

CHARAKTER SOUDOBÝCH FORMÁLNĚ POZITIVISTICKÝCH
TEORIÍ PRÁVA V ZÁPADNÍ EVROPEХАРАКТЕР СОВРЕМЕННЫХ ФОРМАЛЬНО-ПОЗИТИВИСТСКИХ ТЕОРИЙ
ПРАВА В ЗАПАДНОЙ ЕВРОПЕLE CARACTÈRE DES THÉORIES CONTEMPORAINES POSITIVISTES
FORMELLES DU DROIT EN EUROPE OCCIDENTALE

VLADIMÍR VEVERKA

Některé nové jevy v poválečné buržoazní teorii (filosofii) práva se postupně staly natolik výraznými, že zahájily určitou další vývojovou etapu moderní buržoazní právní vědy. Její kontinuita se starším obdobím nemohla být přitom nikterak narušena, protože dnešní buržoazní teorie práva je ve skutečnosti jen domyšlením a modifikací názorových koncepcí vyvolaných novou fází sociálně politického a ideového vývoje kapitalismu v prvních desítilétích XX. století a zejména mezi první a druhou světovou válkou. Proto také si právní nauka uchovává vnější strukturu z období předcházejícího a díky své tradiční konzervativnosti jen pozvolna přijímá tendenční změny a reaguje na nově se tvořící společenské poměry; nadto je mnohdy vyvrcholemím subjektivního teoretického vývoje autorů a škol jedné generace.

Rýsuje-li se přece jako nový stupeň teorie práva, tedy především proto, že v ní dochází ke zřejmé krystalizaci typických tendencí moderního buržoazního pojetí práva, které koneckonců odpovídají již vyhraněné orientaci buržoazní společnosti na hospodářský a politický systém monopolního kapitalismu a zároveň se vhodně přizpůsobují dnešnímu rozvoji světové socialistické soustavy.

Sotva lze konstatovat, že po válce vznikly v západoevropských zemích nové právně teoretické školy stejně ucelené jako předtím normativismus, fenomenologie práva, zájmová jurisprudence, teorie volného práva apod. Změnil se spíše jen ideologický význam některých škol i jejich praktický dosah, přežití názory ustoupily do pozadí a přeskupily se vztahy právní nauky k současné filosofii, sociologii, etice a politickým teoriím, zatímco dosavadní myšlenkové kategorie a pojmy, stejně jako zásady dřívější právní metodologie, zůstávají v platnosti, protože se v podstatě nezměnilo ani ideologické a třídní zaměření právní nauky.

Charakter západoevropských formálně pozitivistických teorií je dnes velmi

silně ovlivněn tímto procesem krystalizace buržoazní teorie práva, zvláště pak postupným převládnutím monopolistických tendencí státního intervencionalismu nad směry liberalistickými. V marxistické vědecké literatuře se současná etapa buržoazní teorie práva hodnotí, ovšem často jen na okraj studií o jiných otázkách, jakožto hluboká krize teorií právního formalismu a pozitivismu, která je v kapitalistických státech průvodním jevem rozkladu buržoazní zákonnosti a protěžování protidemokratických, fašizujících politických režimů.¹⁾ Příznačný názor vyslovuje i početná skupina západoevropských autorů, když pojednává o osudu Kelsenovy normativní teorie a zkoumá podmínky právního pozitivismu (neopozitivismu) ve vývoji moderního buržoazního práva: Pod tíhou ústupu klasického pojetí práva a zákonnosti, oslabení původního významu právní formy, dospívá řada z nich k pesimistickým závěrům o úloze práva, označujíc jeho poslední období za hluboký úpadek, a to i pokud jde o nauku, která přikládala velký význam formě práva a jeho přesné realizaci.²⁾

V těchto úvahách se nutně obnažují dřívější rozpory mezi zastánci pozitivistických teorií práva a jejími odpůrci, zejména přívrženci právního sociologismu, teorie právního institucionalismu, hodnotové teorie a obnoveného práva přirozeného. Zatímco někteří autoři zkoumají otázku krize práva a pozitivistické právní nauky proto, aby uchovali, byť s mnohými úpravami, její původní charakter (G. Ripert, N. Bobbio, H. L., J. Mazeaud, členové vídeňského Kelsenova kroužku — K. Kunz, L. Pitamic, dále M. Prélot, V. Waline, Carré Malberg a další), jiní v dnešním vývoji spatřují zadostiučinění svému protipozitivistickému teoretickému stanovisku. Přes svou nedůslednost a vzájemné prolínání některých názorů má tato polemika v teorii i praxi širokou základnu a určuje podstatnou měrou tvářnost soudobé buržoazní právní nauky; vztah formy (techniky) pozitivního práva a dalších především obsahových právních jevů zůstává problémem všech, i protiformalistických koncepcí práva.

Dnešní stav této polemiky však nenasvědčuje, jak se někdy v marxistické teoretické literatuře uvádí, že by teorie právního formalismu a pozitivismu ztratily jakýkoliv větší význam. Hlubší rozbor ukazuje, že i za změněné situace působí některé sociálně politické a ideologické podmínky ve prospěch formalistických koncepcí nebo alespoň jejich dílčích tezí.

¹⁾ Srov. V. A. Tumanov, *Kritika sovremennoj buržoaznoj teorii prava*, Moskva 1957; G. L. Seidler, *Buržoazní právní nauky za imperialismu*, český překlad ŠPN 1959; Čchivadze, Zivs, *Kritika buržoazního reformismu v otázkách státu a práva*, SNPL 1960. Poněkud v jiném smyslu hodnotí vývoj buržoazní teorie práva K. Opalek, J. Wroblewski, *Pozitivism prawniczy*, Państwo i prawo č. 1/54

²⁾ Viz G. Ripert, *Le déclin du droit*, Paris 1949 a *Le-s forces créatrices du droit*, 1955; dále Sborník statí italských autorů *La crisi del diritto*, Padova 1953; L. Bagolini, *Il problema della definizione generale del diritto nella crisi del positivismo giuridico*, *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, I/1961 str. 3—45; P. Roubier, *Théorie générale du droit*, 1951, Bruxelles, str. 57, 69 a dal.; J. Flour, *Quelques remarques sur l'évolution du formalisme*, *Etudes offertes à G. Ripert, Le droit privé français*, Tome I, 1950, Paris aj.

Vcelku je známo, že početná skupina přívrženců z řad teoretických a praktických právníků, podléhajících současně určité názorové setrvačnosti a tradici, čerpá z právního vědomí liberální, protimonopolisticky naladěné střední a malé buržoazie a má zájem na udržení základních právních institucí a pojmů z předcházejícího období; přetrvávání formalistických tendencí v nejnovější buržoazní teorii práva je tu logicky spojováno s politickými a právními aspekty tzv. neoliberalismu (např. neoliberalismu v NSR).

Zůstalo však téměř bez povšimnutí, že i autoři ideologicky spjatí s různými skupinami monopolistické buržoazie se ještě zcela nevymanili ze zajetí právního formalismu a pozitivismu. Základní prvky pozitivního práva, např. právní technika a závaznost, jichž vládnoucí vrstva v dnešních buržoazních státech nadále plně využívá (alespoň u těch právních předpisů, které sama v posledních letech prosadila), jsou stále bezprostředně spjaty s formálně pozitivistickou metodologií práva, zejména v zemích tzv. kontinentálního práva, kde vedoucí roli hrály vždy právní normy stanovené shora, zastupitelskými a správními orgány státu.

Vývoj formálně pozitivistické teorie práva je o to složitější, že právo ve formě normativních aktů se stává neobyčejně důležitým prostředkem k uskutečnění nového programu hospodářské a politické integrace západní Evropy: smlouvy o Uhelné a ocelářské unii, Evropském hospodářském společenství atd., již samy o sobě velmi podrobné, předpokládají rozsáhlou normotvornou činnost členských států, popř. rozsáhlou revizi starších právních předpisů, a závaznou aplikaci na jednotlivých úsecích hospodářského, politického, kulturního a vědeckého života, která nutně načas oživí určitý pozitivistický přístup k právu. Uvážíme-li, že jej monopolistická buržoazie podporuje především v tomto užším smyslu techniky a závaznosti práva, není divu, že je přijatelný pro další ideologické směry, jako je technokracie, a tvoří teoretický základ právního sémantismu, popř. právní kybernetiky.³⁾

Jiné oblasti tradiční formálně pozitivistické právní nauky se dotýká právní ideologie reformistická, která spatřuje v reformistických sociálních zákonech a buržoazně demokratických ústavách vrcholnou formu politického boje dělnické třídy. I revoluční dělnické hnutí může dočasně podporovat vydávání a zachovávání právních norem buržoazního státu, pokud tyto normy ještě chrání buržoazní demokracii před fašizací politického režimu a zakotvují některé dílčí požadavky dělnické třídy na zlepšení sociálního postavení pracujících. Zvláštní otázku tvoří uzavírání a realizace kolektivních smluv, které jsou v některých zemích důležitým pramenem zejména pracovního práva.

Tyto podněty vůči formálně pozitivistické teorii práva se ovšem projevují velmi různě. Působí v podmínkách silné opozice, která v praxi navozuje kri-

³⁾ Srov. též v nejnovějším období rozvíjení pojmu práva jakožto kategorie povinnosti, která v buržoazní nauce ve skutečnosti nahrazuje učení o subjektivním právu.

zové jevy formálně pozitivistického pojetí práva, a mohou rozvíjet jen jeho některé dílčí teze a nikoliv celý systém. Značný vliv tu vykonává i specifikum předválečné teorie práva v jednotlivých zemích. Zatímco např. normativismus a další formálně pozitivistické koncepce byly značně rozšířeny v Rakousku, Německu, Švýcarsku, Československu a Polsku, nenalezly jako teoretický systém stejného uplatnění ve Francii, Belgii ani v Mussoliniho Itálii, kde právní filosofii ovládali neohegelovci a zastánci obrozeného práva přirozeného (Gentile aj.) a právní dogmatika byla spíše jen jednou ze zásad praxe státního aparátu. Proto mimo jiné si lze vysvětlit, proč v dnešních diskusích o formálně pozitivistických teoriích si uchovávají stále svůj význam příslušníci Kelsenova vídeňského kroužku a proč v NSR postupně převládnutí zájmové teorie práva (Interessrechtstheorie), neohegelovství (fenomenologie práva) a obnovené historickoprávní školy probíhá se silnými recidivami právního pozitivismu. Objevuje-li se i v části soudobé italské teorie práva tendence k modernímu právnímu pozitivismu a obhajují se některé názory H. Kelsena (N. Bobbio aj.), je třeba spatřovat příčinu především v rozsáhlé prakticko-politické konfrontaci fašistického politického režimu s buržoazní demokracií, nastolenou po válce. Tehdejší kritika právní dogmatiky jako nástroje fašistické právní praxe nemohla postihnout právní pozitivistickou nauku jako teoretický systém a byla jinými autory v tomto smyslu odmítnuta. Ve Francii pak některé projevy právního pozitivismu (G. Ripert, Carré de Malberg aj.) jsou důsledkem liberalistické reakce na rychlý vzrůst monopolistických prvků, zejména v oblasti teorie občanského práva, jež navazuje na formalistickou nauku F. Roguina.

Již z tohoto stručného úvodu je patrné, že otázky formálně pozitivistických teorií práva jsou předmětem neobyčejně rozsáhlé literatury staršího i nejnovějšího období, a proto velmi nepřehledné. Kolísání řady autorů mezi formalistickým a jiným teoretickým stanoviskem, mnohé vývojové a národnostní modifikace tohoto směru a jeho nejednotný výklad samou buržoazní historiografií a kritikou vyžadují předběžné vymezení pojmu právního formalismu a pozitivismu stejně jako posouzení otázky, zda v sobě zahrnuje pouze metodologii právní nauky či zda též představuje určitou obsahovou teorii (filosofii) práva, právní gnoseologii atd.⁴⁾ Jen za tohoto předpokladu bude možné vysvětlit charakter dnešních formálně pozitivistických teorií práva a stanovit alespoň přibližnou hranici vůči ostatním směrům buržoazní právní nauky. Pro tento poměrně vágní charakter právního pozitivismu nemohla být též vypracována jeho přesná dokumentace.

⁴⁾ Známý francouzský právní teoretik P. Roubier a J. Flour dokonce odmítají tradiční označení „právní pozitivismus“ jako zmatený a doporučují jej nahradit termínem „formalistické teorie práva“. (P. Roubier, *Théorie générale du droit*, str. 55; J. Flour, cit. článek str. 94—110.)

I.

METODOLOGICKÉ ZMĚNY VE VÝVOJI FORMÁLNĚ POZITIVISTICKÝCH TEORIÍ PRÁVA

1. *Vztah k tradičnímu právnímu pozitivismu*

Teorie právního formalismu a pozitivismu mají v buržoazní právní nauce XX. století plynulou tradici, zatímco např. kontinuita teorie obnoveného práva přirozeného s klasickou a thomistickou školou byla přerušena právě érou právního pozitivismu XIX. století. Jestliže formálně pozitivistické teorie práva přežily až do dnešní doby, musely nutně prodělat mnoho vývojových změn, které by odpovídaly změnám ve vývoji buržoazního státu a práva, zejména postupnému přechodu od ekonomickopolitických a právních institucí liberalistických k monopolistickým. Byly proto nuceny zaujímat stanovisko i k novým teoretickým školám, které byly vyvolány novými sociálně politickými tendencemi na počátku XX. století a později.

V rozsáhlých polemikách vedených proti sociologii práva, obnovenému právu přirozenému a jiným směrům, se formálně pozitivistické teorie přizpůsobily nově používaným pojmům a vztahům mezi nimi, změněné argumentaci a zkušenostem získaným ze současné právní praxe. U některých autorů ztratily svůj vlastní charakter nebo si naopak vytříbily svoje formalistické hledisko, filosofické odůvodnění tohoto formalismu a metodologické zpracování (např. normativismus). Podobně antipozitivistické směry se zcela neoprostily od vlivu formálně pozitivistických teorií, poněvadž obojí byly teoretickým zobecněním vlastností jediného, buržoazního systému práva, který, jak již bylo zmíněno, některé formalistické tendence nadále pěstuje.

Ve srovnání s dosavadním pojetím přirozeného a historického práva, stejně jako s Kantovou a Hegelovou právní filosofií, právní pozitivismus XIX. století značně zúžil filosofický obzor teorie práva. Jeho první představitelé, kritizující zejména přirozenoprávní školu, soustředili hlavní pozornost na vytváření obecných právních pojmů, otázky právní techniky a metodologie (na tzv. jurisprudenci), zatímco filosofickou stránku této právní vědy chápali jen jako předpoklad ke stanovení metody zkoumání (např. v Anglii J. Austin).

Nicméně pozitivistická nauka XIX. století si ještě zpočátku udržela charakter „právní filosofie“, tj. zkoumala právo též v souvislosti s nejširšími zákonitostmi společnosti a okolního světa vůbec, protože sotva mohla zcela ignorovat velkou filosofickou tradici v dosavadní vědě o právu, stejně jako polemiku proti přirozenému právu musela vést pomocí filosofické argumentace, chtěla-li získat úměrnou teoretickou váhu. Platí to již o historické škole právní, která značně přispěla k vypracování základů pozitivistické právní metodologie.

