ČASOPIS PRO PRÁVNÍ VĚDU A PRAXI
č. **3** | **2023** | roč. **XXXI** | 639–652
https://doi.org/10.5817/CPVP2023-3-5

Fikcionalismus, princip užitku a aplikace práva

Fictionalism, Principle of Utility and Application of Law

Daniel Barták*

Abstrakt

Článek se zabývá fikcionalismem a jeho užitím v návaznosti na proces aplikace práva. Soustředí se na dva prvky v tomto procesu a vysvětluje, proč zakládají jeho fiktivnost, čímž se snaží upozornit na nedokonalost teoretického zpracování této problematiky. Fiktivnost procesu aplikace práva je vystavěna na dvou tezích. Zaprvé, subsumpce zakládá fikci personifikace a zadruhé, poznatky novověké epistemologie vedou k závěru, že nelze aplikovat právo ale pouze představu o tom, co je právo. Cílem tohoto textu je představit další možný způsob, kterým lze na aplikaci práva nahlížet a zároveň rozšířit povědomí o četnosti fikcí v právu. Dále má upozornit na možnost užití principu užitku ve fiktivním prostředí.

Klíčová slova

Fikcionalismus; právní fikce; aplikace práva; subsumpce; interpretace; princip užitku.

Abstract

This article deals with fictionalism and its use in response to process of law application. It aims to cover two steps of this process and elucidate their fictitiousness. It points out imperfection of theoretical treatment as a result. Firstly a subsumption sets up fiction of personification and secondly the conclusions of modern epistemology lead to deduction about impossibility of application of law but possibility of application of image of law. Aim of this article is to demonstrate additional approach to application of law and to extend knowledge in a field of law fictions. It also points out use of principle of utility in fictional environment.

Keywords

Fictionalism; Law Fictions; Application of Law; Subsumption; Interpretation; Principle of Utility.

Úvod

Ačkoliv fikcionalismus[1] zaznamenal svůj největší rozmach v minulém století, od 70. let diskuse okolo fikcí postupně utichá. Byť by se fikcionalismus, jakožto filozofická teorie, dal

* Mgr. Daniel Barták, doktorand, Katedra právní teorie, Právnická fakulta, Masarykova univerzita, Brno / Ph.D. student, Department of Legal Theory, Faculty of Law, Masaryk University, Brno, Czech Republic / E-mail: 480137@mail.muni.cz

1 Pro obecný úvod či přehled o fikcionalismu doporučuji EKLUND, M. Fictionalism. *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* [online]. 30. 3. 2007 [cit. 13. 8. 2022]. Dostupné z: https://plato.stanford.edu/entries/fictionalism/

považovat za vyčerpané téma, tak jeho užití v právní teorii stále nabízí prostor pro úvahy. Všem známé technické právní fikce, kterými jsou například fikce doručení[2] či neodsouzení,[3] se staly pouze další materií vyučovanou vedle právních domněnek[4] a nad fiktivností teoretických právních fikcí, kterými jsou například společenská smlouva[5] či Grundnorma,[6] se již málokdo pozastaví.

Je vhodné upozornit na nepřesnost užívání termínu „právní fikce" pro obě výše zmíněné kategorie. Technické fikce (právní či nikoliv) jsou navrženy tak, aby řešily praktický problém. Vyznačují se svojí provizorností[7] a neochotou přesvědčit o své pravdivosti.[8] Jde o jazykové fenomény, kterým nevěří ani autor, ani publikum.[9] Teoretické fikce se více podobají vědeckým hypotézám[10] bez možnosti empirického prokázání jejich pravdivosti. Zaměřují se na vysvětlení některé teoretické otázky a již z povahy věci se musejí alespoň pokusit o své pravdivosti přesvědčit. Stejně tak zamýšlená provizornost se zdá být v jejich případě přinejmenším pochybná, avšak ne vyloučená, tj. jejich užívání není vázáno na existenci specifické právní normy. Jde tedy většinou o fikce označované jako asertivní,[11] tedy ty, které se jako fikce netváří, byť jimi jsou. Jedná se tak o fikce, jenž nejsou formulovány za využití slovního spojení *„jako by."*[12]

Právo však poskytuje mnohem více prostoru, ve kterém lze spatřovat náznaky fiktivnosti. Dle Fullera je *„právo fikcemi protkáno, na nich, jakožto základních kamenech, postaveno, a i přes to to nepůsobí rozpaky."*[13] Právní praxe bez fikcí jednoduše nemůže fungovat, přičemž teď není řeč ani o fikcích technických, které mohou být jednoduše nahrazeny,[14] ani o fikcích

---

2 § 50c odst. 1) zákona č. 99/1963 Sb., Občanský soudní řád, ve znění pozdějších předpisů.

3 § 106 zákona č. 40/2009 Sb., Trestní zákoník, ve znění pozdějších předpisů.

4 Recenzent správně namítá, že fikce a domněnky (především ty nevyvratitelné) mají mnoho společného. Málo kdy se však setkáme s diskusí na podobnost fikcí a domněnek, a i způsob výuky naznačuje, že jsou vnímány často jako protipóly. K podobnosti doporučuji SOBEK, T. *Argumenty teorie práva*. Praha: Ústav státu a práva AV ČR. 2008, s. 198 a násl., nebo třeba FULLER, L. L. *Legal fictions*. Stanford: Stanford University Press, 1970, s. 40 a násl.

5 VAIHINGER, H. *The Philosophy of As If*. London: Routledge, 1949, s. 148.

6 Sám Hans Kelsen označil svoji Gundnormu za fikci. Více viz KELSEN, H. *General theory of norms*. Oxford: Clarendon press, 1991, s. 256. DOI: https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780198252177.001.0001

7 KELSEN, H. On the Theory of Juridic Fictions. With special Consideration of Vaihinger's Philosophy of the As-If. In: DEL MAR, M., TWINING, W. (eds.). *Legal Fictions in Theory and Practice*. London: Springer, 2015, s. 17. DOI: https://doi.org/10.1007/978-3-319-09232-4_1

8 FULLER, L. L. Legal fictions. *Illinois Law Review*. 1930, roč. 25, č. 4, s. 367.

9 FULLER, L. L. *Legal fictions*. Stanford: Stanford University Press, 1970, s. 11.

10 K rozdílu mezi fikcí a hypotézou viz VAIHINGER, H. *The Philosophy of As If*. London: Routledge, 1949, s. 85 a násl.

11 FULLER, L. L. *Legal fictions*. Stanford: Stanford University Press, 1967, s. 36.

12 Asertivní fikcí je kupříkladu výrok *„Osoby starší 18 let jsou plně svéprávné."* Tento výrok je fiktivní, neboť opomíjí možnost omezení svéprávnosti. Fiktivnost výroku tak spočívá v tom, že výrok nemusí být platný v každém jednotlivém případu.

