

Byl Ota Weinberger měkkým pozitivistou?

Marek Smolak*

Hned v úvodu je třeba si všimnout, že odpověď na výše uvedenou otázku není vůbec jednoduchá¹. Ota Weinberger se totiž sám považuje za pozitivistu, na druhou stranu však přiznává, že platné právo vzniká nejen ustanovením nebo uznáním, ale také přijetím určitých praktik akceptovatelného chování.² V jednom z jeho nejznámějších pojednání *Jenseits von Positivismus und Naturrecht*, je vztah Oty Weinbergera k přirozenému a pozitivnímu právu jasně definován v názvu článku: „Nad pozitivním právem a právem přírody“.³ Tedy na otázku, zda filozofickoprávní návrh O. Weinbergera je návrhem, který spojuje právní pozitivismus a přirozené právo, odpovídá autor záporně. Podle jeho názoru je navržené pojetí práva a institucí pokusem

o vykročení za hranice klasických dělení a mimo rozepře mezi právním pozitivismem a koncepcí přirozeného práva.⁴

Nelze na tomto místě nepřipomenout základní předpoklady weinbergerovské ideje práva a instituce. Podle Weinbergera se instituce skládá nejen z konstitutivních pravidel popisného charakteru, ale také z pravidel normativní povahy (oproti searlovské koncepci, podle které je instituce souhrnem výlučně konstitutivních pravidel). Pouze přijetí předpokladu, že lidské jednání je cílené např. na sepsání závěti, je projevem existence instituce dědictví. Co víc, zmíněná instituce dovoluje lidem projevovat svá vzájemná očekávání. Tato očekávání, z hlediska potenciálního, povinného lidského chování, dovolují pojmout instituci jako „kategorii pro označení trvalého společenského zřízení“ a umožňují předvídat budoucí lidské chování.⁵

* Prof. Marek Smolak, Univerzita Adama Mickiewicze v Poznani, Fakulta právní a správní, Katedra právní teorie a právní filosofie.

¹ Filozofickoprávními koncepcemi Oty Weinbergera jsem se zabýval v knize: *Právo, Fakt Instytucja. Koncepcje teoretycznoprawne Prawniczego Pozytywizmu Instytucjonalnego*, vydané v roce 1998.

² Viz k tomu MacCORMICK, D. N., WEINBERGER, O. *Grundlagen des Institutionalistischen Rechtspositivismus*. Berlin, 1985, s. 32 an.

³ WEINBERGER, O. *Jenseits von Positivismus und Naturrecht*. In *Archiv für Rechts und Sozialphilosophie. Supplementa* 1982.

⁴ Srov. k tomu WEINBERGER, O. *Teoria konstytucji w świetle pozytywizmu instytucjonalnego*. *Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny*, 1993, s. 4, 5. Také v opus cit. 3), s. 54.

⁵ Viz WEINBERGER, O. *Facts and facts descriptions: a logical and methodological reflection on a basic problem for the social sciences*. In *An Institutional Theory of Law. New Approaches to Legal Positivism*. Dordrecht-Boston-Lancaster-Tokyo, 1986, s. 89.

Představme si však, že se nám podařilo abstrahovat člověka, nazvěme ho jako „mimoinstitutionálního“. Anebo ještě jinak: představme si dvě osoby se stejnými vlastnostmi a schopnostmi, z nichž jedna je osobou „institutionalizovanou“ a druhá osobou „mimoinstitutionální“.

Specifický charakter civilizovaného člověka (Kultur Mensch) spočívá v tom, že podle Weinbergera člověk nemůže žít bez institucí, právě naopak je na nich závislý. Musíme tedy souhlasit s tím, že lidské jednání není nikdy dobrovolné. Tato situace vyplývá z normativního základu instituce (normativ Kern), na který v této situaci nazíráme jako na soubor norem konstituujících danou instituci. Každá instituce tedy obsahuje normativní základ, který vyjadřuje její existenci a fungování a současně určuje rámec pro lidskou aktivitu. Jedná se zde nikoliv o popírání existence „dokonalých“ institucí, ale naopak o zdůraznění skutečnosti, že existence institucí – myšlenkových konstrukcí – je určitým způsobem determinována normativním základem.