Je ovšem příznačné, že s ideologickým požadavkem tehdejší buržoazní

nauky stabilizovat prostřednictvím pozitivního práva nové mocenské poměry bylo jakoby synchronizováno pozitivistické hnutí v obecné buržoazní filosofii, které svým kritickým postojem k racionalismu oslabilo i filosofické základy školy přirozeného práva a umožnilo zúžit filosofickou tematiku na otázky pozitivního práva a jeho aplikací. Vedoucí představitel německého právního pozitivismu K. Bergbohm zjevně vycházel z Comtova učení, jestliže požadoval orientovat právní nauku pouze na reálné právní objekty, pozitivní právní fakta. Již zcela samostatně interpretuje Bergbohm filosofický pozitivismus, jakmile za jediný reálný předmět právní vědy označil normy pozitivního práva a formy procesu jejich tvorby a aplikace.⁵⁾ Přitom pozitivistická filosofie připouští hledat i jiné reálné právní jevy, takže z ní mohla čerpat i pozdější sociologie práva, která stojí v opozici formálně pozitivistické teorii.

Někteří moderní buržoazní autoři např. P. Roubier a C. H. Allen správně konstatují další významný filosofický pramen v Hegelově pojetí práva, pokud Bergbohm, Laband aj. rozvíjeli učení o státu jakožto vrcholném tvůrčím a existenčním prvku práva a přejímali Iheringovu „antiindividualistickou“ ideu, že „subjektivní práva jsou zájmy chráněné právem“.⁶⁾ O právním pozitivismu ve Francii se naopak mluví (Ripert) jako o individualisticky založené nauce, pro niž je charakteristické výlučné hledisko interpretace práva.⁷⁾ Myslí se tím zřejmě početná skupina tzv. exegesistů (přívrženců *Ecole de l'Exégèse*), kteří vlastně první v Evropě prosazují formálně dogmatickou metodu ve výkladu práva brzo po vydání Napoleonova občanského kodexu a tradují ji až do vystoupení F. Géného na přelomu XIX. a XX. století, stejně jako klasická teorie trestního práva po vydání trestního zákoníka (1810). Jen v těchto omezených filosofických souvislostech právní pozitivismus představoval nový stupeň tzv. juristického světového názoru.

K. Opalek, který se touto otázkou částečně zabývá v polské marxistické literatuře, přehlíží počáteční filosofující etapu německého právního pozitivismu a srovnává pozitivistickou nauku výhradně s analytickou jurisprudencí založenou v Anglii J. Austinem. Uvádí, že rozlišení tzv. právní filosofie a jurisprudence bylo dáno Kantovou a Hegelovou koncepcí tzv. dvojího poznání — filosofického a vědeckého, kterou buržoazní nauka tehdy vesměs vyznávala. Domnívám se, že uvedené zařazení právního pozitivismu odpovídá tradičnímu pojmu právní filosofie jen zhruba, zejména vzhledem k právně pozitivistické nauce na přelomu XIX. a XX. století a později. To nikterak nebrání, aby v marxistické historiografii bylo zkoumáno filosofické hledisko v každé, i zdánlivě nefilosofické právní nauce. Je však problematičtější, používá-li prof. Opalek ještě další odlišující termín „teorie práva“ (na rozdíl

⁵⁾ K. Bergbohm, *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie*, 1892, část I. Srov. též hodnocení u J. Landeho, *Studia z filosofii prawa*, Krakow 1959, str. 106—115.

⁶⁾ P. Roubier, *Théorie générale du droit*, str. 52—53.

⁷⁾ Tamtéž str. 54

od jurisprudence a filosofie práva) a označuje jím systém L. Petrażyckého.⁸⁾

Francouzské koncepci se přiblížila německá pandektistická škola a zčásti právní dogmatika A. Merkela a E. R. Bierlinga.⁹⁾

V průběhu dalšího vývoje se jednotná fronta právního pozitivismu rozkládá a formálně pozitivistické hledisko přžívá v několika různě modifikovaných formách, které však navazují jen na jednotlivé více méně izolované zásady starší formálně pozitivistické nauky. V prvních desetiletích XX. století je možné, podle mého názoru, rozlišovat a) filosofující tzv. čistou nauku právní, zejména teorii normativní, b) neopozitivistickou právní nauku, zobecňující formálně dogmatickou praxi a c) praktické hledisko antipozitivistických teorií práva.

a) V tomto období nedošlo jen k narušení jednoty pozitivistické školy, nýbrž i ke ztrátě jejího teoretického monopolu, jenž ustoupil novým koncepcím práva. Ani idea ryzí nauky právní nebyla prostým pokračováním právního pozitivismu XIX. století. Rozvíjela pozitivistický formalismus v nových podmínkách na základě moderní filosofické argumentace, která na čas umožnila překonat v právním pozitivismu důsledky vzrůstajícího rozporu mezi formou (popř. technikou) a obsahem práva. Normativismus např. svou tezí o absolutní svézakonnosti formy práva vyjádřil „imanentní“ nutnost využití práva v každé etapě buržoazní společnosti, ovšem při naprosté lhostejnosti práva (v čistém, normativním smyslu), k jakémukoli charakteru společenských poměrů a konkrétního obsahu právních norem.

Překonával tak z hlediska staršího pozitivismu neřešitelný problém změny práva (*legis latae* a *legis ferendae* nebo také problém politiky práva), který se stal mimořádně aktuální v období přechodu k monopolistickému kapitalismu, jakož i rozpory v pojmu subjektivního práva a mezi tzv. obsahově právními a formálně právními pojmy. Svým krajním formalismem normativci dospěli až ke kritice tradiční pozitivistické nauky, již vytýkali např. směšování vědeckého a ideologického pojetí práva, „plichtění s praxí“ (Weyr), jež prý vede k podřizování práva politice, a hegelovské, spekulativní spojování státu a práva v učení o pramenech práva.¹⁰⁾

Normativismus mohl korigovat teoretické základy právního pozitivismu a překonávat, resp. opomíjet obtížné otázky formy a obsahu proto, že začal chápat právní nauku pouze jako právní metodologii neboli teorii právní vědy,¹¹⁾ opíraje se filosoficky o velmi silnou tendenci tehdejší buržoazní filo-

⁸⁾ O názorech K. Opalka viz čl., *Filosofia prawa-analystyczna jurisprudencia-teoria prawa*, *Państwo i prawo* č. 1, 1961.

⁹⁾ Srov. též F. Weyr, *Teorie práva*, 1936, N. Bobbio, *Qu'est que c'est la philosophie du droit*, 1962.

¹⁰⁾ Srov. H. Kelsen, *Ryzí nauka právní*, český př. Orbis 1933, str. 13—14, u nás F. Weyr, *Teorie práva*, 1936, str. 18 a 32, dále studie o normativismu J. Wroblewského, *Krytyka normatywistycznej teorii H. Kelsena*, k. I/55; I. Szabó, *Hans Kelsen a marxistická teorie práva*, *Stát a právo* IV, 1958, ČSAV; V. Veverka, *Filosofie české normativní školy*, AUC, č. 3, 1961.

sofie k redukci filosofické látky na problémy ryzí gnozeologické či dokonce na tzv. formální noetiku, neboli učení o formách poznávání; byla-li starší pozitivistická nauka metodou tvorby právních pojmů a současně obsahovou teorií pozitivního práva, normativní teorie se konstituuje jako formální právní noetika a metodologie, při níž obsah konkrétního právního řádu nemá vědecký význam.¹²⁾ Novokantovská filosofie, z níž normativní teorie vychází, podnítila v právní nauce i nadnesené hodnocení významu logiky, které Kelsen vyjádřil v módním požadavku matematizace (zvědečtění) právní nauky a ekonomie právníckého myšlení.¹³⁾

Takové striktní pojetí formy práva bylo nepochybně určitou překážkou pro ty politické síly buržoazního státu, které počaly zlehčovat ideu buržoazní zákonnosti, zejména dodržování buržoazně demokratických ústav, procesního práva, sociálního zákonodárství, a tím i pro nové proudy buržoazní teorie práva, např. volného a intuitivního práva, které vedly svou částečně oprávněnou kritiku formalismu na úkor zákonnosti a byly využívány k teoretickému odůvodnění libovůle buržoazního státního aparátu, popř. jiných politických organizací. Rovnocenně s nimi mohl tedy působit normativismus se svou moderně pojatou filosofickou argumentací a nikoliv tradiční právní pozitivismus, neboť stará idea právního státu (Rechtsstaat), tj. idea sebeomezení státu, postrádala hlubšího teoretického odůvodnění a jako pouhý ideologický postulát byla v konkurenci s protidemokratickými tendencemi téměř bezmocná.

Tuto funkci plnila normativní teorie i tehdy, pokud odmítala tzv. synkretismus právních metod, běžný v činnosti praktických právníků a zobecněný např. právním sociologismem, kde mizí hranice mezi právem, politikou, morálkou a tím specifikum práva a jeho využívání v konkrétní třídní situaci. Naopak pozitivistická metoda, zejména její určitý empirismus, nevylučovala své splynutí právě se sociologií práva.

Dosavadní marxistická kritika normativismu tuto jeho stránku nehodnotila a schematicky zdůraznila pouze jeho negativní, reakční úlohu ve vědeckém poznání práva a politikoprávní praxi. Podle mého názoru, jednoznačně odmítnutí zásadních ideologických hledisek či důsledků normativní školy

¹¹⁾ Srov. tamtéž.

¹²⁾ F. Weyr např. uvádí: „Úkolem teorie práva je, aby dodávala prostředky pro poznávání empirických normativních souborů, kterými jsou mj. právní řády.“ (Teorie práva, str. 12.) Viz též Z. Neubauer, Právní věda v klasifikaci věd, Sborník k 60. nar. F. Weyra, 1939. Dále vymezení předmětu teorie práva u H. Kelsena: „Ryzí nauka právní nevidí se k ničemu jinému zavázána než k tomu, aby pochopila pozitivní právo v jeho podstatě a aby porozuměla pomoci jeho analýzy jeho struktúře.“ (Ryzí nauka právní, str. 13.)

¹³⁾ Kelsen tu zřejmě navazuje na novokantovského filosofa H. Cohena ztotožňujícího filosofii s logikou.

„Ryzí nauka právní je teorií pozitivního práva, pozitivního práva vůbec, nikoliv určitého právního řádu. Je obecnou právní naukou, interpretací nikoliv určitého národního práva, nýbrž nadnárodních právních norem. Podává teorii interpretace.“ (Reine Rechtslehre, Wien 1960 str. 1.)

je možné a nutné pouze ve vztahu k marxistické teorii práva, i když i zde je správné připomenout, že některé dílčí normativistické pojmy týkající se právní techniky jsou dodnes platné. Ve vztazích buržoazního myšlení a nejnovější buržoazní právní ideologie má normativismus, jak už řečeno, dvojakou povahu. Jeho intenzivní pěstování otázek formy práva působí vcelku ve prospěch liberalistických, formálně demokratických právních institucí, zatímco lhostejnost k obsahovým problémům legislativy a konkrétnímu obsahu právního řádu, jež ve skutečnosti likvidovala pojem subjektivního práva, a směřování formálních znaků obecných a tzv. individuálních právních norem vychází vstříc reakční právní ideologii, odpovídající zájmům velké buržoazie. Normativní škola však vybudovala logicky příliš uzavřený teoretický systém, než aby mohla myšlenkově navázat bližší kontakt s teoriemi, které se postupně pro vládnoucí vrstvu stávaly politicky i vědecky aktuálnější, např. se sociologickoprávními směry, sociálně reformistickou právní ideologií, fenomenologií práva aj. Nelze ji proto ani dnes považovat za typickou právní nauku imperialismu. Také některé vývojové opravy normativistických tezí nešly tak daleko, že by představovaly zásadní revizi. Platí to i o obsáhlé Kelsenově studii o spravedlnosti (*What is the justice*, N. Y. 1953), která působí více jako dodatečná obrana normativismu, poněvadž v ní Kelsen činí opozičním konceptům jen nepodstatné ústupky. H. Kelsen a jiní starší představitelé normativní školy (A. Verdross) získali v poslední době též mimořádný ohlas politický, protože novým způsobem vyzdvihli např. politicky exponovanou otázku primátu práva mezinárodního nad právem vnitrostátním a podali obsáhlejší kritiku marxistického pojetí práva.¹⁴⁾

Normativismus však přežívá v nejnovější buržoazní teorii práva svými dílčími názory. Přestože ostatní směry se od normativismu značně vzdálily, nemohly ignorovat objektivně daný problém formy buržoazního práva a tím ani jeho vytríbené zpracování v právní formalismu a pozitivismu, naopak se s některými formálně pozitivistickými závěry ztotožňují; přispívá k tomu i příbuznost jejich metodologického a filosofického východiska, které vedlo k prolínání, popř. integraci jednotlivých škol.

V diskusi polských teoretiků o právním formalismu se dokonce objevil názor (S. Ehrlich, S. Rozmaryn), že formalismus je znakem celé buržoazní teorie práva, protože idealisticky v té či oné míře (tedy i pozitivistický sociologismus) odtrhuje právo od jeho skutečného obsahu, od vztahů ekonomické základny buržoazní společnosti.¹⁵⁾

¹⁴⁾ H. Kelsen, *The Communist Theory of Law*, N. Y. 1955; *The Law of the United Nations*, London, N. Y. 1950.
Recent Trends in the Law of the United Nations, N. Y., London 1951.
A. Verdross, *Das Völkerrecht*, Wien 1955.

¹⁵⁾ *Srov. S. Ehrlich, O metodzie formalno dogmatycznej, Państwo i prawo*, č. 3, 1955, *Diskuse o metodzie...* *Pan. i pr.* č. 4—5/55

Je proto příznačné, že autoři rozsáhlých polemik proti normativcům současně uznávají přínos Kelsenovy teorie pro řešení jednotlivých otázek moderní buržoazní nauky a zaujímají k ní eklekticistický postoj.

b, c) Zvláštní úlohu ve většině evropských buržoazních států hrál vývoj právní praxe, tlumočený v právní nauce tzv. jurisprudence, v níž se až do současné doby udržela silná tendence formálně pozitivistická (dogmatická). Formálně pozitivistická teorie (filosofie) vždy sledovala praktickou funkci pozitivního práva a lze tedy dogmatickou jurisprudence na počátku století i v době ústupu normativismu považovat za přirozené vyústění starší pozitivistické právní nauky.

Tím ovšem nastal určitý paradoxní jev, neboť v právní teorii (filosofii) postupně převládly, na rozdíl od praticistické jurisprudence, koncepce vystupující navenek jako protiformalistické. Dřívější rovnováha mezi právní filosofií a jurisprudence z konce XIX. století mizí zvláště se slábnoucím vlivem filosofického normativismu, jenž ostatně dosáhl své autority hlavně díky svému filosofickému a teoretickému zaměření, zatímco na praktické právní myšlení působil stejně prostřednictvím formálně pozitivistické jurisprudence, s jejímž pojmoslovím se mnohdy ztotožňoval.