13 Ibid., s. 2.

14 Způsob fungování technických právních fikcí a jejich nadbytečnost je vysvětlena v SOBEK, T. *Argumenty teorie práva*. Praha: Ústav státu a práva AV ČR, 2008, s. 199–200. Ve zkratce by se technické právní fikce daly nahradit větou *„Na případy A se použije postup, který by se použil v případech B."*

teoretických, o jejichž existenci nemá většina populace ani tušení. Řeč je zde o analogii,[15] personifikaci vedoucí k hypostázi,[16] klasifikaci[17] nebo třeba přiznávání existence abstraktním konstruktům.[18] Ve Vaihingerově pojetí jde o druh fikcí nazývané semi-fikce, které jsou zakořeněny hluboko ve způsobu lidského myšlení, byť jde o procesy, které nevytvářejí pravdivé výsledky.[19] Tyto procesy jsou pro člověka nepostradatelné, neboť je na nich vystavěn způsob, kterým přemýšlíme a vyjadřujeme se,[20] byť generují výsledky, jenž alespoň částečně překrucují realitu. Oproti fikcím nemusejí být vnitřně kontradiktorní (tedy odporovat formálním principům reality), ale postačí, že jejich užitím dojde k vygenerování výsledku, jenž se odklání od reality (tzv. deviace materiální povahy věci).[21] Ve většině případů tedy není otázkou, zdali je něco pravdou či fikcí, ale jak moc je něco fiktivní – je to tedy otázka míry.[22] Je vhodné podotknout, že myšlenky Hanse Vaihingera působí v dnešní době spíše krypticky. V textu proto bude snaha o označení jeho myšlenek, aby nebyly zaměňovány s jejich analýzou.

Následující řádky budou věnovány otázce *„Je aplikace práva fakticky možná, nebo jde o fikci? A pokud jde o fikci, jaké teoretické a praktické závěry z toho lze dovodit?"* Pro lepší orientaci v textu by bylo hned ze začátku vhodné popsat jeho strukturu. V kapitolách o subsumpci a epistemologii budou nadneseny argumenty pro fiktivnost procesu aplikace práva. Z této části textu by si čtenář měl odnést jednoduchou premisu *„Aplikace práva není fakticky možná a jedná se o výsledek užití semi-fikcí, resp. generuje fiktivní výsledky."* Další část textu staví na této premise a rozvíjí myšlenkový řetězec: *„Jedná-li se o fikci, užijí se na aplikaci práva kontrolní nástroje fikcionalismu. Tím je především princip užitku."* Zde dojde ke stručnému představení tohoto principu. V poslední části textu dojde k zúžení záběru textu především na interpretaci jakožto součást procesu aplikace. V té lze nejlépe demonstrovat, že princip užitku by měl mít své místo nejen v právní teorii, ale i praxi.

15 Analogie je jednou ze základních semi-fikcí. Není však vyloučeno, že jiné oblasti vědy vyjma fikcionalismu na ní takto nenahlížejí. VAIHINGER, H. *The Philosophy of As If*. London: Routledge, 1949, s. 27 a násl.

16 Hypostáze dává největší smysl v kontextu jednotlivé věty, doslovně však znamená „zacházení s něčím abstraktním, jako by to bylo reálné." Hypostatize. *Dictionary.com* [online]. [cit. 25. 10. 2022]. Dostupné z: https://www.dictionary.com/browse/hypostatization. V kontextu fikcionalismu je tato myšlenka hlubší – takovéto zacházení totiž vede k nepřípustnému zdvojení předmětu poznání. Pro bližší pochopení doporučuji např. WEYR, F. *Teorie práva*. Praha: Orbis, 1936, s. 52–54. Pomyslnou polovinou hypostáze je následně zmíněné přiznání existence abstraktnímu konstruktu, na které lze izolovaně také hledět jako na fikci, avšak z jiného důvodu – tj. fiktivnost procesu a ne výsledku.

17 Klasifikací či kategorizací se myslí přiřazování objektu pod různé kategorie. Typickým příkladem je zvíře zařazené do druhu, poddruhu, čeledi a jiných taxonomických kategorií. Normativisté tvrdili, že stejně umělé kategorizování máme i v právu – např. dělba na soukromé a veřejné právo. Jak správně recenzent namítl, jde o základní předpoklad jakékoliv vědy, čímž nastínil nejsilnější protiargument na účet fikcionalismu, který je schopný valnou většinu vědeckých výsledků označit za fiktivní. Této problematice se věnuje např. VRAASSEN, B. C. van. *The Scientific Image*. Oxford: Calderon Press, 1980.

18 Tyto fiktivní procesy se v anglickém originále nazývají „*semi-fictions*". Existuje však názor, že nejde o fikce, ale o iluze viz FRANKISH, K. (ed.). *Illusionism as a theory of consciousness*. Impint Academic, 2017.

19 Zahraniční literatura je označuje jako fikce, popř. semi-fikce, nicméně je smysluplnější hovořit o procesech zakládajících fiktivnost.

20 Fikce a jejich místo v jazyce zmapoval již Jeremy Bentham. Více viz BENTHAM, J. A Fragment on Ontology. In: BOWRING, J. (ed.). *The works of Jeremy Bentham*. Vol. 8, a BENTHAM, J. Essay on Logic. In: BOWRING, J. (ed.). *The works of Jeremy Bentham*. Vol. 8.

21 VAIHINGER, H. *The Philosophy of As If*. London: Routledge, 1949, s. 78.

22 FULLER, L. L. Legal fictions. *Illinois Law Review*. 1930, roč. 25, č. 4, s. 370.

Zmíněná kapitola o epistemologii je zároveň příspěvkem do debaty o otázce, zda-li je při interpretaci práva norma vytvářena, nebo je-li pouze objeven její obsah. Cílem nebude přímo obhájit první zmíněné, ale spíše nadnést argumenty pro faktickou nemožnost pouhého objevení bez tvoření. Pro upřesnění lze dodat, že tato kapitola bude zaměřena na novověkou epistemologii[23] a zároveň předpokládá, že poznání a výklad normy jsou nutnou součástí procesu její aplikace. Verze fikcionalismu, která je využita pro úvahy v tomto textu, je zároveň silně nominalistická. Slovy Jaroslava Peregrina: *„Spor nominalistů s realisty vešel do dějin filosofie především jako příklad filosofického sporu, který nemá a nemůže mít vítěze."*[24] Realisticky smýšlejícímu čtenáři lze tedy předem prozradit, že se neztotožní s výroky prezentovanými dále v textu. Toto pojetí fikcionalismu má taktéž blízko k logickému positivismu Vídeňského kruhu v tom smyslu, že odmítá metafyziku.[25] Oproti verifikaci výroků se však zaměřuje na nalezení fikcí.

1 Vymezení aplikace práva

Jak již název článku napovídá, předmětem budou fiktivní prvky přítomné v procesu aplikace práva, tedy procesu uskutečňování práva kupříkladu státními orgány.[26] Je na místě podotknout, že některé následující úvahy se netýkají pouze aplikace práva státními orgány, ale dají se použít na širší spektrum případů – tehdy je aplikace práva užita jako demonstrativní institut. K aplikaci práva je nutné zmínit, že se skládá z několika prvků:[27]

1) Existence faktické skutkové podstaty.
2) Existence zákonné skutkové podstaty.
3) Subsumpce faktické skutkové podstaty pod zákonnou.
4) Vydání rozhodnutí.

