t i v n ě p r á v n í o b s a h o v ě p o k u d m o ž n á m á l o o d p o r o v a l y n o r m á m, p l y n o u c í m z l i d s k ě h o r o z u m u, z B o ŷ s k ě h o p ř í k a z u n e b o p r o s t ě z p ř í r o d y, t a k u s i l u j e š k o l a h i s t o r i c k o p r á v n í o t o, a b y n o r m o t v o r n á č i n n o s t o n o h o „d u c h a l i d u“ b y l a c o n e j m ě n ě r u š e n a „u m ě l o u“ t v o r b o u p r á v a s e s t r a n y o n ě c h z m í n ě n ý c h j i ž v n ě j š í c h a u t o r i t, a d o s p ě l a, j a k z n á m o, k ú s u d k u, ŷ e n e k a ŷ d á d o b a j e p o v o l á n a k o n ě u m ě l ě t v o r b ě (S a v i g n y), p ř í č e m ŷ a r c i t ě z ů s t a l o d o s t i n e j a s n ě, z j a k ě h o d ů v o d u b y p r á v ě u r č í t á d o b a m ě l a b ý t i n e s c h o p n o u k t o m u t o ú k o l u, a n e v š e c k y.

Z h l e d i s k a, s e k t e r ě h o z d e n a v ě c s e d í v á m e, n e n í v e l k ě h o r o z d í l u m e z i s t a n o v i s k e m p ř í r o z e n ě p r á v n í a h i s t o r i c k o p r á v n í š k o l y a p r á v e m m o h l K e l s e n v e s v ě m s h o r a c i t o v a n ě m p o j e d n á n í p r o h l á s i t i, ŷ e „v p r a v d ě j e s t i h i s t o r i c k o p r á v n í š k o l a t e o r i í p ř í r o z e n o p r á v n í“ (s t r. 91). N e b o ŷ p o s t o j o b o u k p r o b l ě m u p o s i t i v n í h o p r á v a j e s t v p o d s t a t ě t ý ŷ: o b ě t v r d í u r č í t o u n a d ř í z e n o s t (p o v š e c h n ě j i: v í c e c e n n o s t) m i m o p o s i t i v n í h o p r á v a p r á v u p o s i t i v n í m u a p o d l e t o h o, j s o u - l i p r á v ě s o b s a h e m p o s i t i v n í h o p r á v a s p o k o j e n í n e b o n e, p r o h l á š u j í p o s i t i v n í n o r m y, k t e r é s e s o b s a h e m m i m o p o s i t i v n í c h n e s h o d u j í, z a n e p l a t n ě n e b o a s p o ň v a d n ě, r e s p. z a v r ž i t e l n ě, p r o p o s i t i v n í n o r m y p a k, k t e r é j s o u j i m o b s a h o v ě s y m p a t i c k ě, s h l e d á v a j í v d o m n ě l ý c h n o r m á c h m i m o p o s i t i v n í c h d ů v o d j e j i c h p l a t n o s t i, č i l i j e j i c h o s p r a v e d l n ě n í. J e p a k j a s n o, ŷ e t o t o n o e t i c k y n e p ř í p u s t n ě p l i c h t ě n í d v o u s a m o s t a t n ý c h n o r m o v ý c h s o u b o r ů (p o s i t i v n í h o n a j e d n ě a p ř í r o z e n ě p r á v n í h o, p o k u d s e t ý č e h i s t o r i c k o p r á v n í h o n a d r u h ě s t r a n ě) m ů ŷ e b ý t i z n a m e n í t ý m p r o s t ř e d k e m p r o z d á n l i v ě v ě d ě c k ě (o b j e k t i v n í) o d ů v o d ň o v á n í p r a k t i c k ý c h (s u b j e k t i v n í c h) p o s t u l á t ů

politickýc h. Zdánlivě objektivní normy, plynoucí z lidského rozumu, z Božského příkazu, z přírody nebo — což je vlastně to-
tež — z „ducha lidu“, budou totiž míti zpravidla velmi různý
obsah a tendence podle toho, zdali ten, kdo je „vědecky“ zjiš-
tuje, jest svým politickým založením konservativní nebo radi-
kální, t. j. přítelem změn. A historickoprávní škola, která jest
svou podstatou konservativní (pokud jest jí právě klidná evo-
luce sympatičtější než náhlá revoluce), dostane se se svými ten-
dencemi do rozporu se školou přirozenoprávní jen tehdy, když
hlasatelé této budou svým politickým založením radikály a revo-
lucionáři, jak tomu bylo na př. u přivrženců směru přirozeně-
právního, kteří — teoreticky nebo prakticky — připravovali
velkou revoluci z r. 1789. Avšak i z těchto stanou se velmi záhy
konservativci, jakmile základní změny, jichž se domáhali, ná-
sledkem vítězné revoluce budou vtěleny v „positivní“ právo.
„Přirozené“ právo přestává pak potíratí právo positivní, a stává
se jeho odůvodněním a ospravedlněním. —