Jak známo, tato dogmatická jurisprudence nepodléhá krajnímu formalismu, i když v sobě konzervuje některé normativistické pojmy, a orientuje se nadále v intencích bergbohmovského právního pozitivismu na formální i obsahové právní pojmosloví, tj. její právní abstrakce vycházejí z konkrétního obsahu pozitivního práva. To jí umožňuje vcelku pružně reagovat na vývojové změny práva a potřeby politickoprávní praxe, přičemž svým praticismem překonává, resp. ponechává stranou teoretické problémy a rozpory, jež v soudobém buržoazním právu vznikají. Nestojí ani v příkrém rozporu s jurisprudence zájmovou, dominující již po několik desetiletí v Německu a sociologizující naukou, která je ve skutečnosti jednou z odnoží právního neopozitivismu.¹⁶⁾ F. Štajgr správně ukazuje, že „zájmová teorie je vybudována na předpokladu, že právní řád je vždy výrazem něčích zájmů a nástrojem k odstraňování kolize zájmů. Aplikace právních předpisů proto vyžaduje zjištění, čím zájem je v daném případě chráněn a jak odstraňovat zájmovou kolizi, která tu nastala. Proto se při aplikaci právních předpisů nelze opírat o doslov zákona, nýbrž o smysl“. Dodává, že ovšem „zájmová teorie ještě, jak vidět, trvala na vázanosti soudu zákonem, třebas chápala tuto vázanost jinak, než tzv. pojmová jurisprudence“.¹⁷⁾

Zajímavé je vyjádření známého italského právního filosofa N. Bobbia, že

¹⁶⁾ O otázce formálně právních a obsahově právních pojmů viz F. Somló, *Juristische Grundlehre* 1917, str. 26—31.

¹⁷⁾ Formálnost našeho občanského soudního řízení, *Právnícké studie* č. 4/54, str. 683—5.

„formalismus a antiformalismus jsou dvě extrémní stanoviska, mezi nimiž osciluje kyvadlo jurisprudence“.¹⁸⁾

Naskýtá se též otázka, proč řada aspektů formálně dogmatické metody při aplikaci a realizaci práva je přijatelná pro filosofii přirozeného práva, psychologickou teorii apod. a jak je řešena otázka subjektivních práv.¹⁹⁾

*

V této souvislosti bude poučné alespoň stručně posoudit otázku pozitivistické definice práva, event. rozdílu mezi právním formalismem (dogmatikou) a pozitivismem vůbec, a dále význam tradičního rozlišování právní filosofie a obecné teorie práva, popř. jurisprudence a teorie právní vědy.

Nejnovější pozitivistická nauka zpravidla odkazuje na klasické pojetí práva a vrací se k hlavnímu představiteli kontinentálního právního pozitivismu K. Bergbohmovi popř. k J. Austinovi, poněvadž systematicky formulovali filosofické a metodologické zásady formálně pozitivistické nauky (ve smyslu tzv. Begriffsjurisprudenz neboli logiky právních konstrukcí). Ovšem geneze právního pozitivismu, jak na to správně poukázal Opalek a Wroblewski, je spjata i s R. Iheringem, který se ve své ranější studii o římském právu jako první v Německu pokusil teoreticky odůvodnit nutnost formálně dogmatické metody.²⁰⁾

Podle mého názoru, toto spojení s tradiční pozitivistickou naukou nebylo přerušeno ani později, když k ní Ihering zaujal kritické stanovisko a vybudoval pozitivistickou teorii společenského zájmu, tj. položil základy k první formě právního pozitivismu sociologického, k němuž směřoval Gumpłowicz, Gierke aj. Také ve své stati *Boj za právo* (1872) považuje státem stanovenou formu práva za náležitý, specifický rys práva. „Zahrnuje v sobě, jak známo, dvojí smysl, objektivní a subjektivní; prvním rozumíme souhrn platných ve státě právních zásad, zákonný pořádek života, druhým rozumí se vtělení abstraktního pravidla ve skutečnou oprávněnost některé osoby.“²¹⁾ Stejně pokud jde o prameny práva ve sporu s historickoprávní školou: „To dovede jen zákon, tj. úmyslný k tomuto cíli směřující úkon státní moci, a proto není náhodou, nýbrž nutností, v podstatě práva hluboko zakořeněnou, že všechny hlubší

¹⁸⁾ Sul formalismo giuridico, *Rivista ital. di diritto e procedura penale* č. 4/58, str. 977.

¹⁹⁾ V marxistické literatuře se stručně zmiňují o tomto sepětí K. Opalek a J. Wroblewski, *Pozitivism prawniczy*, Paň. i pr. č. 1/1954 a G. L. Seidler, *Doktryny prawne imperialismu*, 2. vyd. 1962, kap. I.

²⁰⁾ *Pozitivism prawniczy*, Paň. i pr. č. 1/54; srov. cit. R. Ihering, *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, II, 1923, str. 330.

„S toutéž určitostí, s jakou možno tvrdit, že zásady metody matematické provždy zůstanou nezměněny, je možné to tvrdit, jde-li o metodu právní.“... „v otázce vymezení práva nejde o moment materiální, ale čistě formální“...

²¹⁾ *Boj o právo*, český překlad 1897, str. 15.

proměny procesního i materiálního práva pocházejí z vynesených zákonů“.²²⁾ Jeho nauka zůstala tedy stále ideologickým výrazem snahy po stabilitě buržoazního právního řádu, zvláště v etapě před vydáním německého občanského kodexu (1896), po „solidárnosti státního zákona a konkrétního práva“.²³⁾

Iheringovo rozvinutí ideje práva jako výrazu boje společenských zájmů narušuje jeho původní názor, že státem stanovená forma a závaznost práva je nutným, specifickým znakem práva, poněvadž tím vysvětluje ve skutečnosti podstatu „sociální dynamiky“ pozitivního práva a jeho tvorby, při plném respektování jeho autority. Nahrazovat nedostatky práva, resp. doplňovat je v oboru aplikace zájmovým momentem začal až zakladatel německé zájmové jurisprudence Ph. Heck, i když ani on nepřipouštěl zřejmý rozpor se zákonem a tedy i s právním pozitivismem.²⁴⁾

Ukazuje se, že Iheringovo učení o právu předurčilo ideově velmi široké chápání pojmu právního pozitivismu, jež se traduje dodnes a je mj. podkladem zmíněných vzájemných vztahů mezi dogmatikou a zájmovou jurisprudencí, jakož i sociologickým pozitivismem; tomuto pozitivistickému pojetí práva postačuje, že vychází ze státní moci jako nejvlastnějšího pramene práva a z jeho závaznosti, které se opírá o státní donucení.

V Bergbohmově učení nabylo speciálnějšího smyslu jako redukce reálně existujících právních jevů na právní normy, které mají být zkoumány a aplikovány výlučně metodou úměrnou jejich vnitřní logické formě. Ani zde však právo nebylo pochopeno tak striktně, aby nepřipouštělo širší výklad právně pozitivistické teorie, neboť Bergbohm (i jeho nejvěrnější stoupenci) resignoval, jak správně ukazuje J. Lande, podat přesnou logickou definici práva a setrval u prostého pokusu znaků práva, jež formuluje spíše z hlediska programových metodologických zásad, než ustáleného pojmosloví konkrétního právního řádu.²⁵⁾ Teoretický (filosofický) přístup k právu u něho současně odpovídal praktické linii buržoazní právní nauky, která usilovala pouze o utvrzení praktické funkce oficiálního práva ve smyslu jeho harmonické existence a závaznosti; Bergbohmův systém se posléze stal podkladem právní dogmatiky a jejího pozdějšího odpoutání od teorie právního pozitivismu, což se výrazně projevilo v rozštěpení na tzv. vědecký a legální právní poziti-

²²⁾ Tamtéž, str. 17.

²³⁾ Tamtéž, str. 57. Srov. též jeho definici práva jako „souhrn závazných norem platných ve státě“ (Zweck im Recht, I, str. 328) a pojetí subjektivních práv, cit. na str. 8 této statě: „Právo je forma, která dává záruku životních podmínek společnosti a je založena na donucovací moci státu“ (str. 443).

²⁴⁾ Ph. Heck, Begriffsbildung und Interessjurisprudenz, Tübingen 1936; viz též hodnocení zájmové školy u F. Štajgra cit. d.

²⁵⁾ O tom J. Lande, Przedmiot metody filozofii prawa, Studia z filozofii prawa, 1959, str. 112—113, 232—233.

vismus.²⁶⁾ Hlavním prvkem dogmatismu nebylo ztotožnění oficiálního práva s právem pozitivním (platnost s pozitivní existencí), jak uvádějí mnozí buržoazní kritici právního pozitivismu, nýbrž ztotožnění oficiálního práva s celou objektivní právní realitou, jeho izolování od všech vnějších souvislostí (v XIX. století Gerber aj.).

To již znamenalo rozvinutí Iheringovy koncepce práva k etatismu ve formálním smyslu, který pak po Bergbohmovi někteří pozitivisté vyjádřili v definicích práva, když differentia specifica právních norem byla jednou spatřována v jejich stanovení nebo uznání státem, jindy ve státním donucení, sankci (A. Merkel, J. Schein, Laband aj.). Kromě odůvodnění dogmatické právní praxe buržoazní pozitivistická nauka dosahovala etatistickým postojem ideologického a pojmového spojení práva s celkovým úsilím současného buržoazního státu právně utvrdit dosažené společenské poměry.

Z hlediska obecného logického vymezení práva se však tento postoj stává neúnosným, jakmile je spojován s tehdejší ideou právního státu (Rechtsstaat). Mj. z obavy před tautologií (kterou Bergbohm při „formálním určení“ práva pokládá za přirozenou) vznikla jakási psychologická škola právní dogmatiky, jež odděluje teoretické vymezení práva od dogmatiky a zakládá je na psychických, volních elementech, vyjádřených v pozitivním právu (např. E. R. Bierling, Zietelman, G. Jellinek).

Nevyřešeným problémem zůstává otázka objektivního a subjektivního práva, kde nemohly stačit dosavadní formálně logické prostředky, neboť subjektivní právo, zejména v oblasti práva soukromého, zaujímalo vůči státu vždy značně autonomní postavení. K. Opalek cituje řadu buržoazních koncepcí subjektivního práva a ukazuje, že pozitivistická nauka, na rozdíl od teorie subjektivní svobody, vidí v subjektivním právu výraz určitých psychických či společenských jevů (teorie volní a zájmová) nebo ideální objekt (povinnost, hodnota), při čemž některé školy ztotožňují právní subjektivitu s aktem zákona zaručeným státem (A. Thon, Kelsen, náš A. Tilsch aj.).²⁷⁾ Odchylky pozitivistické nauky od formalismu se vyskytly poměrně často, avšak vždy byla patrná snaha uvádět subjektivní právo do souladu s pojmem práva objektivního. A. Thon, vedoucí představitel právního pozitivismu v teorii subjektivního práva, sice zastává teorii volní nebo také imperativní, konstruuje ji však formalisticky.²⁸⁾

²⁶⁾ Tato dogmatika práva se jindy označuje jako právní nauka nebo jurisprudence na rozdíl od „nauky o právu“, „teorie práva“ atp.

„Když se mně neptají — tehdy vím — odpověděl sv. Augustin na otázku co je to čas; je to i odpověď pro právníka, kterého trápí otázkou, co je to právo.“ (Bergbohm, *Jurisprudence und Rechtsphilosophie*, str. 75.) Podobný agnosticismus vůči definici práva zastává Kelsen (*Das Problem der Suveränität und die Theorie des Völkerrechts*, 1920, str. 13).

²⁷⁾ Prawo podmiotowe, Warszawa 1957, str. 239—41.

²⁸⁾ O A. Thonovi, tamtéž; základní dílo *Rechtsnorm und subjektives Recht*, Weimar 1878, str. 219: „Právo není zájem, který má být chráněn, nýbrž samo je prostředkem k ochraně určitého zájmu.“

Není divu, že nauka soukromého práva, zejména civilistika, značně ovlivnila obecné pozitivistické pojetí práva, orientující je jednou formálně dogmatickým směrem, jindy na spojení obecné dogmatiky s volnější tendencí v oboru interpretace a aplikace práva (např. i ideou volného uvážení v zájmové jurisprudenci). Vždyť také byla od počátku poznamenána rozparem mezi požadavkem striktní normativní ochrany majetkoprávních zájmů jednotlivce a snahou o současné zajištění svobody dispozice subjektů občansko-právních vztahů.

Tím spíše aparát civilistických pojmů v normativní i aplikační sféře byl využíván zobecňující teorií subjektivního práva, a to i tehdy, když prameny subjektivního práva, popř. práva, vůbec byly zkoumány za hranicemi práva pozitivního.

Novou etapou řešení vztahu objektivního a subjektivního práva byla normativní škola i některé další směry (L. Duguit), vyzdvihující do popředí na místo subjektivního práva pojem povinnosti. Byla tím nepochybně podporována linie právního pozitivismu, která zastávala v teorii etatistický, bezobsažný normativní pojem práva a v politickoprávní praxi oportunistickou lhostejnost k pohlcování práv jednotlivce zbyrokratisovaným buržoazním státem.²⁹⁾

Dřívější názorové splývání teorie práva a jurisprudence (právní dogmatiky) ztrácí své opodstatnění zvláště počátkem století, kdy vyvstala naléhavá potřeba nové legislativy a přizpůsobení zastarávajícího právního řádu novým podmínkám. Kromě normativní školy všechny filosofickoprávní směry více méně upouštějí od úzce formalistických vymezení práva podporovaných jurisprudencí, chápou právo širěji než jako pouhé právo pozitivní. Tento jev buržoazní právní nauky ani zdaleka nebyl typický jen pro rakouskou sociologickou teorii E. Ehrlicha a ostatní zřejmě protilehlé směry, ale i pro tu část buržoazní právní nauky, která měla ještě k určitým zásadám právního pozitivismu velmi blízko a byla přijatelnou teoretickou autoritou pro jurisprudenci a právní praxi.

Jedním z jejích výrazných představitelů v právní filosofii a teorii byl zajisté R. Stammler, který na základě zvláštního výkladu Kantovy kritické filosofie opět rozlišil pojem práva a jeho ideu, tj. novým způsobem konstruoval rozpor mezi právem existujícím a ideálním. Definoval-li právo jako „formální způsob nezměnitelně autokraticky zavazujícího chtění“³⁰⁾, myslel jím v podstatě lo-

²⁹⁾ Běžné výhrady k této koncepci vyjádřil ironicky i český buržoazní autor Vladislav Čermák: „Se zřetelem k tomu musí býti stoupencům nové nauky asi velmi zatěžko býti právníky, doktory práv a členy právnické fakulty, jsou-li na prvním místě nesporně „povinníky“, doktory „povinností“ a členy „povinnické fakulty“. Na rozdíl od juristů nazývají se s oblibou „normativisty“ nebo „normology“ a místo jurisprudence pěstují „normologii“. Podle „nesporné základního pojmu“ by měl základní spis nové nauky nésti při nejmenším název „teorie práva (správně povinností)“. (Podstata práva — zároveň rozbor normativní teorie, str. 21, Praha 1940).

³⁰⁾ Rechtsphilosophie, Berlin und Leipzig, 3. vyd. 1928, str. 97. Podrobnější popis Stammlerovy právní filosofie u Vladimíra Kubeše v knize „Právní filosofie XX. století“, 1947.

gicky uspořádané právo pozitivní, současně však dodává, že stanovené právo je pokusem o tzv. správné právo, tedy jakéhosi práva přirozeného, ovšem pojatého nikoli spekulativně, nýbrž jako pravidla s proměnlivým empirickým obsahem.