Právě subsumpce skutku pod zákonnou skutkovou podstatu je oním prvkem, který bude v tomto textu rozebírán dále. Subsumpce je úsudkem spočívajícím v tom, že co obecně platí o každém prvku množiny, platí i specificky o kterémkoliv z nich.[28] Zjednodušeně jde o vytyčení klíčových znaků, kdy při jejich naplnění dojde k zahrnutí skutkové podstaty pod onu právní.

Ve další části bude věnována pozornost procesu poznání, tedy činnosti, při které osoba aplikující právo nejprve musí poznat znění a obsah právní normy, aby ji posléze mohla interpretovat a aplikovat.[29] V části textu, zabývající se procesem poznání, bude věnována

[23] Více o jednotlivých druzích epistemologie viz SOUSEDÍK, P. Co zkoumá epistemologie? *Theologica*. 2013, roč. 3, č. 2, s. 151–170. DOI: https://doi.org/10.14712/23363398.2015.29

[24] PEREGRIN, J. *Filosofie a jazyk (eseje a úvahy)*. Praha: TRION, 2003, s. 87 a násl.

[25] SOBEK, T. *Nemorální právo*. Praha: Akademie věd České republiky, 2010, s. 107.

[26] KNAPP, V. *Teorie práva*. C. H. Beck, 1995, s. 186.

[27] Byť je toto dělení zjednodušující, pro vymezení podstaty aplikace práva jej lze považovat za dostačující. Ibid., s. 187.

[28] Ibid.

[29] HLOUCH, L. *Teorie a realita právní* interpretace. Plzeň: Aleš Čeněk, 2011, s. 16, nebo také WEYR, F. *Teorie práva*. Praha: Orbis, 1936, s. 62.

pozornost následkům přeměny objektivního práva v myšlenku, respektive intelektuální konstrukt.[30]

2 Subsumpce a fikce personifikace práva

Subsumpcí, jak již bylo naznačeno, je podřazení skutkového stavu pod skutkovou podstatu, tedy proces, při kterém jsou právně relevantní fakta oddělena od těch irelevantních a následně porovnávána s právními normami, dokud nedojde ke shodě.[31] Otázkou tedy zůstává, zda-li je vůbec možné, aby abstraktní právní pravidlo mohlo nést znaky, které by odpovídaly realitě. Zkoumán tedy bude vztah, který vzniká mezi „právní šablonou" a faktem.

Aby bylo možné obsah právní normy a faktický skutkový stav prakticky porovnávat, je nutné využití hypostáze. Dle Vaihingera se tak děje kvůli nehynoucímu sklonu člověka personifikovat všechny intelektuální konstrukty[32] a tím je dělat pro lidský mozek srozumitelné.[33] Zrovna takový subjekt právní normy, který je jejím základním stavebním kamenem, ke svému fungování personifikaci vyžaduje, neboť by bez ní byl jen prázdným a prakticky nevyužitelným konstruktem.

Je vhodné pozastavit se u pojmu konstrukt. Tato práce operuje se dvěma druhy konstruktů. V první řadě existují konstrukty právní, kterými jsou myšleny jakékoliv právní pravidla či právní instituty. Ve druhé řadě konstrukty intelektuální, které existují v naší mysli. Obecně by se dal tedy konstrukt vyjádřit jako entita mající určité znaky, a přívlastek intelektuální či právní již pouze specifikuje místo výskytu tohoto konstruktu. Již zmíněný subjekt právní normy může mít obě podoby. V první řadě existuje jako právní konstrukt v sociální realitě,[34] ve druhé řadě jako intelektuální konstrukt v mysli osoby mající alespoň minimální znalosti práva. Důležité však je, že člověk nemůže cíleně operovat s právním konstruktem, neboť nelze cílevědomě pracovat s něčím, o čem naše mysl neví – musí nejprve dojít k poznání, během kterého se z konstruktu právního stane konstrukt intelektuální. Právní

30 Myšlenkovými konstrukty a otázkou, proč zakládají fikce, se zabýval především Hans Vaihinger. Detailněji viz VAIHINGER, H. *The Philosophy of As If*. London: Routledge, 1949.

31 BJÖRLING, E. The expression of legal argumentation: Towards a methodology of narrative studies of 'discourses of subsumption'. *International Journal of Legal Discourse* [online]. 2016, roč. 1, č. 1, s. 117–132 [cit. 28. 9. 2022]. DOI: https://doi.org/10.1515/ijld-2016-0003

32 Konstrukty (právní, intelektuální…) jsou nástroje (představy, koncepty, pravidla…), které lidská mysl vytváří, aby byla schopna pochopit realitu a překlenout nekonečnou epistemologickou propast. Jsou klíčem k flexibilitě mysli a kreativitě, byť nás oddalují od poznání absolutní pravdy. Více viz VAIHINGER, H. *The Philosophy of As If*. London: Routledge, 1949, s. 1–16.

33 KELSEN, H. On the Theory of Juridic Fictions. With special Consideration of Vaihinger's Philosophy of the As-If. In: DEL MAR, M., TWINING, W. (eds.). *Legal Fictions in Theory and Practice*. London: Springer, 2015, s. 6. DOI: https://doi.org/10.1007/978-3-319-09232-4_1

34 Za upozornění na nejasnost pojmu konstrukt a nutnost přisouzení existence v sociální realitě tímto děkuji recenzentovi.

konstrukt se tak stává pouze determinant existence a podoby konstruktu intelektuálního, který je nástrojem, jenž je naše mysl schopna (obrazně řečeno) uchopit a použít.[35]

Personifikace v právu je dle Vaihingera specifickým druhem analogie,[36] při které například (a nejen) se subjektem právní normy pracujeme, jako kdyby odpovídal reálně existující osobě. Se subjektem je v běžném jazyce pracováno jako s reálně existující věcí, která má hmotný základ, stejně tak jako například s duší, byť ani jeden z těchto příkladů nemá empirický podklad. Personifikaci si tak lze jednoduše představit jako fiktivní propojení (či splynutí) člověka a právního konstruktu.