Uznání faktu, že každá instituce obsahuje soubor utvořených norem, s sebou přináší mnohé jiné zásadní důsledky. Podle Weinbergera existence normativního základu instituce determinuje nejen chování lidí v rámci dané instituce, ale vůbec způsob jeho fungování. Je to právě systém norem, který utváří instituce, nikoliv jednání v rámci instituce. Samozřejmě neznamena to, že všechny normativní systémy mohou být „normativním jádrem“ instituce. Jak říká Weinberger, pouze takové normy, které splňují podmínku efektivity pro lidské jednání, mohou vykonávat funkci „normativního jádra“ instituce. Teprve tehdy se stává norma podstatnou součástí instituce.⁶

Avšak tato odpověď nám nevysvětluje fenomén ideálního a reálného rozměru instituce. Stačí porovnat dvě následující věty: „Smlouva uzavřená mezi Janem Nowakem a Adamem Kaczmarkem je platná“, „Soukromoprávní smlouva je důležitým nástrojem pro zachování rovnováhy ve společnosti“. I nezasvěcený čtenář si určitě všimne podstatného rozdílu mezi výše uvedenými větami. První věta popisuje chování konkrétních osob a následky tohoto chování. Druhá věta zase určuje úlohu vymezených institucí ve společnosti. Mnohem zajímavější jsou ale podobnosti mezi těmito větami. Podle Weinbergera instituce myšlenkových konstrukcí (institutionálních faktů) nelze redukovat na kategorii reálného bytí (syrových faktů). Samozřejmě některé syrové fakty zůstávají v neoddělitelném spojení s institucionálními fakty, ale to neznamená, že je můžeme zredukovat na úroveň syrových faktů. Jak smlouva jako obecná instituce (druhá věta), tak zároveň i individuálně uzavírané smlouvy (první věta), nemohou být

adekvátně pojímány pouze v kategorii reálného bytí (syrových faktů).⁷

Dá se tedy z reálného rozměru institucí říci cokoliv o reálnosti pojmů (myšlenkových konstrukcí)? Jak argumentuje Weinberger, institucionální pojetí práva jako společenského faktu vyžaduje přijetí tvrzení, že jednotlivé, konkrétní příklady dané instituce, např. stisk dlaně, je možné považovat za uzavření smlouvy pouze tehdy, když daný pojem instituce je obsažen v relevantních normách. Z toho můžeme vyvodit, že o existenci pojmu „instituce“ rozhoduje existence norem v právním systému daného státu. Vysvětlování právních jevů by na tomto místě znamenalo poukázat na spojení mezi ideálním a reálným řádem, na spojení, které se projevují v jednotlivých skutečných jednáních člověka prováděných na základě pravidel instituce. Takto tedy vypadá reálná a ideální dimenze instituce.⁸

Musím zde ještě jednou zdůraznit, že instituce, včetně institucí právních, mohou vznikat jak na základě opakujícího se zvyklostního chování lidí, tak na základě jejich preferencí a přesvědčení. Toto chování později „pojmenuj“ a následně aplikují soudy již jako právní instituci konkrétního právního systému. Určení pravidel ve vztahu k instituci (pojmu instituce) je tedy klíčovou otázkou, která spojuje proces vzniku, rozvoje a evoluce pravidel s procesem vzniku, rozvoje a evoluci institucí. Tyto procesy jsou pak dále charakterizovány tím, v jaké míře se stanou tato pravidla základem pro učiněná rozhodnutí a umožní stálost forem lidského jednání. Weinberger zdůrazňuje, že v důsledku je každá právní instituce, která je zavedena do právního řádu výslovným ustanovujícím aktem, ve své podstatě jistým začátkem lidského jednání, zvláště pak jednání subjektů aplikujících právo.⁹

Budeme-li předpokládat, že Weinbergerova koncepce instituce je adekvátní, nabízí se otázka, zda se to nějak odráží v pojetí práva?

Odpověď na tuto otázku najdeme v pojetí práva jako institucionálního a syrového faktu. Weinberger a N. MacCormic, podobně jako Anscombem rozlišují syrové fakty (brute facts) a institucionální fakty (institutional facts). Existují totiž situace, jevy a chování, jejichž psychické a fyzické vlastnosti můžeme poznat pomocí našich smyslů. Situace, jevy a chování tohoto druhu existují fyzicky v prostoru a čase, jsou nezávislé na lidské vůli, konvenci nebo také invenci. Institucionální fakty existují v čase, např. atletické závody mohou trvat týden. Naproti tomu se těžko můžeme bavit o prostorovém rozměru atletických závodů. Otázka typu jak vysoké, dlouhé nebo široké jsou atletické závody je nesmyslná.¹⁰

⁶ Viz také WEINBERGER, O. Norm und Institution. Eine Einführung in die Theorie des Rechts. Wien, 1988, s. 92 an.

⁷ Viz k tomu opus cit. 3), s. 82-84.

⁸ Tamtéž, s.86-87.

⁹ Tamtéž, s.3.

¹⁰ Tamtéž, s. 21-24.