Lze říci, že Stammlerovo stanovisko následovali i další zastánci tzv. kritického pojetí přirozeného práva, kteří v jurisprudenci předpokládali metodu formálně dogmatickou a přizpůsobení novým sociálním podmínkám chtěli řešit na základě legislativy a volnějšího výkladu práva. Podobně např. chápal pozitivní právo novokantovský právní teoretik A. Verdross, když je pokládal za prostředníka, jenž provádí tzv. sekundární právo přirozené,³¹⁾ avšak s uznáním priority Völkerrecht, a konec konců i fenomenologická škola v čele s F. Schreierem a F. Kaufmannem, požadující zkoumat ideální právo prostřednictvím práva pozitivního, za doplňkového použití intuitivní metody.³²⁾

Ve Francii takto zamítal teorii formalismu F. Géný, dále P. Roubier, Le Fur aj. Při tom je sporné, zda Géný může být považován za jednoho ze zakladatelů školy volného práva, neboť svůj ústup od formálně pozitivistické koncepce práva vyvážil do jisté míry vyzdvižením významu právní techniky a vcelku důsledným respektováním pozitivního práva jako jednoho z vedoucích pramenů práva. Podobně je třeba pohlížet na P. Roubiera. Pro Génýho je právní technika nedílnou součástí práva, stanoví vnější logický a formální element práva.³³⁾ Filosofické vymezení práva již daleko přesahuje hranice teorie pozitivního práva, zejména v otázce jeho pramene, který je spatřován v jakési přirozené povaze skutečnosti.³⁴⁾

Nešlo však jen o ospravedlnění a zvýšení autority oficiálního práva, protože Géný odtud vyvodil důležitý závěr o možnosti tzv. soudcovského práva, rovnocenného obecným normativním aktům a právu obyčejovému. Při tom byl opět mnohem zdrženlivější než anglosaští právní realisté nebo zastánci německé školy volného práva, neboť tvůrčí činnost soudce připouštěl jen tehdy, když se při sporu objevila mezera v psaném nebo obyčejném právu. O roz-

³¹⁾ Tamtéž, str. 99 (Stammler). V souvislosti s pojmem správného práva Kubeš vyzdvihuje Stammlerův názor, že pro soudce je ono správné právo interpretační pomůckou a nikoli konkrétně závazným pravidlem; aniž se pokouší domyslet všechny důsledky závaznosti jiného práva než práva pozitivního.

³²⁾ Abendländische Rechtsphilosophie, ihre Grundlagen und Hauptprobleme in Geschichtlicher Schau, Springer 1958, str. 254; Die Erneuerung der Materialen Rechtsphilosophie, Zeitschrift für schweitzer. Recht., LXXVI, 1957, str. 181—213.

Potvrzuje to St. Verosta v životopisném článku A. Verdross, Leben und Werk, Festschrift für A. V. Wien 1959.

³³⁾ F. Géný, Science et technique en droit positif, 1921, III. § 18, 182.

³⁴⁾ Tamtéž, str. 356. Srov. též Génýho definici práva: „Právo představuje souhrn pravidel, jimž je podřízeno vnější chování člověka ve vztazích s jeho bližními, a které, inspirovány přirozenou ideou spravedlnosti v okamžiku daném kolektivním vědomím lidstva, se stávají nadanými společenskou sankcí a dokonce jsou a nebo směřují k tomu, aby měly takovou sankci a tehdy nabývají formu kategorických příkazů vládnoucích vůli jednotlivce k zajištění pořádku ve společnosti.“ Tamtéž, str. 51.

šíření Gényho učení o mezerách v soukromém právu na právo veřejné usilovala až pozdější buržoazní nauka.

Revize dosavadní francouzské nauky Exegese neměla tedy v Gényho teorii práva v jednotlivých otázkách stejnou intenzitu a představovala teprve přechodné teoretické a praktické stanovisko mezi starším právním pozitivismem a nejnovějšími, zřejmě protilehlými směry. Nadto v obecné teoretické sféře směřovala spíše proti německé pozitivistické škole než domácí, filosoficky lhostejné dogmatice (Exegesi) a nemusela se tudíž vypořádávat se zakoreněnými vztahy mezi teorií pozitivismu a jurisprudencí.

Francouzští autoři, kteří nadále s větší či menší důsledností vyznávali formálně dogmatickou právní metodologii, snažili se vyhnout mnoha ožehavým otázkám buržoazního práva, např. požadavku přizpůsobení právního řádu novým podmínkám tím, že přešli ke krajnímu formalismu normativní teorie (F. Roguin), nebo zaujali určitý pružnější postoj. V dílčích otázkách např. se stavěli příznivě k novým úkolům legislativy, k sociologickému odůvodnění práva, které by neohrozilo závaznost práva pozitivního, zamítali mechanickou interpretaci práva atd. (M. Waline, Carré Malberg).³⁵⁾

Osud tohoto právního pozitivismu závisel na specifické situaci v jednotlivých odvětvích práva a zvláště pak na sociálně politických tendencích, které v této etapě vývoje buržoazního státu působily ve prospěch formálně pozitivistické nauky či proti ní. Po nové legislativní úpravě formálně pozitivistické hledisko bylo zpravidla uplatňováno velmi energicky apod.

S vývojovými modifikacemi právního pozitivismu vznikly nové překážky vytvoření jednotné logické definice práva a dokonce ztroskotávaly i pokusy o vymezení pojmu práva pouhým popisem jeho základních znaků. Objevuje se množství nových nebo novelizovaných teorií, zachycujících pouze některé stránky práva, takže je obtížnější přesně charakterizovat právní pozitivismus jako jednotné hledisko buržoazní teorie práva a jeho vztah k ostatním teoretickým koncepcím. Západoevropští autoři proto běžně rozlišují např. zvláštní teorii právního imperativismu, rozvíjenou zejména vědou občanského práva, dále teorii hierarchie právního řádu a jeho komplexnosti, pojem výlučnosti obecné právní normy, etického právního pozitivismu (absolutního a umírněného atd.),³⁶⁾ neskřývající se opět s tím, že jde o teorie založené vesměs na metodě právní dogmatiky nikoliv obecné teorie práva, resp. právní filosofie. Ve skutečnosti jimi buržoazní pozitivistická nauka hlubší teoretické rozpracování nahrazovala, aniž hledala mezi těmito dílčími hledisky bližší, systematické

³⁵⁾ Roguin, *La science juridique pure*, Paris 1923; V. Waline, *Positivisme philosophique juridique, sociologique*, Mélanges Carré de Malberg, Paris, 1933; Défence du positivisme juridique, *Archives de philosophie du droit et de sociologie*, 1939, 1—2.

³⁶⁾ Srov. např. N. Bobbio, *Il positivismo giuridico*, Torino 1961, kap. I, P. Roubier cit. dílo, kap. I.; H. Kelsen, *Begriff der Rechtsordnung, Logique et Analyse*, Nouvelle serie, 1958, str. 155—167.

souvislosti, které by objasnily reálnou strukturu buržoazního práva a jeho skutečnou, třídní podstatu.

Je tu patrná paralela právního pozitivismu s jinými směry, které se pokoušely podat definici práva. Tato jiná pojetí práva vycházela většinou z charakteristických znaků určité stránky práva, zejména struktury právní normy, obsahu a cíle práva nebo z hlediska subjektu a sankce.

Marxistické hodnocení formálně pozitivistické teorie práva musí k těmto rozdílům přihlídnout, poněvadž umožňují pochopit zvláštnosti ideologického vlivu právního pozitivismu v konkrétních historických a třídních souvislostech, popř. jeho vědeckou úroveň; jako aspekty buržoazní právní nauky, která je nejtěsněji spojena s politickoprávní praxí buržoazního státu, poskytují též množství obecnějších informací o etapách vývoje buržoazního práva a konec konců právního vědomí aplikujících orgánů.

Po druhé světové válce se obtíže buržoazní nauky při stanovení obecné definice práva projevily ještě jasněji. Sami buržoazní autoři přiznávají, že pokusy z posledních desetiletí svědčí o krizi tzv. reálné, esenciální definice práva, která si činí nárok na vymezení podstaty práva. Častěji se též vyskytly názory, aby právní věda upustila od jakýchkoli diskusí o definici či pojmu práva. (G. L. Williams z hlediska mezinárodního práva a jiní).³⁷⁾

Z hlediska zkoumané otázky právního pozitivismu je důležité konstatování např. italského právního teoretika L. Bagoliniho, že po válce prodělává krizi i esencialismus tzv. pozitivistického realismu, pokud chápe pozitivní právo jako tzv. skutečnostní realitu.

V době, kdy se stále více nabízí oddělené řešení otázky práva a jeho ideálu, je, podle názoru L. Bagoliniho, takové pojetí překonáno, poněvadž chápe právo výhradně jako jednotnou „entitu“ v objektivním, reálném (jevovém) smyslu (příkladem těchto rozporů je v Itálii učení S. Romana, *Il ordinamento giuridico*, Firenze 1951 aj.), jejíž poznání není v moci pouze pozitivně právní metody.³⁸⁾

³⁷⁾ K otázce definic práva viz H. Kantorowicz, *The Definition of Law*, Cambridge 1958; A. Ross, *Definition in legal language*, v *Logique et Analyse*, 1958; U. Ascarelli, *Il problema della definizione e il cometto di diritto*, 1955; G. L. Williams, *The Controversy Concerning the word „Law“*, *Archiv für Rechts und Sozialphilosophie*, B. XXXVIII, 1949—50. Cit. VI. Čermák se stavěl velmi skepticky k dosavadním pokusům vytvořit obecný pojem práva a doporučoval namísto toho soustředit se na otázky podstaty práva, kterou však pochopil jen jako logickou strukturu právní normy: „Zjevnou zvráceností bylo by teprve ponechat právní vědu jejímu osudu jen z toho důvodu, že se při hledání svého základního pojmu setkávala s nesnáze, ba s nezdarem. Znamená to naopak nutnost podnikati soustavné zkoumání o podstatě práva a překontrolovati si obecné základy právní teorie dříve než se přikročí k dogmatickému pěstování jednotlivých oborů právních. (O podstatě práva, Praha 1940, str. 41—42, viz též K logické podstatě práva, *Sborník věd právních a státních*, XLII, 1942).

Srov. dále Picard, *Le droit pur*, Paris 1920.

³⁸⁾ Il problema della definizione generale del diritto nella crisi del positivismo giuridico, *Rivista inter. di fil. del dir.* 1961, str. 14—18.

Srov. též Bagolini, *Le choix de la methode de jurisprudence*, v *Logique et Analyse*, I, 1958.

Definici A. Rosse, kombinující pozorovatelskou, popisnou a intuitivní metodu při poznávání podstaty práva, označuje Bagolini za idealistický esencialismus, jímž ve skutečnosti je podporována idea práva přirozeného. V tomto smyslu se dívá i na Kelsenův předpoklad základní normy (Grundnorm): „... Kelsenova definice práva v mezích platnosti končí s existencí (l'essere) jednu ‚reálnou definici‘, o níž totiž lze říci, že je pravdivá (nebo nepravdivá) a tím odpovídající (nebo nikoliv) elementu práva, který je postulován jako podstatný, nezávislý na jakýchkoliv změnách historické situace a empirických fakt“.³⁹⁾

Jestliže pak L. Bagolini namísto esenciální definice práva požaduje vymezovat právo jen v relaci k jeho jevové stránce (tj. i vzhledem k proměnám této jevové stránky), nezříká se tím zkoumání práva z hlediska jeho konečného, ideálního cíle, spíše chce zabránit, aby rozpory v obecném pojmu práva zmíněné zkoumání nekompromitovaly. Právně pozitivistická nauka zřejmě začala podléhat poválečným tendencím přirozeného práva obrozeného a dalším školám, které do teorie práva v nebývalém rozsahu vnesly otázku ideje (ideálu) práva, spravedlnosti, hodnot, práva extralegálního apod. Zúčastnila se tudíž i sporů, vedených po válce mezi zastánci teoretického rozdělení otázky pozitivního práva a spravedlnosti, popř. ve vztahu k morálce, a přívrženci jejího spojení. Novým prvkem je systematické rozlišení teorie a ideologie právního pozitivismu (N. Bobbio), jež nakonec vyúsťuje v zajímavou teorii tzv. umírněného etického pozitivismu, a nejnovější Roubierova koncepce spravedlnosti, spjatá těsně s formální teorií práva pozitivního. Řekl bych, že v současné době nastalo určité oživení teorie („filosofie“) formálně pozitivistické nauky, třebaže je to současně ústup od staršího striktního formalismu a dogmatické Begriffsjurisprudenz.

Jak bych chtěl ještě později ukázat, pro demokraticky orientované zastánce právního pozitivismu a ideje zákonnosti, představují tyto modifikace, přihlížející k novým podmínkám, nezbytnou obranu před nynější exaltací obrozeného práva přirozeného a jiných tendencí na úkor právní nadstavby buržoazní demokracie, avšak současně příležitost nejrůznějším reakčním antipozitivistickým směrům formulovat takové teoretické zásady pozitivního práva, které by umožňovaly používat bez formálních zábran právní řád, v zájmu okamžité konstelace mocenských sil a postavení jednotlivých státních orgánů a jiných politických institucí. Bude důležité si též podrobněji všimnout vývoje právního pozitivismu v souvislosti s některými změnami v buržoazním právu, a otázky, jakou úlohu zde sehrála porážka fašismu a teoretických koncepcí ve fašistických státech používaných.

³⁹⁾ Tamtéž, str. 18.

2. *Jednotný pojem pozitivistického formalismu a otázka jeho logického základu*

Složitá vývojová linie právního formalismu a pozitivismu podnítila mnohé západoevropské autory k souhrnným studiím o jeho charakteru, resp. k pokusům o vypracování jeho systému, který byl navrženými rozpory značně ohrožen. Tyto studie stavějí do popředí i jiné zásady právně formalistické teorie práva, než které jsme mohli sledovat v nauce o obecném pojetí práva a jeho definici.

Nejvýrazněji se snahy o vymezení celkového charakteru právního pozitivismu projeví v Itálii, popř. ve Francii, navazujícíce přitom na nedávnou iniciativu prof. H. L. A. Harta.⁴⁰⁾ a jeho obšírnou charakteristiku právního pozitivismu v anglosaském právu. Přední teoretik moderního právního pozitivismu N. Bobbio vymezuje právně pozitivistický směr daleko širěji než H. Hart a z hlediska systému, který lépe odpovídá poměrům kontinentální buržoazní nauky, zejména po druhé světové válce: rozumí jím jednak určitý způsob přístupu ke studiu pozitivního práva (způsob, podle něhož se rozlišuje právo jaké je a jaké má být), jednak teorii pozitivního práva s některými více méně konstantními znaky (závaznost práva, imperativismus práva, komplexnost právního řádu, primát zákona před ostatními prameny práva, mechanistická teorie interpretace, neuznání mezer v právu) a konečně určitou ideologii, která v právu spatřuje mravní hodnotu a vyžaduje tudíž mravní povinnost všechny zákony dodržovat.⁴¹⁾

N. Bobbiovi se takto podařilo utřídit složitou strukturu právně pozitivistické nauky a podat nezbytné orientační schéma, jehož stanovení se mnoho ostatních západoevropských autorů z nejrůznějších důvodů vyhýbá. Může tedy být pro nás jistým vodítkem, a to i některými svými úvahami, v nichž se pokouší objasnit širší souvislosti s ostatními tendencemi buržoazní teorie práva, zejména konfrontací právně pozitivistických principů s teorií přirozeného práva a rozborem úlohy právní dogmatiky ve fašistických politických režimech. To nelze říci o ostatních autorech podobného teoretického zaměření jako jsou W. Cesarini Sforza, E. Cammarata aj.