Fungováním nejen právního, ale i přirozeného jazyka a důsledkem absence empirického podkladu se zabýval již Jeremy Bentham ve své Teorii fikcí, kdy rozlišoval na reálné a fiktivní entity (byť jde o označení velmi zavádějící). Reálné entity mají oporu v jazyce, tedy máme pro ně pojmenování, respektive existující podstatné jméno, a zároveň existují v empirické realitě, ve které jsme schopni vnímat je smysly. Fiktivní entity mají oporu pouze v jazyce a každé tvrzení obsahující fiktivní entitu je tím pádem fikcí. Jejich vznik spočívá v modifikování reálných entit a motivací k vytváření fiktivních entit je potřeba jazyka – přesněji potřeba rychle a přesně komunikovat. Pravý význam fiktivních entit lze poznat skrze proces parafrázování, jehož výsledkem by v případě subjektu práva bylo: *„Člověk přetvořený ve svůj vlastní obraz, respektive intelektuální konstrukt, aby mohl ovlivňovat a být ovlivňován jinými intelektuálními konstrukty."*[37] V případech, kdy se nezdá potřeba personifikace intuitivní, je fiktivnost stanovená právě Teorií fikcí Jeremyho Benthama. Tímto postupem lze označit za fiktivní jakýkoliv závazek.[38]

Co není na první pohled zřejmé je, že personifikace intelektuálních konstruktů vede k duplikaci objektu poznání a tím pádem k překroucení reality.[39] Překroucení reality, které je zapříčiněno duplikací objektu poznání (jenž vždy následuje po personifikaci), lze označit za hlavní problém, který Vaihinger spojuje s personifikací. Jeho myšlenku si lze představit na následujícím příkladu – na jedné straně existuje reálná osoba a na straně druhé intelektuální konstrukt, který lidská mysl přiřazuje k oné osobě a samotný intelektuální konstrukt se tím

---

35 Recenzent si správně všímá, že právním konstruktem může být i zobecnění konkrétních empirických entit (např. zaměstnanci). Jedná se o tzv. metodu abstraktní generalizace, která spočívá ve vytvoření jak myšlenkového, tak právního konstruktu na základě množiny empirických entit, které mají nějaké společné znaky. Fiktivnost je pak založena na úvaze: *„Nelze se domnívat, že soubor obecných znaků je tím, co ty znaky splňuje, ale správě bychom k tomu měli přistupovat, jako kdyby to bylo to samé."* K abstraktní generalizaci doporučuji VAIHINGER, H. *The Phiposophy of As If*. London: Routledge, 1949, s. 54–56. Jak již bylo řečeno, jde o nominalistický přístup – spor mezi nominalismem a realismem je dle Jaroslava Peregrina předurčen k tomu, že nemůže mít vítěze a je tak na každém z nás, zda-li se se závěrem ztotožníme. PEREGRIN, J. *Filosofie a jazyk (eseje a úvahy)*. Praha: TRION, 2003, s. 87 a násl.

36 VAIHINGER, H. *The Philosophy of As If*. London: Routledge, 1949, p. 36.

37 Tato vsuvka o Theory of fictions čerpá z BENTHAM, J. A Fragment on Ontology. In: BOWRING, J. (ed.). *The works of Jeremy Bentham*. Vol. 8, BENTHAM, J. Essay on Logic. In: BOWRING, J. (ed.). *The works of Jeremy Bentham*. Vol. 8 a TARANTINO, P. *PHILOSOPHY, OBLIGATION AND THE LAW. Bentham's ontology of normativity*. Abingdon, New York: Routledge, 2018. DOI: https://doi.org/10.4324/9781351021265

38 Fiktivnost závazku je detailně rozebrána v BENTHAM, J. Essay on Logic. In: BOWRING, J. (ed.). *The works of Jeremy Bentham*. Vol. 8, s. 247 a násl.

39 KELSEN, H. On the Theory of Juridic Fictions. With special Consideration of Vaihinger's Philosophy of the As-If. In: DEL MAR, M., TWINING, W. (eds.). *Legal Fictions in Theory and Practice*. London: Springer, 2015, s. 6. DOI: https://doi.org/10.1007/978-3-319-09232-4_1

pádem stává objektem empirického poznání. Zjednodušeně řečeno, pokud dojde ke spojení fyzické osoby a člověka, tedy intelektuálního konstruktu a empiricky poznatelného objektu, dojdeme k závěru, že bychom intelektuální konstrukt mohli například vidět. Takovéto pojetí subjektu práva, které propojuje empiricky poznatelnou osobu s intelektuálním konstruktem, vede k vnitřní kontradikci.

Stejnou myšlenku převzal i Kelsen ve své Ryzí nauce právní, kde se opírá o argument duplikací objektu a tvrdí, že *„skrze závoj personifikace"*[40] dochází k fiktivnímu propojení souboru práv a povinností s člověkem.[41] Teze G. F. Puchty, že člověk si díky své svobodné vůli zvolil býti subjektem práva (resp. fyzickou osobou), není přesvědčivá. V prvé řadě právní sebeurčení pochází z objektivního práva[42] a zadruhé samotná vůle něčím býti neznamená, že tomu tak je.[43] Neméně palčivá je i otázka svobodné vůle.[44]

Praxe však vyžaduje, aby došlo k fiktivnímu propojení, protože bez něj by právo nemělo žádný dopad na empirickou realitu. Pokud by subjekt práva byl pouze konstruktem, mohl by být ovlivňován jinými konstrukty, ale bez praktického výsledku – tedy změna by byla omezena na normativní realitu. Avšak pokud by subjekt práva byl pouze osobou, nemohlo by dojít k ovlivňování konstrukty – myšleno právem, které je souborem takovýchto konstruktů, popř. konstrukt samotný – a právo by pak nemělo na koho působit, čímž by se z něj stala (obrazně řečeno) zbraň bez cíle. Fikce personifikace je tedy nepostradatelnou součástí nejen práva, ale myšlení obecně.

3 Epistemologie a fikce poznání

Neodmyslitelnou součástí procesu aplikace práva je samotné poznání práva osobou, která se právo chystá aplikovat. Byť není tato část zařazena do výše zmíněného rozboru procesu aplikace práva, jen stěží lze oponovat a tvrdit, že tomu tak není. Nezohlednění hermeneutiky tak spíše upozorňuje na nedokonalost Knappovy definice.[45] V následujících řádcích bude vztah myšlenky a platného práva rozebrán blíže, přičemž hlavní otázkou bude, zda-li myšlenky mohou odrážet realitu, nebo jde-li jen o pouhý popis reality.

Citát Hanse Vaihingera, který zní: *„Musíme opustit od naivního přesvědčení, že co si myslíme, to opravdu existuje,"*[46] je jasným upozorněním na to, že naše mysl nás obelhává již v samotném způsobu, kterým funguje. Uměle se snaží propojovat naše myšlenky s empirickými jevy,

40 KELSEN, H. *Ryzí nauka právní*. Praha: Orbis, 1993, s. 29–31.

41 Zákonné označení subjektu práva by vyzařovalo stejné prvky fiktivnosti, i kdyby zákon operoval s „člověk" namísto „fyzická osoba."

42 KELSEN, H. *Ryzí nauka právní*. Praha: Orbis, 1993, s. 26.

43 Vhodný příklad k ilustraci je Ralph Wiggum, který o sobě tvrdil, že je řečnickým pultem.

44 O svobodné vůli, především v návaznosti na (ne)slučitelnost s (in)determinismem, doporučuji např. SOBEK, T. *Nemorální právo*. Praha: Akademie věd České republiky, 2010, s. 103–151. Svobodnou vůlí a nesmyslností tohoto konceptu se zabýval především Galen Strawson, který dokázal, že jednoduše nejsme příčinou sebe sama nehledě na to, zda-li je svět deterministický či nikoliv. Pro více viz ibid.