Máme nebo nemáme přístup k institucionálním faktům skrze naše poznatky a smysly? Samozřejmě, že máme, a to prostřednictvím existence pravidel. Jak říká Weinberger „ideální“ institucionální fakty získávají „reálnou“ hodnotu, protože jsou vždy odvozeny od syrových faktů. V případě institucionálních faktů nelze říci, že mají svůj materiální rozměr (charakterizován fyzickými nebo psychickými vlastnostmi). Přitom se o nich obecně ví, že existují. Tyto fakty, např. smlouva, norma nebo právo, existují, ale jejich „existence“ na rozdíl od syrových faktů sebou přináší nutnost výskytu pravidel, které označené chování, situace a jevy vymezují jako např. projev uzavření smlouvy¹¹.

Tímto způsobem dochází podle Weinberga a McCormicka k provázání koncepce práva jako institucionálního faktu a práva jako institucionalizovaného systému právních norem.

Co je tedy dle Weinberga právo? Právo je souhrnem institucionalizovaných norem, kdežto každé chování nebo lidské jednání je projevem existence norem instituce stejně jako i samotné instituce, stejně jako např. uzavření smlouvy je projevem existence norem regulujících uzavření smlouvy a samotné instituce smlouvy. V důsledku toho by bylo absurdní tvrdit, že pojem „právo“ existuje sám o sobě. Tento pojem existuje jen a pouze díky lidskému jednání, kterému dávají pravidla určitý smysl. Lidé zase jednají v rámci určité právní instituce, která patří do kategorie institucionálních faktů. Tato jednoduchá myšlenka určuje podstatu Weinbergerovy koncepce práva.

Proč by ale institucionální koncepce práva měla znamenat konec dlouhodobé rozepře pozitivistů a iusnaturalistů?¹² Jedním z důvodů je prostě to, že Ota Weinberger přijímá tezi o nepoznatelnosti hodnoty a neexistenci spojení mezi pozitivním právem a nějakým právem vyšším, přirozeným. Na základě výše uvedené připomínky je možné vyvodit základní rozdíl mezi názorem Oty Weinberga a iusnaturalistů. Tento rozdíl se týká způsobu analýzy propojení práva a morálky. Jak jsme si mohli všimnout, je Weinbergerův názor jednoznačný. Závaznost práva nezávisí na kritériích hodnocení. Jinými slovy, neexistuje žádné nadpozitivistické přirozené právo, které by umožňovalo hodnotit pozitivní právo.

Ale co dělat v případě, že se iusnaturalisté přihlásí k materiálnímu zdůvodnění práva (což je přirozené), a budou argumentovat tím, že je potřeba se odvolat na přirozenoprávní argumentaci *de lege ferenda*? Weinberger říká, že každá osoba a každá společnost rozeznává jisté normativní principy, intuitivně evidované hodnoty, a není pravda to, že co je uznáváno jako

cenné, hodnotné, je zároveň i objektivní. Jestli je to tak, jak tvrdí Weinberger, může být hodnocení a ocenění předmětem analýzy. Je tedy možná argumentace, která se neodvolává na imanentně závazné hodnoty.

Vraťme se teď na chvíli k základnímu Weinbergerovu tvrzení o normativní povaze práva. Podíváme-li se na jeho názory z tohoto hlediska, pak je nasnadě otázka, zda je Weinberger vůbec normativistou? Avšak Weinbergerova kritika dvou řešení navržených Kelsenem, konkrétně dynamiky právního systému a základní normy jako základu existence a závaznosti celého právního systému, nás nutí pochybovat o jeho normativizmu (přinejmenším z pohledu Kelsena). Nemám samozřejmě v úmyslu se zde rozepisovat o Kelsenovi. Stačí se jen zmínit o tom, že podle Kelsena není důležitý pro dynamiku práva vnější vztah mezi právním a společenským systémem, ale vnitřní pouto opírající se o kompetenční spojení mezi normami určitého právního řádu. Základní normu (Grundnorm) považuje Kelsen za hypotetickou normu, která nemá obsah. Samotné předpokládání existence takovéto normy nám umožňuje vyhnout se *regressus ad infinitum*, čili sledu zdůvodnění závaznosti norem právního systému, na jehož konci dojdeme do stavu, kdy je třeba zdůvodnit prvotní akt udělující zplnomocnění zákonodárné pravomoci.¹³