Jak se ještě podrobněji zmíním v další kapitole, Bobbio však tuto svou

⁴⁰⁾ H. L. A. Hart, *Positivism and the separation of Law and Morals*, Harvard Law Review, LXXI, 1958, dále v *The Concept of Law*, Oxford 1961.

Podle něho právní pozitivismus uznává, že a) zákony jsou rozkazy, b) platnost a spravedlnost nejsou nutně spojeny, c) zkoumání právních pojmů musí být odlišeno od právní sociologie a kritiky zákonů, d) systém práva je uzavřeným logickým systémem, do něhož lze zařazovat jen právní rozhodnutí, upravené čistě logickými prostředky a konečně za e) mravní názory nemohou být určovány a obhajovány rozumovými argumenty a důkazy (str. 601—602). V Itálii náleží k takovým studiím také P. Carnelutti, *Bilancio del positivismo giuridico*, Rivista Trim. del Diritto Pubblico, I, 1951; E. Alorio, *La vita del diritto in Italia*, Ius N.S. I, 1950.

⁴¹⁾ Il positivismo giuridico, str. 1—20.

Sul positivismo giuridico, Rivista Int. di fil. del dir. č. 1/1961, str. 18—20.

Comandi e consigli, Rivista del dir. e procedura civile č. 2/1961, str. 385—387.

analýzu teorie právního pozitivismu provádí převážně logickou metodou a takřka vůbec se nezmiňuje o souvislostech sociálně politických. Zůstává proto vcelku stranou ideologických diskusí o krizových jevech dnešního buržoazního práva a nevysvětluje jednotlivé znaky právního pozitivismu vzhledem k vývoji právní praxe a jurisprudence a politickému dosahu základních subjektivních práv. Stejně tak souhrnně nehodnotí možné praktické důsledky odklonu buržoazní praxe od mechanistického výkladu práva k určité tvůrčí úloze soudce, ani ideologické důsledky jednostranné formalistické definice práva ve vědomí společenských tříd. Všestranější rozbor podal až v souvislosti s pojmem ideologie právního pozitivismu.

Nicméně některé rozpory sociálně politické, ideologické a filosofické povahy pronikly v abstraktní formě již do citovaného schématu právního pozitivismu, nebo je prof. Bobbio naznačil při bližším výkladu jednotlivých principů. Svědčí to o tom, že náleží k těm teoretikům, kteří jsou přístupní dosavadní kritice formálně pozitivistické nauky a idejím, všeobecně uznávaným v dnešní buržoazní teorii práva, aniž chtějí upustit od vedoucí role pozitivního práva v právním životě a dodržování zákonnosti.

Hlásí-li se Bobbio např. k názoru, jenž chápe právo jako souhrn normativních fakt zvláštního druhu (na rozdíl od teorií hodnotových), odmítá vlastně etatistickou definici práva, což na jiném místě odůvodňuje tím, že etatismus odpovídal historickému přecenění úlohy státu ve filosofii práva (Hegel) i praxi (v době nově vzniklých buržoazních států a jejich autority, při vydání základních kodifikací, v období zbožnění státu za fašismu apod.).⁴²⁾

Primát legislativy uvádí pouze ve smyslu zásady právní teorie a tím ve skutečnosti sblíží formálně pozitivistickou nauku s právním realismem, který právo (normativní fakta) posuzuje nikoliv podle vzniku, nýbrž podle jejich konkrétní účinnosti. Je též příznačné, že za základ právně pozitivistické teorie považuje ideu závaznosti, imperativismu a primátu legislativy, zatímco ostatní vypočtené znaky jsou, podle jeho názoru, kritizovatelné. Proto také, shodně s některými dalšími autory, problematizuje teorii mechanického výkladu práva, od níž ostatně ustoupil i Kelsen (ovšem v intencích vedoucího postavení legislativy); pozitivistické pojetí mezer a komplexnosti právního řádu doporučuje řešit z hlediska specifických úkolů legis ferendae. Dále novým způsobem zpracovává otázku účinnosti, zejména vztah mezi násilným donu-

⁴²⁾ Il positivismo giuridico, Torino 1961, úvod. Conferenze all' Instituto di Filosofia del diritto dell' Univ. di Roma, Rivista... č. 4/62, str. 528.

Srov. též pojem pozitivistické metody u F. Weyra: „Podle běžné nauky právní není však ‚positivnost‘ pouze vlastností norem, nýbrž značí i vlastnosti určité metody poznávání. ‚Pozitivistickou‘ nazývá se totiž také metoda tehdy, když činí předmětem svého poznávání výlučně normy, působící nebo působivší, neuznávající ostatní vůbec za platné, tj. normativně existentní. Metoda ta je sice jako východisko správná, její odůvodnění však bývá zpravidla nedostatečné, poněvadž vychází z filosofického hlediska, které bylo označeno jako naivní realismus.“ (Teorie práva, 1936, str. 86.)

cením a realizací soukromého práva dobrovolným právním úkonem, rozkazem a doporučením. Modifikuje dokonce i teorii imperativismu tím, že vyzdvihuje význam Kelsenova hypotetického imperativu a myšlenku, že právní norma je příkaz, který se obrací nikoliv k občanu, ale k soudci.⁴³⁾

Vidíme tedy, že nejnovější vývojové změny právního pozitivismu ani jeho systematizace nezužují, nýbrž rozšiřují pojem právního pozitivismu. Vzniká otázka, zda vůbec tuto část dnešní buržoazní nauky lze označovat tradičním termínem právního pozitivismu, aniž se tím dopouštíme určitého anachronismu v pojmosloví. V marxistických studiích o buržoazní teorii práva se někdy mluví o právním neopozitivismu⁴⁴⁾, který ovšem vyvolává nevhodnou představu vzájemného sepětí s mnohoznačným pojmem filosofického neopozitivismu a vyjadřuje spíše zásady realistické (sociologické) než formálně pozitivistické nauky; jindy se jeho nejnovější projevy chápou pouze jako praktická nauka o formálně dogmatické metodě a opomíjí se význam jeho teoretického a ideologického systému.⁴⁵⁾

Podle mého názoru je možné klasifikaci směrů vycházejících tak či onak z právně pozitivistických zásad s úspěchem řešit jen na základě otázky formalismu, který je jediným trvalým měřítkem celkového rozlišení právního pozitivismu a antipozitivistických teorií, popř. přesnějšího konstatování eklekticismu mezi oběma. V dosavadním výkladu jsem se omezoval záměrně na otázky formálně pozitivistické linie, třebaže tento právní formalismus neměl vždy vyhraněný charakter a bylo nutné jej určovat pouze podle relativní převahy jeho specifických příznaků.

Klasifikace buržoazních právních teorií ovšem předpokládá, aby otázka formalismu byla pojata striktněji, než to vyžaduje rozbor právního formalismu v základních sociálně politických a filosofických souvislostech. Upozornila na to již citovaná polská diskuse, když rozeznávala široký pojem právního formalismu, jímž rozuměla každé použití nedialektických metod zkoumání a odtržení jevů právní nadstavby (formy) od ekonomické základny (obsahu), zatímco v právně pozitivistické nauce definovala formalismus pouze jako logické zpracování normativního materiálu.⁴⁶⁾

Pojem právního formalismu nevznikl v buržoazně právní nauce až tehdy, když jej začala používat kritika vedená od dvacátých let tzv. antiformalistickými školami. Před tím i později se část pozitivistické nauky za formalistickou prohlašovala, hlásila se k formalismu jako filosofickému či metodologic-

⁴³⁾ Il positivismo giuridico, kap. IV a VI, dále Rivista... č. 1/1961, str. 30. Dále srov. kapitolu H. Kelsena Vytváření obecných právních norem prostřednictvím soudu. Soudce jako zákonodárce, Reine Rechtslehre, Wien 1960, str. 255—260.

⁴⁴⁾ V. A. Tumanov, Kritika sovremennoj buržoaznoj teorii práva, F. Boura, K filosofickému základu objektivismu a kosmopolitismu v naší právní vědě, str. 44 a dal.

⁴⁵⁾ S. Ehrlich, O metodzie formalno-dogmatycznej, Paň. i pr. č. 3/1955.

⁴⁶⁾ Diskusja o metodzie formalno dogmatycznej, Paň. i pr. č. 4—5 z r. 1955, str. 727—728, 748, 717.

L. Lustacz se zmiňuje o formalismu dogmatickém a pragmatickém, tamtéž, str. 724.

kému východisku (např. pojmem tzv. formální právní filosofie nebo formálně voluntaristickým pojetím práva) a založila zvláštní odvětví formální právní dogmatiky.⁴⁷⁾ Jindy mohlo být formalistické hledisko snadno vyvozeno z takových teoretických principů, jako byla tzv. logika právních konstrukcí, aplikovaná pojmovou pravovědou, idea výlučnosti logického a systematického výkladu práva, logiky uzavřeného systému práva apod., nebo naopak bylo nutno je eliminovat od jiného přístupu k právu, poněvadž buržoazní nauka se často přikláněla k metodologickému pluralismu.

V právně pozitivistické nauce formalismus zřejmě dosáhl pokročilejšího stupně než v sociologických, psychologických a jiných teoriích práva, poněvadž současně zaujal k právu dogmatický postoj, spočívající v neomezené víře v pozitivní právo, tj. již jeho základní filosofické východisko představovalo a priori odtržení práva od reálných společenských vztahů. Dogmatický předpoklad tu nahrazoval filosofickou argumentaci formalistické nauky, překonával hlavní rozpory, které do pozitivního práva vnášel společenský vývoj, a dával právu pocit společenské stability. Ve skutečnosti jen díky dogmatismu mohlo vlastní zkoumání práva probíhat výhradně v mezích logické kategorie formy a obsahu pozitivního práva, či dokonce forem právního myšlení, jak o to usilovala normativní škola; jiné směry postulují zkoumat právo v širších sociálních souvislostech a teprve konkrétním pojetím sociálního obsahu práva, jeho podmínek, právního vztahu, právního vědomí atd. jednostranně přeceňují formální jevové znaky na úkor ekonomickopolitického, třídního obsahu práva.

Bylo by tedy mylné se domnívat, že teorie právního pozitivismu byla pouhou logikou právních konstrukcí (forem). Ani tento vyšší stupeň právního formalismu neunikl řešení objektivního vztahu formy a obsahu mimo rámec pozitivního práva, tj. neubráníl se problémům právní filosofie, ideologickým otázkám apod., jak to ostatně přiznává buržoazní nauka. Naléhavost otázky společenského obsahu práva donutila pozitivistickou nauku vybudovat celý systém apriorních, dogmatických předpokladů, který by konzervoval právní formu v aktuálních sociálních poměrech i v průběhu historického vývoje. Je obsažen nejen v obecné koncepci (definici) práva, nýbrž také v jednotlivých principech právního pozitivismu, např. v předpokladu závaznosti, sankce, komplexnosti právního řádu, subjektivních práv a tzv. vědeckých hypotézách, jak o nich mluví normativci v souvislosti s ideou základní normy nebo primátu mezinárodního práva před právem vnitrostátním.⁴⁸⁾

⁴⁷⁾ Např. Kelsen, *Juristische Formalismus und reine Rechtslehre* — *Juristische Wochenschrift*, sv. 58, 1929, nebo v *Časopisu pro práv. a stát. vědu*, XII, 1929.

⁴⁸⁾ L. Pitamic, v čl. *Die Frage der Rechtlichen Grundnorm* (Festschrift — A. Verdross, Wien 1959, str. 208) např. píše: „Zmíněná teorie (základní normy — pozn. aut.) má význam i pro objasnění učení o státních formách. Z poznatku, že akty státních úřadů, jakož i všechny soukromé právní úkony, na jedné straně jsou použitím právních norem vyššího stupně a na druhé straně výrobkem z právních norem nižšího stupně, Kelsen správně vyvozuje, že státní forma není poznatelná jen z příslušného ústavního zákona, který určuje akt uskutečnění všeobecných norem, tj. zákonů.“

Tedy i normativní teorie se nezřekla dogmatismu jako takového, i když tradiční pozitivistickou nauku kritizovala za metafyziku a své dogmatické stanovisko odůvodňovala jiným způsobem, noetickou koncepcí subjektivních forem právního myšlení a tzv. dualismem světa normativního a kausálního.

Specifickým odrazem vztahu mezi logickou formou právních norem a jejich společenským obsahem jsou obecné právní pojmy a instituty, které buď přímo vytváří legislativa (v obecné části kodexů atd.) nebo právní nauka. Nedosahují sice tak vysokého stupně abstrakce reálných společenských vztahů jako základní východisko dogmatismu, avšak náleží rovněž k předpokladům, které jsou dány logickému zpracování normativního materiálu konec konců předem, právní logika k nim přistupuje jako k daným pojmům nebo premisám.⁴⁹⁾

Tento charakter mají i přesto, že jej pozitivistická nauka popírá a původ těchto obecných pojmů a institutů vysvětluje výhradně na podkladě logické dedukce z norem pozitivního práva, které samy o sobě představují jen logický, myšlenkový odraz skutečných společenských vztahů. Víra v neomezenou noetickou autoritu pozitivního práva vcelku se nyní upíná především k jednotlivým zvláštním skupinám právních norem a je proto vystavena, třebaže především prostřednictvím logického textu právních norem, konfrontaci s reálnými společenskými procesy, které zahrnuje aplikační činnost státních orgánů a společenská praxe vůbec. Zřídka kdy buržoazní právní dogmatika mohla také provádět čistou dedukci z logické formy normativních soudů, zvláště byl-li příslušný právní jev odrazem vnitřních rozporů, logicky nezvládnutelných. Při bližším vymezení jednotlivých pojmů a institutů se tudíž objevují i prvky, které nebyly odvozeny z textu pozitivního práva, nýbrž ze skutečností ležících mimo právo, a zároveň se buržoazní nauka uchyluje ke konkrétnějším apriorním předpokladům (např. v civilistických a trestněprávních pojmech, jako je subjektivní právo, resp. právní subjektivita, právnická osoba, vlastnictví, vina, trest, polehčující či přitěžující okolnosti, dále v pojmech spjatých bezprostředně s aplikací práva apod.).

Buržoazní dogmatika se neubránila řešení otázky sociálního obsahu práva tím spíše, jakmile v novějším období vyvstala objektivní nutnost změny některých právních předpisů, nebo dokonce celých kodifikací a její logické konstrukce a pojmosloví počaly být ovlivňovány hlediskem *de lege ferenda*. Kromě toho běžně používá filosofických kategorií, které se vymykají prostředkům formální logiky, např. kategorie času, prostoru atd. Výlučně logický smysl, jaký přikládají pojmům právní dogmatiky buržoazní autoři, je tedy znáčně zkreslený n vyjádřením metody formalistického právního pozitivismu.