45 Za upozornění na tento fakt děkuji recenzentovi.

46 VAIHINGER, H. *The Philosophy of As If*. London: Routledge, 1949, s. 161.

na jejichž základě vznikly, a to kvůli kognitivním procesům a způsobu, kterým fungují. Jde o přirozený proces, na jehož základě se naše mysl nestává pouze izolovanou nádobou plnou informací o okolním světě, ale je schopna přijaté informace vyhodnotit a uzpůsobit na jejich základě chování člověka. Je však bláhové říci, že myšlenka je to stejné, jako objekt, ze které vzešla. Myšlenka je spíše popis, popřípadě subjektivní představa o tom, jaký objekt je, jak vypadá, voní či chutná. V mysli vykonstruovaná podoba automobilu není onen automobil a stejně tak představa o obsahu a hranicích práva na spravedlivý proces není oním právem samotným. Dle Vaihingera je přesvědčivost o stejnorodosti těchto dvou jinak rozlišných fenoménů dána hlavně tím, že svět, který je uměle vykonstruován v mysli, je utvořen a řídí se podle stejných pravidel (resp. představách o nich), jako ten reálný.[47]

Výše zmíněný filosof při své kritice novověké epistemologie tvrdil, že vědomí z podnětů, které mu přicházejí, objektivní kus odejme a subjektivní kus přidá.[48] Kupříkladu a velmi zjednodušeně – automaticky zapomínáme doslovné znění textu zákona a na druhé straně klasifikujeme a přiřazujeme si právní pravidlo k právnímu odvětví,[49] právní pravidlo hodnotíme vzhledem k subjektivním hodnotám, či si ho přímo představujeme na imaginárním praktickém příkladu. Existence dotváření však není sporná ani v případě interpretace samotné pohledem subjektivistů.[50] Nejde tedy o přesný popis reality, dochází k její deviaci a tím se z myšlenky stává fiktivní obraz empirického světa. S touto tezí, tedy že naše mysl upravuje podněty, nemusejí všichni souhlasit, protože se naskýtá hypotetická situace, ve které myšlenka přesně popisuje realitu. Zde by se znovu jednalo o problém z předchozí kapitoly, tedy personifikaci intelektuálního konstruktu následované duplikací objektu poznání, což by nás vedlo k otázce, zda-li je (naprosto přesná) představa věci pocházející z empirické reality objektem samotným, nebo pouze intelektuálním konstruktem?

Alternativní pohled na tvorbu poznáním mají normativisté. Předem je dobré upozornit, že jde o myšlenky poněkud protichůdné. František Weyr byl zastáncem názoru, že *„účelným (chtěným) jednáním tvoříme…,"*[51] přičemž poznávání účelným či chtěným jednáním je. Na druhou stranu odmítal myšlenku, že by během poznávání docházelo k tvorbě něčeho nového, neboť nelze tvořit svět, který poznáváme. Jednoduše i bez poznání by svět existoval.[52] Tyto úvahy jsou až na jednu část velmi přesvědčivé – dochází k tvorbě nových myšlenek, resp. popisů reality.[53]

Uznáme-li tedy, že myšlenka a objekt jí odpovídající jsou od sebe odlišní, popřípadě že myšlenka nemá šanci objekt přesně popsat, musíme také uznat, že pokud jsou naší myslí považováni za to stejné, jde o fikci. Fiktivní tedy nemusí být přímo existence výsledku

47 BONIOLO, G. *On scientific representations. From Kant to a New Philosophy of Science*. Cippenham, Eastbourne: Antony Rowe Ltd, 2007, s. 210. DOI: https://doi.org/10.1057/9780230206571

48 VAIHINGER, H. *The Philosophy of As If*. London: Routledge, 1949, s. 157.

49 Tento příklad dává smysl pouze pokud jedinec sdílí názory normativistů na dělení práva.

50 HLOUCH, L. *Teorie a realita právní* interpretace. Plzeň: Aleš Čeněk, 2011, s. 16.

51 WEYR, F. *Teorie práva*. Brno: Orbis, 1936, s. 28.

52 WEYR, F. *Teorie práva*. Brno: Orbis, 1936, s. 29.

53 Weyrova teze o netvoření je platná maximálně v situaci, kdy se Vám někdo představí a vy si už v ten moment jeho či její jméno nepamatujete.

semi-fiktivního procesu, nicméně fiktivní může být vztah onoho výsledku s empirickou předlohou.

4 Princip užitku

Pokud usoudíme, že aplikace práva není fakticky možná a jde o fikci, tak se začneme pohybovat v prostředí fikcionalismu – teorii zabývající se výlučně fikcemi, jejich historií, vznikem, fungováním, a hlavně hodnocením jejich kvalit. Středobodem této teorie je přechod od pravdivosti k užitku. Jakkoliv se to může zdát neintuitivní, věda (následována praxí) by se neměla zaměřovat na pravdivost svých výsledků, ale na užitek, který mohou přinést.[54] Hodnocení na základě pravdivosti totiž dává v případě nepravd (tj. fikcí) pramalý smysl. Proto fikcionalisté zaujali stanovisko, že pokud je něco nepravda, je potřeba to zhodnotit jiným kritériem (přesněji kritériem užitku), než je na to zanevřeno. Ona totiž nepravda může být mnohem užitečnější než pravda.[55]

Fikcionalistický diskurs však sahá daleko za hranice práva. Velmi často se objevují názory, že matematika[56] (stejně tak jako právo)[57] je celá fiktivní.[58] Empirický konstruktivismus zase vyvrací možnost prokázat pravdivost hypotéz v přírodních vědách[59] a lze se setkat s názory, že společenské vědy nejsou pravdivé kvůli nemožnosti redukce společenských jevů.[60] Vyvrácení pravdivosti však nevede k jednoznačnému názoru na to, co vlastně pravdivé je. Může to být bezprostřední smyslová zkušenost[61], nebo také inference.[62] Shodné pro všechny fikcionalistické teorie však je, že pokud se nelze řídit pravdivostí, lze se řídit principem užitku.

Určit míru užitečnosti není nejjednodušší proces, proto si užitek zaslouží alespoň letmý popis. Princip užitku či největšího štěstí byl (nepřekvapivě) zaveden zakladatelem novodobého

54 Vzhledem k povaze článku nelze vyčerpat princip užitku jakožto téma ani z poloviny, neboť by vystačilo na celou monografii. Stručné představení je však na místě.

55 Praktickým příkladem budiž tzv. *„white lies"*.

56 Zářným příkladem je číslo π, které nelze užít v jeho plné síle, ale pouze v jedné z jejích zaokrouhlených verzí, jinak bychom se nikdy nepropočítali k výsledku. Zároveň však nelze říci, že by výsledek byl pravdivý, lze však říci, že je tento postup užitečnější než se nikdy nedopočítat pravdy.