Podle Weinberga je chybná myšlenka, že dynamika právního systému je izolovaný od společenských procesů. Tím, co je podstatné pro označení dynamických vlastností právního systému, není jen a výlučně kompetenční spojení právního systému, ale vzájemné prolínání, souvztažnost společenského rozměru právních norem a společenské reality, která je základem pro analýzu dynamiky právního systému. Pro celkovou dynamiku právního systému je charakteristické především to, že právní systém je intenzivně zasazen do společenské reality.¹⁴

Oproti Kelsenovi nemáme konečně možnost uchopit dynamiku práva v kategoriích hypotetické základní normy. Weinberger argumentuje tím, že přece dochází k trvalému vztahu mezi právním systémem a společenskou realitou, na rozdíl od normativizmu, kde je dynamika právního systému realizovaná jen prostřednictvím dalších právních aktů. Zdánlivou se jeví také axiomatika norem, a zvláště normy základní. Nesprávné je rovněž Kelsenovo pojmenování základní normy „hypotetickým předpokladem“. Toto tvrzení nelze dokázat fakty, opírá se pouze o zásadu samozřejmosti, a ne o empirickou zkušenost. Weinberger si všímá toho, že Kelsen opomíjí charakteristickou vlastnost právního systému, kterou je jeho institucionalizmus, a to tím, že

¹¹ Tamtéž, s. 78-79.

¹² Pojem „iusnaturalismus“ používám jako Z. Ziemiński, viz k tomu ZIEMIŃSKI, Z. O pojmowaniu pozytywizmu i prawa natury. Poznań, 1993.

¹³ Viz k tomu WEINBERGER, O. Normentheorie als Grundlage der Jurisprudenz und Ethik. Eine Auseinandersetzung mit Hans Kelsens Theorie der Normen. Berlin, 1981.

¹⁴ Srov. WEINBERGER, O. Recht, Institution und Rechtspolitik. Grundproblemen der Rechtstheorie und Sozialphilosophie. Stuttgart, 1987, s. 91 a 102.

považuje základní normu za hypotetický předpoklad, určité axiomatické tvrzení, které s konečnou platností odůvodňuje závaznost celého právního systému.¹⁵

Pravdou je, že sám Ota Weinberger označuje svou koncepci práva za variantu normativizmu, ale otázkou zůstává, zda je tento směr ještě normativismem, když je „normativita“ norem vyjádřena povahou vztahů, ke kterým dochází mezi pravidly (normami) a lidským jednáním.¹⁶

Přjděme nyní k otázce uvedené v nadpisu, tedy zda je možné zařadit názory O. Weinbergera do proudu nazvaného měkký pozitivizmus (*soft positivism*). Tato odpověď vyžaduje formulaci několika základních poznatků o samotném měkkém pozitivizmu. Aniž bychom se pouštěli na tomto místě do diskuse, v čem lze spatřovat onu „měkkost“ právního pozitivizmu, můžeme přijmout dvě kritéria, která nabízí J. Coleman.

1. Kritéria závaznosti práva mají konvenční charakter. To znamená, že společenské pravidlo, které určuje základy závaznosti právních norem, rozhoduje o tom, zda se jedná o právní normu. Nejznámějším společenským pravidlem je samozřejmě Hartovo pravidlo uznání.
2. Tvrzení o rozdělení práva a morálky je třeba chápat tak, že právní pravidlo jako konvenční společenská praxe může, ale také nemusí obsahovat odkazy na morální standardy a zásady.¹⁷

Abychom pochopili toto rozlišení, je potřeba poukázat na konvenční charakter právního pravidla (právní normy). V tomto ohledu tedy můžeme říci, že Weinbergerova koncepce právní normy výborně zapadá do kategorie měkkého pozitivizmu. Cožpak není pojetí práva, kde má jednání jedince z hlediska platnosti dané právní normy zároveň konvenční a institucionální charakter, charakteristické pro měkký pozitivizmus?

Konec konců druhé z výše uvedených kritérií měkkého pozitivizmu poskytuje rovněž důkazy pro to, že Weinbergerovy názory patří do tohoto názorového proudu. Jak jsem již uvedl dříve, o tom, zda právní pra-

vidlo obsahuje morální standardy, rozhoduje konvence společenské praxe. Jinak řečeno, neexistují překážky pro to, aby pravidla instituce (normativní základ instituce) určovala, že by bylo toto pravidlo pravidlem morálním, a to na základě určitých jednání, která by byla jednáními institucionálními. Zachování morálních standardů by bylo samozřejmě podmínkou pro vykonání „zásadního“ lidského jednání.

Když se tedy zamyslíme nad významem O. Weinbergera pro filosofii práva, můžeme říci, že zastává pozitivistickou tradici, přičemž provázání ideje práva se souborem institucionalizovaných společenských vztahů dává jeho koncepci rysy měkkého pozitivizmu.