Již realisticky posuzuje tuto otázku např. český buržoazní právní filosof B. Tomsa. Právní dogmatikou rozumí „soustavné poznávání obsahu právních

⁴⁹⁾ O rozlišení logických operací a základních právních pojmů a institucí viz např. H. L., J. Mazeaud, *Leçons de droit civil*, Presses univ., Paris 1955, kap. I., II.

norem a jeho systematickou rekonstrukci“ a vzápětí dodává, že „ani nejúzkostlivější snaha o objektivní reprodukci právních norem nebývá ušetřena subjektivních vlivů“ a dále: „Politické a ideologické živly tlačí se tu nezadržitelně bez, ba i proti naší vůli, do procesu poznávání zvláště proto, že při právu jde o předmět, na nějž jsme nejen teoreticky, ale i prakticky přímo živelně zainteresováni. Právní dogmatika, jaká vskutku jest, nevznáší se ve vzduchoprázdném prostoru, ale podléhá myšlenkovým a sociálním proudům a přizpůsobuje jim instinktivně své poznatky“.⁵⁰⁾

Normativní škola si velmi dobře uvědomovala nebezpečí této „obsahové infiltrace“ právní vědy, proto rozdíl mezi právem a mimoprávní realitou chápala nikoliv formálně dogmaticky, ale noeticky, jako otázku speciálních forem poznání a myšlení, které přesně utřídí tzv. jevy normativní a kausální. Odtud pramení též snaha vyloučit tzv. praktické normativní soudy z čistého, vědeckého zkoumání práva a vyhnout se konstruování obsahových právních pojmů. Toto extrémní matematizující stanovisko se však rovněž neobešlo, jak již řečeno, bez základní dogmatické hypotézy o původu a platnosti pozitivního práva.

*

Čistotu formálně logického zpracování normativního materiálu však porušuje nejen povaha zmíněných pojmů a předpokladů právní dogmatiky, nýbrž i specifická stavba normativně právních vět a manipulace s nimi při budování logické vazby mezi právními normami navzájem (vztah právních norem vyšší a nižší právní síly, který je příznačný pro normativní řád právní atd.).

Pojetí formální logiky jako vrcholné metody tvorby, interpretace a poznání práva mělo v právním pozitivismu vždy jen charakter postulátu, a to i vzhledem k možnostem, jež poskytovala vlastní aplikace logiky při rozboru a hodnocení právních norem a jejich systému; zcela zákonitě se proto rozvíjí diskuse o otázce zvláštní, právní (nebo také normativní) logiky, logiky normativního, resp. teleologického myšlení⁵¹⁾ a v posledních desetiletích snaha určité části buržoazní právní nauky po využití symbolické logiky.⁵²⁾

⁵⁰⁾ Nauka o právních vědách, Praha 1946, str. 60 a 66.
Podobných problémů se dotýká i E. Cammarata v knize *Limiti fra formalismo e dogmatika*, Roma 1936.

⁵¹⁾ G. Bonnacase, *L'école de l'exegèse en droit civil*, Paris, 1924. G. Grua, *Jurisprudence universelle et Théodocée selon Leibniz*, Paris 1953.

U. Klug, *Juristische Logik*, Berlin-Göttingen, Heidelberg, 1951.

Další práce z oboru právní logiky viz v obsáhlém seznamu, pořízeném A. G. Contem, *Bibliografia di logica giuridica*, Rivista int. di fil. del diritto, 1961, sv. 1.

U nás např. K. Engliš, *Hospodářská teleologie*, Brno 1930. Vl. Tardy, *Teleologie lidského chování*, Praha 1934.

⁵²⁾ Vedle prací vydaných v USA, kde studium symbolické a matematické logiky dosáhlo nejvyšší úrovně (srov. jeden z prvních článků Miriam Ronney, *Law and the new Logic*, *Proceedings of the Amer. Catholic Philosophical Ass.*, XVI, 1941). V západní Evropě V. Giorgianni, *Logica matematica e logica giuridica*, *Rivista di fil.*... 1953, sv. 3.
T. Vieweg, *Topik und Jurisprudenz*, München, 1953 aj.

Skepse antiformalistických směrů k možnostem logické metody v právu vychází mimo jiné z objektivně daných potíží, s nimiž se formálně pozitivistická koncepce při aplikaci logiky setkají, tj. z vnitřních problémů tzv. právní logiky.⁵³⁾

Běžná pozitivistická aplikace formální logiky, s výjimkou určitých tendencí v normativní škole, ovšem nikdy nevyústila ve filosofický logicismus, koncipovaný H. Cohenem, či v pojetí soudobého logického neopozitivismu; právní pozitivismus se pomocí dogmatického předpokladu platnosti pozitivního práva pokusil obejít gnoseologické a ontologické aspekty právní logiky a lokalisoval logické prostředky v analýze formální (syntaktické) struktury normativních vět, resp. norem a o důkazech o logické správnosti jejich vztahů, zejména z hlediska vztahů důsledkových. Opíral se při tom o pozitivisticky orientované práce z oboru tzv. právní logiky, které vylučují odpovědnost za obsahovou stránku myšlení, zejména za správnost obsahu obecných právních pojmů (premis) a ekvivalentnost zjištěných logických vztahů reálnému společenskému jednání.

Zdánlivě opačný proces absolutizace logických operací, jenž postupoval souběžně s procesem přecenění právní formy, tomuto zúžení sféry formální logiky v právu neodporoval, naopak je předpokládal. Avšak ani tím nemohly být odstraněny obtíže výhradně logického zpracování normativního materiálu, poněvadž byly vyvolány především objektivním sociálním kontextem práva, daným realizací a tvorbou práva, při níž dochází ke smíšení logických a mimologických prvků: právo jako určitá myšlenková forma a současně určitý objektivizovaný jev organizace lidského, společenského jednání.

Formální logika by sice mohla, pokud je sama o sobě s to setrvat v krajním formalismu, eliminovat popř. ignorovat sféru, vymykající se možnostem vlastního logického zkoumání, avšak značně by tím oslabilu svou roli při zkoumání práva, neboť by ztratila možnost podílet se na zpracování normativního materiálu vcelku, tj. též z hlediska praktických cílů právní nauky a aplikace práva. Buržoazní právní nauka nepřistoupila na takové řešení, sdílené mnohými odborníky v oboru právní logiky a předcházela jeho důsledkům tím, že i směry, u nichž formalistická metoda vrcholila, překročily omezené hranice formální logiky a připustily její splývání s jinými metodami zkoumání práva.

V právní logice se tedy objevují problémy, jež vznikají ze skutečností, působících na formální, textovou stránku práva zvenčí. Plynou z ustavičného společenského ověřování, zjištěných logicko právních vztahů při tvorbě a realizaci práva, psychologickém ovlivnění právního vědomí společnosti atd.

Mimologický charakter mají, jak se konstatuje ve vědecké literatuře o obecné

⁵³⁾ E. Ehrlich, *Die Juristische Logik*, Tübingen, 1919.

A. Ross, *Imperatives and Logic*, *Theoria*, vol. VII, Lund 1941.

Ch. Perelman, *Logique formelle, logique juridique* v *Logique et Analyse*, III, 1960.

logice, již předpoklady logické analýzy.⁵⁴⁾ Při užití formální logiky v právu vystupuje tato okolnost zvláště do popředí, neboť, jak již řečeno, vysoká abstrakce společenských vztahů v právních normách, jejich složitý systém, vedly k vytvoření množství obecných pojmů a zásad jakožto předpokladů logickoprávní analýzy, které byly výtvozem nejen právní nauky, ale přímo též legislativy a které takto svým obsahem nutně představovaly styčnou hranici s volným a sociologickým procesem lidského jednání, upraveného právem.⁵⁵⁾

Základna předpokladů logické úvahy v právu se navíc ve specifické formě rozšiřuje tím, že právní normy v sobě vesměs obsahují hypotetické věty, koncipované v normativismu dokonce jako pojmový znak práva. Povahu nepochybných axiomat mají též zásady, obsažené v ústavách, kodifikacích a jiných normativních aktech nejvyšší právní síly,⁵⁶⁾ nebo v základních právních obětech.

Pozitivistická pojmová jurisprudence a dogmatika se na jedné straně (z filosofických a ideologických důvodů) chovala k těmto předpokladům, stejně jako k objektu logického rozboru, tj. právním normám, formálně dogmaticky, popř. se klonila k obsahovému konvencionalismu, avšak na druhé straně si jakožto nauka s praktickým dosahem nemohla dovolit logické operace bez nároku na obsahovou, faktickou správnost, takže v nutných případech nepřímou korigovala logické závěry pomocí prvků mimologických.⁵⁷⁾ Nedosáhla tedy stejné logické úrovně jako moderní právní semantismus, který otázku právně logických předpokladů, zejména pojmů a zásad, založil na maximálním terminologickém zdokonalení, i když nelze nevidět, že právní semantismus je svým pojetím logickoterminologického původu společenských rozporů jistou filosofií právní logiky a užití mimologických prostředků kompenzuje aplikací symbolické logiky.⁵⁸⁾

Z hlediska intenzity prolínání logických a mimologických prvků je nezbytné, podle mého názoru, rozlišovat tři hlavní oblasti poznání, resp. výkladu prá-

⁵⁴⁾ M. Moritz, *Der Praktische Syllogismus und das Juristische Denken*, Theoria XX., 1954, str. 80 a další;

u nás O. Weinberger, *Studie k logice normativních vět*, Rozpravy ČSAV, 1960, str. 34; dále Z. Ziemiński, *Logika praktyczna*, Poznań, 1960, str. 121 a dal.

⁵⁵⁾ V právní dogmatice (jurisprudenci) je často nemožné rozlišit pojmy, zásady a axiomata, daná přímo normami, tj. legislativou a odvozená dedukcí z právních norem, k nimž dospěla právní nauka. Jinak je nezbytné při zkoumání logiky v právu rozlišovat vědu o normách a analýzu normativních vět, chceme-li zjistit, kam až sahají možnosti poznání a hodnocení práva pomocí logiky.

O analogickém problému se zmiňuje B. Wroblewski v článku *Język prawny a prawniczy*, Krakov 1948, kde požaduje rozlišovat jazyk obsažený v právu a jazyk právní vědy. Podobně J. Wroblewski, *Państwo i prawo* č. 1, 1958.

⁵⁶⁾ K této otázce srov. J. Kalinowski, *Zagadnienie aksjomatizacji nauki prawa*, *Roczniki nauk społecznych*, I. 1949, str. 29—46.

⁵⁷⁾ J. Wroblewski ukazuje, že v procesu aplikace práva splétají se operace logické (sylogistické) a akty hodnocení (*O sylogizmie prawniczym*, Krakov 1959).

⁵⁸⁾ Tuto roli semantické analýzy zdůraznil, jak známo, především L. Wittgenstein (*Tractatus Logico-philosophicus*, London 1933, str. 50—80), B. Russell aj. Srov. též A. Schaff, *Wstęp do semantiki*, Warszawa 1960.

va: a) oblast logických a jiných vztahů mezi právními normami navzájem, zejména mezi právními normami a normativními akty vyšší a nižší právní síly.

Usilovným zkoumáním těchto vztahů (např. ve zmíněné teorii komplexnosti právního řádu) chtěla formálně pozitivistická nauka vybudovat vnitřní souladnost v systému práva, popř. jednotlivých odvětví práva, jednak z hlediska praktické potřeby jejich kodifikace či novelizace a jednak ovšem z důvodů ideologických, které ji nutily ke shromažďování důkazů o stabilitě a tzv. imanentnosti buržoazního pozitivního práva.

Domnívám se, že vztahy mezi právními normami navzájem se nemohou vyčerpávat jak uvádějí mnozí právní logikové, logickými kategoriemi vyplývání, resp. důsledkovými podmíněnými logickými vztahy, kategorií hypotézy a dispozice, analogie apod. a tedy ani výrokovou částí moderní logiky. Vyznačují se zároveň mimologickými vlastnostmi danými kategorií jejich platnosti a právní síly, jež vznikají aktem vydání právních norem a jsou stanoveny ústavními zákony nebo právní praxí, tj. potvrzeny kompetentními státními orgány při rozhodování individuálních případů (jde-li o precedenční a obyčejové právo); v každém systému práva se uplatňuje, kromě obsahového rozvrstvení právních pravidel, třídící kritérium struktury státních orgánů s normotvornou, popř. aplikační pravomocí, takže logická podřazenost určitého okruhu právních norem jiným právním normám může všude tam, kde je uznávána suverenita zákona a princip odvozenosti tzv. nižších norem, tvořit pouhou paralelu onoho mocenského rozvrstvení státních orgánů. Jako se stává právně nicotným logický vztah mezi právními normami, z nichž alespoň jedna je neplatná, tak logické rozpory v právním řádu nemohou vyloučit ani z části platnost některých právních norem a dospívají až k rozporné aplikaci práva, jež často vyjadřuje rozpory mocenskopolitické. Z tohoto hlediska je třeba pohlížet na všechny dosavadní koncepce derogování v právu (např. na princip *lex posterior derogat priori*, zákona v materiálním a formálním smyslu, dále na anglosaské pojetí *common law* apod.), tedy na ty, které ve skutečnosti existenci důsledné hierarchie právního řádu popírají a používají jen omezených logických prostředků v horizontálním smyslu, popř. je kombinují s některými vztahy vertikálními.

Není-li ovšem hierarchičnost právního řádu uznávána jako vedoucí zásada, pak se praktické hledisko aplikujících orgánů uplatňuje mnohem intenzivněji než tehdy, je-li závazné, díky momentu právní síly, též logické hledisko vyplývání, resp. vztahů důsledkových.⁵⁹⁾

Není proto divu, že normativní teorie práva přejímá v dvacátých letech tak nadšeně Merklovo učení o hierarchii právního řádu, poněvadž chtěla nejen dodat právu sevřenější vnitřní logickou strukturu, nýbrž současně je

⁵⁹⁾ Srov. G. Husserl, *Rechtskraft und Rechtsgeltung*, Berlin 1925, díl I, odd. 1.

uvést do souladu s gnoseologickým, dogmatickým předpokladem platnosti práva, i když jeho sociologickou stránku vědomě opomíjela. Tento stupňovitý charakter vztahů mezi právními normami značně podpořil dřívější názor normativců, že vztahy uvnitř právního řádu jsou vztahy normativními, nikoliv pouhými logickými realcemi, stejně jako filosofickou konstrukci jediného ohniska právního řádu, jímž je tzv. základní norma, náležející rovněž k mimologickým předpokladům právního myšlení.

Normativistickou tezi o všeobecném hypotetickém charakteru právních norem lze stěží aplikovat na vztah norem vyšší a nižší právní síly, poněvadž zřejmě zahrnuje vztahy normy a její aplikace (tzv. hypotetickou aplikaci). Nižší normou se sice splňuje podmínka normy vyšší, avšak pouze ve smyslu aplikace normotvorné povinnosti nižšího orgánu. Ani zde by nebylo správné tedy přehlížet některé objektivní prvky normativistického pojmu delegace nižšího normotvorného subjektu vyšším.⁶⁰⁾ Jak uvádí Kelsen „... v jednom takovém případě se mluví o delegaci a jednota, v níž je vyšší řád spjat s nižšími, má charakter delegační závislosti.“⁶¹⁾

Jiné směry formálně pozitivistické nauky jsou objektivně nuceny rozpracovat pojem právní síly, jehož použití nabývá zvláštního významu v teorii právních pramenů atd.