57 FULLER, L. L. Legal fictions. *Illinois Law Review*. 1930, roč. 25, č. 4, s. 363. O fiktivnosti práva jako celku svědčí také například přednáška doc. JUDr. Tomáše Sobka, Ph.D., na Noci práva 2023, která nesla název *„Právo je opravdu, ale opravdu důležitá fikce."*

58 Fiktivnost matematiky je projednávána např. v TAYLOR, A. Mathematics as Fiction: A common sense Approach. *Cantors Paradise* [online]. 31. 1. 2021 [cit. 11. 10. 2022]. Dostupné z: https://www.cantorsparadise.com/mathematics-as-fiction-a-common-sense-approach-a4739d633eb2, SOBEK, T. *Nemorální právo*. Praha: Akademie věd České republiky, 2010, s. 107–109.

59 FRAASSEN, B. C. van. Constructive Empiricism Now. *Philosophical Studies*. 2001, roč. 157, s. 151–170.

60 SAMUEL, G. Is Law a Fiction? *Law Explores* [online]. 7. 11. 2015 [cit. 11. 10. 2021]. Dostupné z: https://lawexplores.com/is-law-a-fiction/

61 Otázka pozorovatelného je zpracována např. v FRAASSEN, B. C. van. Constructive Empiricism Now. *Philosophical Studies*. 2001, roč. 157, s. 153.

62 SOBEK, T. *Nemorální právo*. Praha: Akademie věd České republiky, 2010, s. 243.

utilitarismu Jeremym Benthamem.[63] Jeho užití nejen v rovině morální, ale i v teoretičtější fikcionalistické rovině je ospravedlněno různými úvahami. Zaprvé není třeba nikoho přesvědčovat o tezi, že potěšení je dobré, přičemž užitek má potěšení maximalizovat. Zadruhé lze uvést například myšlenku, že *„mozek a vědomí jsou stroje sloužící určitému účelu"*[64] (tedy tvorbě užitku), tak proč užitek redukovat na morálku a nepřenést ho jako hodnotící kritérium za hranice etiky.

Vrátíme-li se k tezi, že potěšení je dobré, můžeme si všimnout, že jde o tautologii, která je obvykle používána pro zjednodušené vysvětlení užitku. Hodnota potěšení však spočívá v tom, jak tvrdili již následovníci Aristippa,[65] že potěšení je samo o sobě uspokojující, a proto hodno volby. Dále nic jiného, čeho si cení široká veřejnost, nesdílí tuto samozřejmou motivační vlastnost.[66] Důležité je, že potěšení jednoho není důležitější než potěšení druhého či celku, stejně tak jako krátkodobé potěšení nemusí produkovat více potěšení než bolesti z dlouhodobé perspektivy.[67]

Užitkem, jak sám Bentham tvrdil, je myšleno, že každý objekt má vlastnost produkovat prospěch, výhodu, potěšení, dobro či štěstí, nebo vlastnost předcházet nepleše, bolesti, zlu či neštěstí.[68] John Stuart Mill jej popisoval jako dokonale spravedlivé pojetí užitku nebo štěstí, které je považované za direktivní pravidlo lidského chování.[69] V převažujícím hedonistickém pojetí, které předpokládá dualitu pocitů – přesněji jde o bolest a potěšení,[70] přičemž ostatní pocity jsou pouze vyvozeny z těchto dvou původních – dochází k matematickému kalkulu. Ten je založený na sčítání tzv. hedonů, které reprezentují potěšení. Pokud převáží nad hodnotou bolesti, jde o správný (myšleno užitečný) závěr. I nepravdivý závěr může být tím pádem užitečný,[71] stejně jako může být jiný závěr ještě užitečnější.

Nyní je tedy vhodné bavit se o užitečnosti aplikace práva. Předchozí části textu dospívaly k závěru, že aplikace práva fakticky není možná a jedná se o fikci. Dospět k závěru, že je užitečnější aplikovat i přes tento fakt, je velmi intuitivní. Budeme-li však důkladní, dospějeme

63 Pro detailnější informace o principu užitku doporučuji první kapitolu BENTHAM, J. An introduction to the principles of morals and legislation. In: BOWRING, J. (ed.). *The works of Jeremy Bentham* [online]. [cit. 15. 10. 2022]. Dostupné z: https://oll.libertyfund.org/title/bentham-works-of-jeremy-bentham-11-vols

64 VAIHINGER, H. *The Philosophy of As If*. London: Routledge, 1949, s. 201.

65 Řeč je zde o tzv. Kyrénské škole.

66 LAMPE, K. *The Birth of Hedonism. The Cyrenaic Philosophers and Pleasure as a Way of Life*. Oxford: Princeton University Press, 2015, s. 56 a násl. DOI: https://doi.org/10.1515/9781400852499

67 Tento přístup je tak velmi citlivý na různé nuance. Krátkodobé potěšení z kouření tak nemusí převážit nad bolestí, kterou může způsobit z dlouhodobé perspektivy, stejně tak jako subjektivní potěšení nemusí převážit nad bolestí ostatních.

68 Ibid., s. 2.

69 MILL, J. S. Utilitarianism. In: MILL, J. S. *Collected Works, Vol 10*. Toronto: Toronto University Press, 1969, s. 213, nebo také BROOME, J. Utility. *Economics & Philosophy*. 1991, roč. 7, č. 1, s. 1–12. DOI: https://doi.org/10.1017/S0266267100000882

70 V originále *„pain and pleasure"*.

71 Skvělý popis vztahu pravdy a užitku viz SCHOFIELD, P. Jeremy Bentham on Utility and Truth. *History of European Ideas* [online]. 2015, roč. 41, s. 1125–1142 [cit. 5. 11. 2022]. DOI: https://doi.org/10.1080/01916599.2015.1077153

k závěru opačnému, tedy že někdy není užitečné aplikovat aktuálně platné právo.[72] Obecně však lze říci, že je mnohem užitečnější právo aplikovat (nehledě na kvalitu práva samotného), protože pokud bychom odmítli koncept aplikace jako celek, právo by přestalo mít prakticky jakýkoliv vliv na společnost a přišli bychom o jeden z důležitých normativních systémů.[73]

5 Princip užitku a interpretace

To, že je obecně užitečné aplikovat není nikterak zarážející. Princip užitku má však mnohem větší potenciál než jen teoretické ospravedlnění užívání fikcí, respektive může být užíván i v praxi. Nabízí se myšlenka, že v praxi již je svým způsoben princip užitku (či úvahy k němu se blížící) používán, ale je schovaný za úvahy jiného typu. Přesněji řečeno se může zdát, že úvahy o užitečnosti určitého výkladu existují na pozadí a jsou součástí osobní složky interpretace,[74] pouze nejsou explicitně zmiňovány. Užitek tak není pouze zpětné hodnotící kritérium kvality fikce, ale ve fiktivním prostředí (při aplikaci práva) je užíván i k úvahám směřujícím do budoucna. Přesněji řečeno, interpret zvažuje možný užitek jednotlivých výkladů ještě před vydáním rozhodnutí a na základě jeho úvah volí finální podobu jednotlivých výkladů.