Koncepce práva Oty Weinbergera nemá charakter revoluce, která vyvrací zavedené vědecké paradigmaty. Současně však nabízí nový pojmový aparát, který umožňuje nazvat to, co právníci intuitivně cítí, že právo má dva rozměry – reálný a ideální. V souvislosti s tím se nabízí také jiná otázka. Jestliže právní pozitivizmus nemá úspěch v totalitních státech a neposkytuje slibovanou jistotu a právní ochranu, jak si tedy potom máme vysvětlit jeho značnou oblíbenost ve filosofii práva 20. století? V čem vězí atraktivita Weinbergerova institucionálního právního pozitivizmu? Zdá se, že důvody jsou následující.

Za prvé, Weinbergerova koncepce se odvíjí od nespokojenosti s omezujícím přístupem sociologie práva a normativizmu, které redukuje právo na kategorie faktů a norem. V případě právního relativizmu se Weinberger vyhýbá extremu a neomezuje právo na kategorii *law in action*. V případě normativizmu si zase bez problémů poradí s námitkami kritizujícími to, že si nevyšímá společenského rozměru práva.

Za druhé, prezentuje nové pojetí vztahů mezi právem jako systémem právních norem a lidským jednáním, které probíhá v rámci společenských institucí.

Za třetí, Weinbergerovo řešení sporu, který je veden už delší dobu na půdě právní nauky mezi normativitou a antinormativitou, je originální. Na námitku sociologů práva, že se normativisté zajímají o otázky, které neexistují ve společenské realitě, reagují normativisté tím, že sociologie „nevidí“ pojmy jako např. vlastnictví, jehož existenci nelze popřít. Klíčem k vyřešení tohoto konfliktu je pochopení normy jako reálné a myšlenkové konstrukce.

Za čtvrté, Weinberger brání autonomii filosofie práva, která by se stala nezajímavou a nesamostatnou, kdyby měla pouze reprodukovat a komentovat výsledky bádání jiných odvětví.

Za páté, Weinberger trvá na tradičním chápání práva, při kterém se právo nevtahuje do všech společenských, kulturních nebo politických záležitostí.

Ale jeho největším přínosem je to, že nás všechny donutil uvědomit si nepříjemné dilema: buď budeme souhlasit s programovou antipatií postmodernizmu ke všem pravidlům, která se odvrací od tradice právního

¹⁵ WEINBERGER, O. The norm as thought and as..., s. 44-45.

¹⁶ Již ze zběžné četby Weinbergerova díla je vidět, že na jeho filozofickoprávní názory měly vliv různé školy a filozofické směry. Ale jak se zdá, tak právě studium v Česku bylo v tomto ohledu zásadní pro pozdější Weinbergerovy názory jako zralého badatele a právního teoretika. On sám byl velkým obdivovatelem filozofie zdravého rozumu, umírněného empirizmu a logicizmu, kde v těchto směrech excelovali němečtí a angličtí filozofové. Cenil si a odvolával se na představitele brněnské školy teorie práva: Františka Weyra, Karla Engliše, Jana Loevensteina a Vladimíra Kubeše. WEINBERGER, O. Od brněnské školy k neoinstitucionalismu. In WEINBERGER, O., KUBEŠ, V. (red.) Brněnská škola právní teorie. Praha, 2003, s. 389-390.

¹⁷ Viz k tomu COLEMAN, J. The Practice of Principle. In Defense of a Pragmatist Approach to Legal Theory. Oxford University Press: Oxford, 2001, s. 70, 108.

pozitivizmu, od hledání jistoty a stálosti lidského jednání, nebo se musíme smířit s tím, že jednání jednotlivce na základě určité závazné normy, má institucionální povahu. To znamená že jednotlivec bude jednat vždy ve shodě s pravidly některé instituce. Přitom každý člověk může jednat na základě pravidel mnoha institucí, ale je to právě právo díky své univerzálnosti a abstraktnosti, které je nejdůležitější institucí. Samozřejmě vždy je potřeba pamatovat na to, že právní pravidla jsou tady pro člověka, a nikoliv opačně. Co víc, tato pravidla jsou vytvářena člověkem také proto, aby je bylo možné změnit. Proto také formalismus,

který může být s ohledem na svou jednoduchost a společlivost atraktivní, může (jak si všímá Weinberger) stejně snadno a rychle vést k tyranii a degeneraci právního systému.¹⁸

Z polštiny přeložil Michal Koziel

¹⁸ Srov. k tomu WEINBERGER, O. Teoria konstytucji w świetle pozytywizmu instytucjonalnego. Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny, 1993, s. 18.