Pokud se normativcům a jiným formálně pozitivistickým teoretikům vytýká, že konstruují zmíněné normativní vztahy, kategorii platnosti apod. jako jakousi nadstavbu nad vztahy právně logickými, nedoceňuje se určitý objektivní základ těchto názorů. Na druhé straně odmítavé kritiky zasluhuje u normativců vyzdvižení filosofického pojetí tzv. normativity.⁶²⁾

⁶⁰⁾ Srov. Weyr, cit. d. str. 44

⁶¹⁾ Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 1960, str. 332.

⁶²⁾ K jistému přecenění formální logiky v právu dospěl v marxistické literatuře i O. Weinberger v polemickém článku nazvaném *Logika normativních vět nebo normativní teorie*. (*Filosofický časopis* č. 1, 1959, str. 91—97.) Weinberger, podle mého názoru, správně kritizuje dr. Rosenbauma, pokud jeho pojem „normativity“ (normativní věty, normativní vztahy mezi normami navzájem atd.) vyřazuje aplikaci formální logiky jako takové na právo a znemožňuje jasně eliminovat při vědecké analýze logické a mimologické prvky práva. Sám též připouští, že „lze zkoumat platnost a vhodnost norem“, a dodává, že „ostatně i zkoumání platnosti a vhodnosti norem se opírá o určité logické vztahy“. Avšak ze způsobu, jakým Weinberger shromažďuje argumenty o zřejmé existenci logických souvislostí mezi normami (zejména na str. 94, když zkoumá vztah vyšší a nižší normy a otázku delegace), vyplývá, že považuje tyto logické souvislosti za samostatnou sféru, aniž objasňuje váhu mimologických prvků v normativních souborech, popř. podřazenost logických souvislostí těmto prvkům.

Ačkoliv nepokládá na jiném místě platnost právních norem za logickou kategorii a přiznává, že jednotlivá navržená kritéria hierarchického postavení norem se v některých případech kříží, přece, podle mého názoru, ne zcela odůvodněně uvádí platnost do závislosti na logickém vztahu důsledkovém, resp. vyplývání tím, když tvrdí, že „vycházíme-li z odvozené normy (nižší), pak je důvodem její platnosti vyšší norma — a což se někdy zapomíná — skutečnost (resp. zjištění) splnění podmínky vyšší normy“ (str. 94). Podobně v otázce delegace pouze konstatuje, že „se opírá o logickou souvislost, a to souvislost obsahovou mezi delegačním rámcem a delegovanou normou a o vztah důsledkový, ježto důvodem platnosti delegátem ustanovené normy je vztah k hypotetické normě“ (tamtéž). Takový metodologický postup vede, přes snahu autora kritizovat recidivy normativní teorie, k nepostažujícímu vysvětlení vztahu formální logiky a filosofických a ideologických souvislostí v právu.

Formální logika v sobě nemůže tedy postihnout všechny prvky práva a jeho vnitřní struktury, právo ji maximálně využívá, avšak zároveň podléhá rozsáhlému sociologickému ověřování svého obsahu a podřizuje se do jisté míry jakési „logice politiky“ či „empirické logice“. Při tom se právní nauka stále vrací k otázce specifické vnitřní stavby jednotlivých norem, jakožto logických soudů. Usilovné pokusy vymezit v právu sféru rozumu a vůle a jejich vnější projev v logickém znění normy měly často velmi protichůdné důsledky, oslabovaly i uchovávaly důležitý význam logiky v právu. Obecná teorie práva, jež musela reagovat na všechny existující, nikoliv jen logické souvislosti práva, buď nahrazovala základní logicistickou koncepci filosofickým, resp. metodologickým pojmem struktury právní normy, pojmem měti popř. normativity či povinnosti v normativní teorii, nebo se řídila praktickým hlediskem používání práva k určitému účelu, např. v teorii imperativismu, jež logický základ práva dogmaticky předpokládalo.⁶³⁾

Zastánci volního pojetí právní normy doplňují poslední tendenci tím, že vytvářejí pojem tzv. odpsychologizované vůle, jejímž vnějším projevem je logická struktura normy. Zpravidla pak jsou nuceni při analýze logicky projevené vůle v normách překročit hranice kategorie logického soudu, neboť tato volní podstata práva současně vyúsťuje stanovením určitého cíle (tj. tendence zkoumající teleologické myšlení).⁶⁴⁾

I marxistické právní vědě se dosud nepodařilo plně překonat určité prakticko-analytické pojetí právní normy, jestliže zatím důkladněji neřešila vztah logické stránky právní normy a jejího volního, ideologického obsahu stejně jako vztah logickoprávní stránky a činnosti státu při vydávání, aplikaci a mocenském zabezpečení práva vůbec. Do nedávné doby se, jak známo, soustředila především na otázky ideologického obsahu práva. Proto také, byla-li zkoumána otázka volního obsahu jednotlivé normy nebo individuální vůle subjektu práva, tedy nikoliv vzhledem k abstraktnímu, logickému vyjádření

⁶³⁾ „Na základě rozboru popíráme, že by norma jako dílo, že něco má být, byla obdobným logickým soudem jako výrok typu, že něco jest, není to soud, je to defektní, a proto velmi neurčitý kus soudu. Naproti tomu prohlašujeme, že právo jako výrok, že někdo chce, jako výrok, že jest svrchovaná vůle, je logickým soudem, jako jiné výroky typů, že „něco jest“... „Rozhoduje jediná vlastnost vůle: její svrchovanost vzhledem k jiné vůli. A to není přirozená vlastnost psychologického rázu, nýbrž vztahová kvalita povahy logické“ (V. Čermák, O podstatě práva, 1940, str. 280).

Polský marxistický teoretik J. Lang správně ukazuje, že „realita normy právní není jen její struktura, stejnou měrou je to problém závaznosti. Tento problém podobně jako logická struktura normy náleží k obecné tématice teorie práva“.

(J. Lang, *Obowiazywanie prawa*, Warz. 1962.) Též V. Tardy, *Teleologie*, str. 38: „od předmětných stavů duševních přejdeme k soudům oznamovacím, které je vyjadřují (osoba X soudí, že A jest, osoba X chce A...)“.

⁶⁴⁾ Citovaný V. Čermák pak konstatuje, že „k podstatě práva náleží, že soud o svrchované vůli po cizím chování se oznamuje nějakým znamením v té intenci, aby tvrzené vůle bylo poslechnuto, aby podle ní bylo jednáno. Kde takové intence není, nejde o imperativ práva a povinnosti, byť jinak všechny znaky byly dány. Tímto vymezením se dostáváme arci za hranice běžné logiky, neboť logika činí svým předmětem soudy, aniž zkoumá jaké jest jejich určení“ (Tamtéž, str. 297—8.)

v právní normě, nýbrž k obecné vůli vládnoucí třídy, vyjádřené v právu. Až v posledních letech pokročili ve studiu této otázky polští autoři J. Lang, J. Smialowski a A. Delorme.⁶⁵⁾

Práce o významu dialektiky při výkladu práva, jakož i nejnovější pojetí tzv. teleologických právních norem, se stále dotýkají zmíněné otázky jen okrajově.⁶⁶⁾

Sovětský autor S. A. Golunskij zajisté odůvodněně, vzhledem k některým novým jevům v socialistickém právu postuluje, aby socialistická právní věda „nezůstala stranou zrychlujícího se společenského rozvoje, vymanila se z obvyklých, čistě logických konstrukcí a využívala daná fakta z oblasti ekonomiky, organizace hospodářství, pedagogiky atp.“ Bude také patrně typické pro socialistické právo, že „... normy práva se nevyčerpávají abstraktními příklady, zákazy a povoleními, ale zahrnují v sobě i mnoho jiného, zejména stanovení určitých cílů a cest jejich realizace“.⁶⁷⁾

Není však, podle mého názoru, pro socialistické právo příznačné, že socialistická legislativa a právní věda nestanoví přesné hranice mezi logickou stránkou normy a dalšími prvky. Jinak by se socialistická společnost postupně zbavila možnosti využít specifika právních norem, jež představuje přesná forma regulujícího pravidla chování, která ještě po dlouhou dobu bude vymezovat sféru působení jednotlivce a společenských vrstev jakož i státních orgánů, na něž se vztahuje určitá autorita organizace socialistické společnosti.

b) Další obtíže nutně vznikají při analýze práva srovnáním abstraktní, obecné právní normy a faktických procesů jednání lidí ve společnosti, tj. v procesu aplikace a realizace práva. Složitých konstrukcí právní logiky, např. o hypotetických soudech normativních vět, negaci v normativních soudech, slučitelnosti apod. tu pozitivistické teoretické práce používají k praktickým cílům jurisprudence, jež se spatřují v tzv. individualizaci a konkretizaci právních norem.

V této fázi ovšem dochází ke srovnávání vztahů jednak regionálního a jednak volního a materiálního charakteru, neboť abstraktně pojaté právní normy jsou konfrontovány s reálným jednáním lidí a jinými přírodními procesy, třebaže tyto reálné procesy částečně nabývají logického vyjádření (v logicky vyjádřených právních úkonech apod.). Takový postup, o nějž se pak opírá

⁶⁵⁾ Viz např. J. Lang, J. Smialowski a A. Delorme, *Zagadnienia nauki o normie prawnej*, Warszawa 1961.

⁶⁶⁾ Srov. J. Boguszak, *K otázce druhů interpretace norem platného čl. práva*, AUC, Iuridica II, 1957.

S. A. Golunskij, *K voprosu o ponjatii pravovoj normy v teorii socialističeskogo prava*, Sov. Gos. Prawo, č. 4, 1961.

Jinak je třeba rozumět teleologickému pojetí Englišovu, poněvadž současně rozšiřuje význam účelu norem o noetické hledisko, vycházející z novokantovské filosofie. (Srov. K. Engliš, *Hospodářská teleologie*, 1930).

⁶⁷⁾ Golunskij, cit. čl. str. 33 a 26.

Pozornost zasluhuje též úvaha V. Knappa o kause a cíli právního úkonu ve studii *O důvodu vzniku závazků a jejich kause*, Stát a právo IV, 1957, str. 44—48.

interpretace práva, nemůže setrvat pouze ve sféře logické úvahy, nýbrž přechází k semantické a nejširší obsahové analýze, která předpokládá zmíněné srovnání ekvivalentních obsahů právních norem a skutečných vztahů mezi lidmi, počítá s verifikací těchto obsahů, zkoumá úlohu právního vědomí aplikujících orgánů atd.

Pokud formálně pozitivistická nauka po dlouhou dobu dogmaticky koncipovala nadřazenost logické stránky, zbavovala se možnosti účinněji se bránit názorům, jež při aplikaci práva chtěly respektovat některé historické, sociální a jiné souvislosti a doplňovaly logickou analýzu práva filosofickým hlediskem spravedlnosti, zájmové nebo též psychologické orientace příslušných právních rozhodnutí.⁶⁸⁾ I když valná část těchto názorů na aplikaci práva má zároveň ideologickou povahu a sleduje určité politické cíle, nelze nevidět, že odpor k matematizaci práva cestou absolutizujícího pojetí možnosti právní logiky má objektivní důvod, který v marxistické teorii práva nachází odezvu v neformalistickém pojmu práva a v koncepci dialektické metody výkladu práva.

c) Zvláštní sférou právní logiky je zajisté i právní vědomí a právní politika jakožto prameny práva, jež logikové nazývají zdůvodněním normativních vět (právních norem). Protože právo tu teprve nabývá přesné logické formy, může toto zdůvodnění práva být logikou zkoumáno jen ve velmi omezeném měřítku.⁶⁹⁾ Ostatně formálně pozitivistická nauka je z pochopitelných důvodů

⁶⁸⁾ Srov. okruh otázek, jimiž se zabývají práce o výkladu práva: F. Gény, *Méthodes d'interprétation et sources du droit positif*, 1919, 1932 II. část str. 61—203; Bonnecase, *L'école de l'exégèse en droit civil*, Paris 1924; Kelsen, *Zur Theorie der Interpretation*, *Int. Zeitschrift für Theorie des Rechts*, 8 sv., 1934 aj.

Příznačný je postoj zastávce pozitivistické zájmové teorie A. Burdy: „...na konkrétní skutkový děj mohla právní norma ve své abstraktní stylizaci mysliti jen do budoucnosti a jen v povšechných rysech, aniž mohla míti na zřeteli přesný jeho průběh... hranice mezi aplikací a interpretací není aspoň v tomto směru nikterak tak jasná a nepochybná a zde nejde o dva odlišné a na sobě nezávislé myšlenkové postupy, nýbrž o jediný konstruktivní myšlenkový pochod“ (Existenciální a normativní povaha právního myšlení, Praha 1947, str. 221). V. Giorgiani ve své knize *Neopositivismo e scienza del diritto*, Roma 1956 (viz též recenze J. Wroblewského v Paň. i pr. č. 7, 1959) ukazuje, že právní myšlení není pouhou představou toho, co je obsaženo ve slovech, jeho logikodeduktivním rozvinutím, nýbrž je proniknuto elementy, které se nedají zformulovat a axiomatizovat (str. 323), stejně jako zdůrazňuje v právním myšlení kritérium správnosti, popisnou a normativní metodu výkladu práva, a rozlišuje důsledně platnost logickou a právní (str. 224). Svě závěry o postavení logiky spojuje, jak se zdá, s formalistickou větví hodnotové teorie, jejíž filosofické a ideologické základy jsou vědecky nepřijatelné.

Srov. dále čl. mexického teoretika L. Recansense Sichese, *Rivoluzione teorica e pratica nell'interpretation del diritto* v ital. časop. *Rivista internac...* IV/1962, i když jeho východisko nelze již považovat za pozitivistické. Obhajuje pojetí tzv. *logos* neboli „rozumnou logiku“, zatímco pojmovou jurisprudenci považuje za chybnou a nespravedlivou teorii interpretace práva (důvodovou logiku na rozdíl od racionální) — strana 432.

Viz též J. Wroblewski, *Zagadnienia teorii wykladni prawa ludowego*, W. 1959; *Język prawny a dogmatyka prawa*, Paň. i pr. č. 1/1958, str. 68; F. Studnicki, *O dogmatyce prawa*, Paň. i pr. č. 7—8/1957.

⁶⁹⁾ O možnostech logiky tzv. zdůvodnění normativních vět viz podrobněji O. Weinberger, *Studie k logice normativních vět*, str. 33—44, zejména také část nazv. *Poznámky k Schreierovu učení o „možném právu“*. (str. 41)

opomíjela, takže se stalo předmětem především filosofie práva, zanedbávající formální hledisko.⁷⁰⁾

3. *Formalizace metodologických a ideologických souvislostí v právu a dělení právních věd.*

Ukazuje se tedy, že důsledný právní formalismus zůstal v právně pozitivistické nauce pouhým postulátem; byl aplikován jen jako jedno z hledisek způsobů přístupu ke studiu pozitivního práva, které ve stejné sféře nauky o právu vylučovalo jiná hlediska, např. sociologické, hodnotící atd., avšak současně absorbuje i prvky šířeji založené metodologie práva, poněvadž zpravidla tvoří součást obecnějšího metodologického postoje teorie práva. V pozitivistické teorii práva byl takový paralelní ústup od krajního formalismu zajisté velmi relativní, neboť nikdy nevybočil z mezí etatistického a dogmatického pojetí práva. Proto také formálně pozitivistické koncepte buržoazní teorie práva a právní praxe (s níž je spojovala prakticisticky zaměřená jurisprudence) se mohly tak velkou měrou podílet na přeměnách liberalistického pojmu práva v podmínkách soudobých buržoazních států; mimo jiné právě určitá metodologická konfusnost formalistických směrů umožnila jejich intenzivní působení i dnes, kdy buržoazní právní praxe usiluje o pružné sepectí zásady závaznosti pozitivního práva s jeho nezávazností či subsidiárním charakterem (vzhledem k tzv. soudcovskému právu apod.).