Prvním z příkladů lze uvést například užívání induktivních inferenčních schémat, kterými je třeba analogie. Skoro až humorný historický příklad se týkal užití právní úpravy škody způsobené koňským povozem v případu škody způsobené špatně zabrzděným automobilem.[75] Tehdy došlo k využití nejvíce vhodné (avšak ne přesně odpovídající) skutkové podstaty, což obvykle vyžaduje složité odůvodnění takového postupu. Tato argumentační magie (myšleno soudcovské dotváření práva)[76] je však motivována praktickou potřebou práva reagovat i na příklady právem neupravené. Složité teoretické odůvodnění však lze jednoduše nahradit (či doplnit) principem užitku, který zdůrazní užitečnost a důležitost takového postupu, jenž přispívá vnitřní koherenci práva, tj. potřebě stejného řešení obdobných konfliktů.

Druhý aktuálnější příklad se váže na ustálenou judikaturu k § 101a resp. § 101b Soudního řádu správního.[77] Dle právní úpravy lze podat návrh na zrušení opatření obecné povahy

[72] V praxi se lze setkat s tím, že Policie ČR nedělá silniční kontroly osobám, které pomáhají při objasňování trestné činnosti (od osob, které dělají odborná vyjádření až po zaměstnavatele, kteří pravidelně spolupracují při pátrání po osobách podezřelých a jsou jejich zaměstnanci). *„Dvě pokuty za pásy a už nám nikdy nepomůžou. Co pak jako budeme dělat? Chodit dům od domu a ptát se, jestli tam ten člověk není?"* Volná citace neznámého policisty v sobě obsahuje zdůvodnění takovéhoto postupu, který se zdá být užitečný.

[73] Otázkou zůstává, zda-li jde vůbec o normativní systém, nebo je-li normativita fiktivní. Více viz WODAK, D. Mere Formalities: fictional normativity and normative authority. *Canadian Journal of Philosophy*. 2019, roč. 49, č. 6, s. 828–850. DOI: https://doi.org/10.1080/00455091.2018.1433795

[74] O osobní složce v interpretaci práva a fikcích zároveň se lze dočíst např. v MOGLEN, E. Legal Fictions and Common Law Legal Theory. Some Historical Reflections. *Columbia* [online]. 14. 8. 1989 [cit. 23. 10. 2022]. Dostupné z: http://moglen.law.columbia.edu/publications/fict.html

[75] Výše zmíněné bylo sděleno JUDr. Lukášem Hlouchem, Ph.D.

[76] K dotváření práva viz TICHÁ, M. „Soudcovské dotváření práva" F. Melzera. *Bulletin-advokacie* [online]. 1. 7. 2014 [cit. 20. 10. 2022]. Dostupné z: http://www.bulletin-advokacie.cz/soudcovske-dotvareni-prava-f.-melzera

[77] § 101a a § 101b zákona č. 150/2002 Sb., Soudní řád správní ve znění pozdějších předpisů.

do jednoho roku od nabytí účinnosti. Ustálená judikatura však dovozuje, že lze podat návrh i později, pokud osoba nemohla podat návrh dříve – cílem jsou nově přistěhovalí, kteří se nemohli bránit během prvního roku. Tento právní názor přetrvává i přes novelizaci zákona, která měla toto jednání znemožnit a zvýšit tak právní jistotu v otázkách opatření obecné povahy.[78] Výše zmíněný výklad zde hraničí s uzurpací moci zákonodárné[79] a je v naprostém rozporu s autentickým výkladem, který zde jednoduše „nepřevážil". Nelze se však domnívat, že by takováto úprava nebyla užitečná a neměla potenciál vést k většímu celospolečenskému štěstí než úprava taková, jak byla zákonodárcem zamýšlena.

To, že užitek má mít své místo ve fiktivním prostředí je jednou z hlavních myšlenek fikcionalismu. Výše bylo nastíněno, že prakticky své místo již možná má a lze se tedy ptát, proč teorie neposkytla ucelený návod na praktické použití principu užitku. Byť jsou dostupné různé testy (např. Learned Handův test),[80] které se snaží o optimalizaci užitku, jde spíše o užitek ekonomický a nejedná se čistě o maximalizaci celospolečenského potěšení. Richard A. Posner ve své ekonomické analýze práva pracuje s maximalizací blahobytu, ale přímo se vymezuje proti utilitaristickému, resp. fikcionalistickému, pojetí užitku a operuje spíše s hodnotou věcí a ochotou platit[81] (zjednodušeně řečeno, maximálního blahobytu je dosaženo, pokud je věc v rukou toho, kdo je ochotný za ní zaplatit nejvíce) než se štěstím. Samotné štěstí se pak může projevit jako vedlejší produkt blahobytu.[82]

Ekonomická analýza práva předpokládá, že normy jsou ze své povahy efektivní ve smyslu generování blahobytu a klade důraz na výklad norem v souladu s touto efektivitou.[83] Obdobně by se dalo uvažovat nad tím, zda normy mají ve svém normativním pojetí vždy potenciál generovat užitek. Je-li tomu tak,[84] požadavek na efektivitu by se dal analogicky užít i ve smyslu generování užitku jako primárního cíle, a nikoliv pouze jako možného vedlejšího produktu.

Závěr

V první části textu bylo popsáno, z jakých důvodů je aplikace práva fikcí, z čehož je nutné dovodit, že se pohybujeme v prostředí fikcionalismu – teorie, která poskytuje návod na práci s fikcemi. Východiskem této teorie je právě přechod od pravdivosti k užitečnosti, resp. principu užitku. Takovýto přesun k hodnocení na základě užitku je nutný, neboť klasické hodnocení (tedy na základě pravdivosti) není v případě fikcí možné. Přechod k užitku však nemůže být úplný, neboť výrok o užitečnosti vždy počítá se svojí pravdivostí. Tj. pokud

78 Tato informace byla předmětem ústní a e-mailové komunikace s JUDr. Kamilem Jelínkem, Ph.D.

79 K uzurpaci moci zákonodárné doporučuji KÁČER, M. *Prečo zotrvať pri rozhodnutom. Teória záväznosti precedentu*. Praha: Leges, 2014.

80 Poprvé užit v rozhodnutí *United States proti Carroll Towing Co.*, 159 F.2d 169.

81 V originále *„willingness to pay"*.

82 POSNER, R. A. *The Economics of Justice*. Cambridge, London: Harvard University Press, 1981, s. 48–88.

83 FAMULSKI, T. Economic Efficency in Economic Analysis of Law. *Journal of Finance and Finance Law*. 2017, roč. 3, č. 15, s. 30 a násl. DOI: https://doi.org/10.18778/2391-6478.3.15.03

84 Sám Bentham tvrdil, že každý objekt je schopný generovat užitek. Viz předchozí kapitola.

tvrdím, že je něco užitečné, tvrdím zároveň, že je pravda, že je to užitečné. Jednalo by se tedy pouze o přechod částečný.[85]

Konzervativní fikcionalistický pohled by obnášel hodnocení aktuálního stavu, respektive uznal by, že aktuální teorie i praxe jsou užitečné. Není-li však čtenář konzervativní, může se ptát, zda-li nemůže být jak teorie tak praxe ještě užitečnější. Progresivní přístup však vyžaduje zodpovězení několika otázek. Zaprvé, kde přesně by se s užitkem v rámci procesu aplikace práva mělo operovat? Zadruhé, jaká jeho verze by měla být použita?[86]

Je nutné podotknout, že fikcionalismus operuje s dalším klíčovým konceptem, kterým je akceptace.[87] Akceptujeme, že A je pravda, byť víme, že jde o fikci, protože jsme A shledali užitečné.[88] Je však potřeba se zamyslet nad otázkou, kdy se má fikcionalista spokojit s akceptací a kdy má hledat pomyslnou cestu, která je užitečnější. Užitek není černobílý – A je užitečné, avšak B je užitečnější. Otázkou tedy je, zda-li je proces aplikace práva tím místem, kde se vyplatí uvažovat změně, nebo zda-li se zde spokojíme s akceptací.