Výsledkem hořejších vývodů jest, že pojem „positivního
práva“, jehož v teorii a praxi tak často se užívá, jest velmi ne-
jasný. Žádný z četných výměrů, pokud dají se zjistit v odborném
písemnictví, neobstojí před kritikou. To platí zejména o nejběž-
nějším, který v „positivnosti“ práva spatřuje jeho účinnost.
Neboť nehledě ani k tomu, že „účinnost“ nemůže býti, jak shora
dovozeno, vůbec vlastností normy jako takové, nýbrž něčeho
zcela jiného, totiž představy o ní v lidském mozku, není
žádná „norma“ (chceme-li se dopustiti oblíbené brachylogie)
úplně a bezvýjimečně účinnou. Právní normy a normové
soubory vůbec mohou býti jen více nebo méně, nikdy však
stoprocentně účinné. Vždyť celý praktický význam normy vy-
čerpává se tím, že právě není zcela a úplně účinná, jak to ze-
jména jasně dokazuje celé t. zv. trestní právo. Nikdo proto ne-
může na př. tvrditi, že „studuje positivní právo“ nebo že „své
poznávání omezuje na obor positivního práva“, poněvadž tako-
vého práva — stricto sensu — není. Tvrzení takové bylo by také
metodicky zbytečné, poněvadž mezi metodou, kterou poznává
se positivní právo (ve smyslu právě naznačeném), a metodou,
kterou poznáváme nepositivní právo, není a nemůže býti žád-
ného rozdílu, což jest ostatně nejjasnějším důkazem, že pojem
účinnosti není vůbec pojmem normativně relevantním.

Mnohem jasnější a významnější však než pojem pozitivního práva jest pojem pozitivní nebo pozitivněprávní metody či zkrátka pojem právního „positivismu“, i když ekvivokace zde může působiti nedorozumění. Právním positivismem sluší totiž rozuměti určité (a to správné) metodické hledisko při poznávání práva vůbec, ne — jak se často má za to — nějakou specifickou metodu pro poznávání právě jen pozitivního práva nebo snad názor, že jen pozitivní právo je „pravým“ a „skutečným“ právem a jediným možným předmětem právního poznávání a pod. Právní positivismus jako metodologické heslo neznamena nic jiného než teoretické přesvědčení, že současně lze poznávati jen jeden normový soubor právní a že jednotnost tohoto souboru dána jest jedním z obou konstruktivních hledisek shora naznačených (formální nebo obsahové). Právním positivistou v tomto smyslu je tedy každý, kdo jest si jasně vědom, že na otázku *quid iuris?* nelze odpovídati současně s hlediska dvou nebo více právních řádů, tedy na př. československého a francouzského, nebo československého a přirozeněprávního, že tyto právní řády nelze jeden z druhého navzájem doplňovati, korigovati nebo ospravedlňovati, pokud právě při svém poznávání předpokládáme jejich jednotnost a samostatnost. Tato jednotnost byla by porušena, kdybychom (jak to činily šmahem školy přirozenoprávní a historickoprávní) připustili, že uvnitř jednoho normového souboru mohou býti vedle sebe dvě nebo více koordinovaných vnějších autorit, t. j. na př. vedle lidového parlamentu nebo absolutního panovníka ještě Bůh, příroda, lidský rozum či duch lidu a pod. jakožto souřadní normotvorní činitelé: předpokládaná samostatnost zmizela by pak, kdybychom platnost, t. j. normativní existenci norem, příslušejících jednou normovému souboru, chtěli odvozovati (verifikovati) z platnosti norem příslušejících souboru druhému.

Skutečnost, že ten, kdo poznává právo, se zvláštní oblibou obírá si za předmět svého poznávání právní normy a soubory, jejichž představy v lidských mozcích vykazují poměrně velkou účinnost, t. j., že se obírá, jak se populárně praví, raději „platným“ než „neplatným“ právem (které kdysi platilo, nebo snad nikdy neplatilo), má velmi průhledné, avšak pouze praktické důvody. S teoretickými otázkami, o nichž byla shora řeč, nemá to však co činit.