V další části textu bylo znázorněno, že v praxi princip užitku možná své místo již má. Z tohoto lze dovodit pouze to, že teorie by se měla pokusit o vytvoření konceptu, který by nebyl pouze teoretickým,[89] ale který by byl použitelný i pro praxi a stal by se jedním z nástrojů, který by měl v procesu aplikace práva své místo. Nemuselo by se tedy jednat pouze o princip určený k hodnocení právní úpravy či výkladu, ale například o nástroj výkladu, který by mohl mít své místo mezi jednotlivými výkladovými metodami. Stejně tak by se mohlo jednat o argument užitkem v rámci teleologického výkladu.[90] Alternativně by mohlo jít o požadavek vykládat normy tak, aby došlo k maximalizaci užitku, který mohou generovat – jednalo by se tedy o konsekvencialisticky orientovaný právní princip.

Volba nejvhodnější verze užitku je ještě obtížnější téma, neboť ani není jisté zda-li se vůbec jedná o utilitaristický užitek. Z citací je zřejmé, že tento článek vycházel nejen z fikcionalistických textů, jejichž autoři byli zároveň utilitaristé, ale i z textů od následovníků Kanta (primárně H. Vaihinger). Byť obě skupiny operují s užitkem, nelze se domnívat, že myslí právě ten utilitaristický – tomu je však věnováno mnohem více pozornosti a jde tak o propracovanější koncept. A pokud by se vědecká obec shodla na užití onoho utilitaristického užitku, která verze utilitarismu by byla pro sestavení jeho právní verze užita? Stejně tak lze uvažovat o vytvoření užitku na základech Kantovské etiky. Problematické však je,

85 Za upozornění na tento fakt děkuji doc. JUDr. Tomáši Sobkovi, Ph.D.

86 Různé verze užitku generují ve valné většině stejné výsledky. Potřeba vybrat pouze jeden z nich je důležitá pro řešení malého procenta případů, ve kterém se různé verze rozcházejí. Tento problém však nevzniká u velmi obecných otázek s jednoznačnou odpovědí typu *„Je užitečné, aby právo mělo reálný subjekt a mohlo tak ovlivňovat chování osob?"*

87 Za upozornění na nutnost zmínění akceptace znovu děkuji doc. JUDr. Tomáši Sobkovi, Ph.D. K akceptaci doporučuji úvodní kapitoly knihy FRAASSEN, B. C. van. *The Scientific Image*. Oxford: Clarendon Press, 1980, s. 4–20.

88 SOBEK, T. *Nemorální právo*. Praha: Akademie věd České republiky, 2010, s. 103.

89 Viz princip užitku ve fikcionalismu, utilitarismu či ekonomické analýze práva.

90 To, že teleologický výklad je orientovaný konsekvencialisticky a tím pádem ho lze orientovat k ekonomickým úvahám (popř. směřovat ho k užitku) je nastíněno v CSERNE, P. Economic Approaches to Legal Reasoning: An Overiew. In: CSERNE, P., ESPOSITO, F. (eds.). *Economics in Legal Reasoning*. Palgrave macmillan, s. 28.

že by to vyžadovalo vnímat tuto teorii konsekvencialisticky po vzoru Johna Stuarta Milla, což je přístup přinejmenším diskutabilní. Obvyklé deontologické pojetí Kantovské etiky, které je založeno na pojmových a logických rozporech, nemá šanci uspět ve fikcionalistickém prostředí, neboť je protkáno pojmovými a logickými rozpory.[91]

Alternativně lze také uvažovat o užitku, jenž nebude mít základy v normativní etice, ale bude kupříkladu projevem hodnot prosazovaných právem – zde lze mluvit o domněnce užitečnosti prosazování těchto hodnot. Tímto bychom se vyhnuli otázce *„Je vhodné mít regulativ normativní etiky zakomponovaný přímo v procesu aplikace práva?“*[92] Takovýto ryze právní užitek (lze si ho představit kupříkladu jako právní princip) by pak mohl být, stejně jako zbytek práva, hodnocen normativní etikou, tedy principem užitku. Nedošlo by tím ke splynutí a možné degradaci hodnotícího kritéria – normativní etika by si takto ponechala své dosavadní postavení.[93] Hlavní přínos tohoto přístupu lze sledovat v prevenci, neboť bude-li užitek modifikovat obsah norem, bude větší šance, že bude norma kladně hodnocena i normativní etikou.[94]

Užitek je dobrý sluha, ale špatný pán. Navrhovaná zpracování užitku by vyžadovala velmi kvalitní provedení, neboť nedůsledné teoretické vypracování a následné použití takovýchto nástrojů by mohlo vést k absurdním závěrům. Lze se domnívat, že vytvoření sady pravidel[95] by snížilo pravděpodobnost vzniku takovýchto omylů. Přistupovat obezřetně by bylo potřeba i k argumentaci užitkem v teoretických diskusích. Jeho neužívání je však zbytečné mrhání potenciálem jinak velmi kvalitního konceptu.

91 Ke Kantovské etice doporučuji HAPLA, M., FRIEDEL, T. a kol. *Profesní etika právníků*. Brno: Nugis Finem Publishing, 2022, s. 59.

92 Pravdou je, že právo již obsahuje prvky etiky. K otázkám etiky a práva doporučuji například HAPLA, M., FRIEDEL, T. a kol. *Profesní etika právníků*. Brno: Nugis Finem Publishing, 2022.

93 Tento článek si neklade za cíl tyto otázky zodpovědět z jednoho prostého důvodu – nelze je zodpovědět ani v textu násobného rozsahu. Pravým cílem tohoto textu je motivovat nejen k jejich zodpovězení, ale hlavně k diskuzi o smysluplnosti nejen užitku v procesu aplikace, ale i o smysluplnosti fikcionalismu, jehož závěry často boří hranice lidského uvažování (čtenář si musí sám udělat názor na to, zda-li je to ku prospěchu či nikoliv).

94 Zde je normativní etikou myšlen převážně utilitarismus, jenž s užitkem operuje.

95 Takovýmto pravidlem by mohlo být například *„Pouze na základě užitkového výkladu normy nikdo nesmí být zbaven osobní svobody.“*