Z rozboru pojmu právního formalismu si lze též vysvětlit, proč někteří západoevropští autoři nepřipouštějí ztotožňování právního formalismu a právního pozitivismu nebo doporučují termínu právního pozitivismu neužívat a mluví pouze o formalistických teoriích práva.⁷¹⁾

Citovaný N. Bobbio uvádí, že „v nejobecnějším a nejvíce užívaném smyslu je právní pozitivismus konceptem práva s polemickým zaměřením proti právu přirozenému; právní formalismus představuje pouze způsob nebo souhrn způsobů, jak chápat a studovat pozitivní právo, určitou perspektivu pozitivního práva“. Dovozuje, že tedy „právní formalismus zahrnuje užší oblast než pozitivismus; oblast, která je v něm celá nebo téměř celá obsažená“.⁷²⁾

Toto rozlišení zřejmě vychází z jiných kritérií, než které se upínají na

⁷⁰⁾ V naší buržoazní nauce např. J. Kallab dospěl k teorii tzv. praktických soudů a intuitivní metody v právu (čl. Několik poznámek k Weyerovu spisu *Teorie práva*, *Časopis pro práv. a stát. vědu*, XX.).

Toto Kallabovo pojetí se ovšem dotýká i gnoseologické otázky velmi diskutované o tzv. tvůrčím charakteru právního myšlení a právní nauky, jež představuje současně praktickou nauku, tj. tvoří samo o sobě normativní soudy a normy (srov. též Petražycki). F. Studnicki se zmiňuje o „normativní“ povaze právní dogmatiky (*O dogmatyce prawa*, Paň. i pr. č. 7 až 8/1957.).

⁷¹⁾ Cammarata, *Limiti fra formalismo e dommatica*, dále Bagolini, Roubier aj.

⁷²⁾ Sul formalismo giuridico, *Rivista ital. del dir. e proced. pen.* 4/1958.
Srov. F. Petrocelli, *Tecnicismo e antitecnicismo nel dir. penale* (Scritti in onore di F. Carnellutti, IV., 1950).

vlastní logickou formu práva, jestliže se nepovažuje za právní formalismus etatistický pojem práva, teorie závaznosti práva a tradičních pramenů pozitivního práva, na rozdíl od normativismu, legalistického pojetí spravedlnosti a koncepce právní vědy jako právní dogmatiky a pojmové jurisprudence.⁷³⁾ V analýze tzv. neformalistických prvků právního pozitivismu je již obsaženo filosofické, resp. obecně metodologické a ideologické hledisko, které se vztahuje na jiné stránky předmětu zkoumání, zejména na vnější souvislosti formy práva (jeho genezi, mocenskou stránku atd.); koncipovat právo např. jako souhrn norem, odvozených v té či oné formě od státu, znamená podstatné vybočení ze vztahů vnitřní logiky a semantiky právních norem a přechod k argumentaci, jež se opírá o různé školy pozitivistické, popř. neopozitivistické filosofie a ideologické tendence.

Domnívám se, že této teoretické diferenciaci pozitivistické právní nauky plně odpovídá, a do jisté míry je i jejím důsledkem, tradiční i nejnovější třídění věd v oboru práva: známé snahy o přísné rozlišování mezi obecnou teorií práva a právní filosofií, resp. právní ideologií, sociologií a psychologií, dále autonomní koncepce teorie práva jakožto čisté nauky právní (popř. matematizující právní logiky), právní dogmatiky, pojmové či analytické jurisprudence a konečně spory o tzv. právní vědu a vědu o právu byly spjaty především s vývojem právního pozitivismu a formalismu a teprve na druhém místě s antipozitivistickými směry, jež se postupně k zmíněnému třídění hlásily. Jak se ještě později pokusím vysvětlit, formálně pozitivistické nauce toto dělení právních věd umožňovalo vyhnout se komplexnímu pojetí práva a uznávat v podstatě metodologický pluralismus a z druhé strany zmírňovalo nepříznivé důsledky právního formalismu pro posouzení vědecké hodnoty právního pozitivismu a přizpůsobovalo jej vývoji právní praxe buržoazních států.

Rozeznává-li však buržoazní nauka pozitivistické teze, jež nejsou totožné s právním formalismem, vychází mechanicky z toho, že předmětem poznání již není vlastní forma práva, aniž bere v úvahu, že v pozitivistické teorii práva došlo k pokročilé formalizaci i filosofických, resp. obecně metodologických a ideologických souvislostí. Svědčí o tom úsilí právního pozitivismu vyjádřit je ve formě dogmatických předpokladů, axiomatizovat v obecně přijatých právních pojmech a zúžit jejich sociálně politický kontext (např. volní, etatistická teorie práva zná pouze pojem státní vůle, nikoliv vůle politické, která je výsledkem společenského postavení vládnoucí třídy a ostatních tříd a vrstev). Tyto souvislosti se osamostatňují, formalizují až fetišizují bez ohledu na určující působení materiálních společenských vztahů.⁷⁴⁾

⁷³⁾ Srov. F. Carnelutti, *Bilancio del positivismo giuridico*, Rivista Trim. del dir. pub. I, 1951, str. 281—300.

⁷⁴⁾ Viz opět polskou diskusi, jež chápe právní formalismus také šířeji, jakožto odtržení právně ideologické nadstavby od ekonomické základny a zabsolutnění úlohy idejí. (Paří. i pr. č. 4—5, 1955 str. 727 a dal.)

Právní pozitivismus se zřejmě stává obětí objektivně dané proměnnosti formy a obsahu, nebo také dvojího a trojího proměnného spojení formy a obsahu při vyjádření společenských vztahů v politických, právních a jiných společenských normách. Zčásti jde o ono složité spojení formy a obsahu v právu (právních vztazích), na něž upozorňuje maďarský teoretik I. Szabó, když parafrázuje úvahu K. Marxe: „Marx v Kapitálu, avšak i jinde, ukázal, že skutečný vztah se neobjevuje podle své skutečnosti, podstaty, že tedy zdání je jiné než je podstata; s tím souvisí, toho důsledkem je, že jev (objektivní skutečnost) se za daných společenských poměrů ve vědomí lidí ustálí nikoliv podle své podstaty, nýbrž podle svých zevních forem a v této formě se objevuje i ve vědě. Tato dvojítoť obsahu a formy je zvlášť příznačná pro takové poměry, jako jsou politické a právní poměry, které na jedné straně jsou i samy formy (důsledky) výrobních poměrů, na nichž se zakládají, na druhé straně jejich společenský obsah, jejich třídní podstata, se odchyluje od formy, ve které se projevují“.⁷⁵⁾ Při tomto neúměrném vyzdvižení formy práva nikoliv v logickém, nýbrž filosofickém smyslu, je velmi obtížné konstatovat skutečný stupeň právního formalismu, stejně jako nelze přesně stanovit hranice mezi formalismem právně pozitivistických směrů a obdobným formalistickým postojem fenomenologických, sociologických a jiných antipozitivistických teorií práva.

Před určitým voluntaristickým formalismem, jenž vyplynul právě z této neobyčejné složitosti vztahů formy a obsahu, se neubránila ani marxistická právní věda v kritizované definici A. J. Vyšinského, ačkoliv mohla vnitřní rozpor právního pozitivismu překonat pomocí správné aplikace materialistické dialektiky.⁷⁶⁾

Nedávná polemika mezi Kelsenem a egologickou školou práva (C. Cossio) znovu potvrdila, že i směry, které neuznávají formu práva jako vlastní, konečný objekt poznání právní vědy, se přiblížily dokonce krajnímu formalismu normativní teorie nebo jej ještě dále prohloubily. Zastánci egologické teorie, podobně jako existenciální právní filosofie, sice chápou právo nezávisle na pozitivních právních normách, jako ontologicky dané „lidské chování v mezi-subjektové interferenci“,⁷⁷⁾ avšak možnost jeho poznání (a též kvalifikaci) spatřují v prvé řadě v logickém poznání právních norem, právní normy se stávají nástrojem poznání práva. Logická analýza je jejich jedinou metodou zkoumání a teprve mimo rámec právních norem působí metoda intuitivní. Egologická škola se tu očividně vrací k právní fenomenologii F. Kaufmanna

⁷⁵⁾ I. Szabó, N. Kelsen a marxistická teorie práva, Stát a právo IV, ČSAV, 1958, str. 88.

⁷⁶⁾ Srov. redakční čl., Dokonca likvidirovať vrednyje posledstva kulta ličnosti v sovětskoj jurisprudencji, Sov. Gos. Pravo, č. 4, 1962, str. 7 a dále odmítnutí Vyšinského určitého formalismu ve Voprosy teorii prava, Moskva 1961, O. S. Ioffe, a M. D. Šargorodskij.

⁷⁷⁾ C. Cossio, Die Anti-Egologische Polemik (Erwiderung an Prof. Kelsen), Oesterreich. Zeitschrift für öffentl. Recht, č. 8/57, str. 206 a dal. O této diskusi viz též J. Wroblewski, Pañ. i pr., č. 8—9/1959.

a F. Schreiera a k jejich eidetice, pro niž právní normy byly pouhým jevo-
vým zrcadlením ideálního nebo tzv. možného práva. Logickou analýzu
právních norem při tom chápou ve zmíněných mezích absolutněji než Kelsen,
který zdůrazňoval tzv. čistou normativní metodu zkoumání (kde rozlišuje
normativní a logické soudy apod.).⁷⁸⁾

V otázce aplikace práva se již normativní ani egologické teorii nepodařilo
původní metodologické východisko dodržet a obě školy připouštějí určité
splývání z hlediska poznání práva, jeho tvorby a hodnocení, jež nutně před-
stavuje i splývání různých metod zkoumání.

Interpreti právního formalismu a pozitivismu (Carnelutti, Hart, Bobbio,
Bagolini, Verdross aj.) honorují dnes nejen jeho vývojové modifikace, nýbrž
ukazují, že právní formalismus a pozitivismus přežívá často jen v některých
samostatných koncepcích, které nezahrnují celou teoretickou problematiku
práva; obvykle uváděné znaky právního formalismu a pozitivismu mohou
být představovány určitými autory odděleně. (Ch. Perelman a P. Roubier
mají velmi blízko k formální teorii práva v tradičním slova smyslu, avšak
zamítají tzv. formalistickou, neboli legalistickou koncepci spravedlnosti.) Ta-
kový eklekticismus pak opět teoreticky podporuje zmíněné dělení právních věd.

Známý italský autor Santi Romano, který filosoficky inklinuje k teorii
právních institucí, např. dokazuje, že imperativistická teorie právní normy
a pojetí právní normy jako hypotetického či hodnotícího soudu se nevylučují:
„Přestože se připouští, podle velmi rozšířeného a snad převládajícího názoru,
že zákon obsahuje vždy příkazy, i když se uvádí, že je hypotetickým
soudem nebo hodnotícím výrokem, tedy koncepce, která ostatně nevylu-
čuje předchozí, imperativistickou (třebaže mnohem reálněji ukazuje, že
obsah zákona může být mnohem rozmanitější než dle běžných teorií,
které trpí zřejmým simplicismem), zůstává vždy pravda, že zákon by si mohl
podržet svůj volní charakter bez ohledu na jakýkoliv možný obsah: může
přikazovat, zakazovat, dovolovat, dát radu, instrukci, napomenutí, formulo-
vat program, slibovat, hrozit sankcí atd.“⁷⁹⁾ N. Bobbio tento názor doplňuje
a uvádí, že: 1. „nejvíce rozšířené obecné teorie právní normy směřují k tomu,
aby vymezily právní normu jako předpisovou větu, 2. vymezení právní normy
jako předpisové věty vyžaduje, aby dále bylo formulováno vzhledem k růz-
ným stupňům závaznosti existujících norem v určitém právním řádu, má-li
lépe vyhovět komplexnosti a různorodosti normativních skutečností, jež
vyplývá ze studia moderního právního řádu.“⁸⁰⁾

Tradiční klasifikace právních věd neobyčejně přispěla k utváření forma-

⁷⁸⁾ Kelsen, *Reine Rechtslehre und egologische Theorie*, Oesterreich. Zeit... č. 5/53,
str. 452—3.

Na druhé straně srov. F. Schreier, *Die Lehre von der Rechtsinterpretation*, 1929.

⁷⁹⁾ *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1947, str. 137.

⁸⁰⁾ *Due variazioni sul tema dell'imperativismo*, Atti del IV. Congresso naz. di Fil. del
dir. a Pavia, Milano, 1959, str. 377.

listického charakteru pozitivistické právní nauky tím, že a priori stanovila metodologickou zásadu možnosti či dokonce nutnosti samostatně, izolovaně zkoumat jednotlivé stránky práva. Při tom však partikularismus výzkumu práva, který v důsledku toho vznikl, byl pěstován jen dočasně, neboť buržoazní právní nauka po určité době začala pociťovat naopak potřebu integrace jednotlivých právních disciplín. Nemalou roli tu sehrálo zajisté i obecné třídní věd (např. novokantovská hierarchie věd, zejména rozlišení věd teoretických a praktických).

Uvedený klasifikační princip se uplatnil v první řadě v důsledném odlišení filosofie práva od obecné teorie práva a jurisprudence: právní filosofie se měla zabývat výhradně vnějšími, filosofickými souvislostmi práva, jakousi ontologií práva v pojetí přirozenoprávní školy, jež dále svého času rozvinul G. Hugo a především Hegel ve svém spise *Grundlinien der Philosophie des Rechts* (1821). Ačkoliv pozitivisticky orientovaní autoři odmítali jakoukoliv ontologii práva a obsah právní filosofie se v průběhu vývoje buržoazní vědy o právu i obecné buržoazní filosofie velmi specifikoval, metodologické odtržení právní filosofie od tzv. obecné teorie práva vyhovovalo celkové tendenci právního pozitivismu k redukci teoretické tematiky práva na otázky pozitivního práva, resp. jeho jevové formy. Posléze tedy každá obecná teorie je vědou formální, která se také někdy nazývá teorií právního řádu (Merkel).

Určitá část právně pozitivistické nauky eliminovala filosofickou stránku práva z právní teorie do té míry, že právní filosofii jakožto zvláštní disciplínu neuznávala a nahradila ji formální teorií pozitivního práva, zatímco normativní škola mluví alespoň o tzv. formální filosofii práva, poskytující právní nauce metodologické předpoklady a zastánci šířeji zaměřené teorie pozitivního práva doporučují zkoumat vnější, tj. i filosofické souvislosti práva (otázku svobody, spravedlnosti, konečné cíle práva pod.). Krajně formalistická teorie práva při tom velmi často, v rozporu se svým negativním vztahem, např. k filosofii práva, na obhajobu svého úzkého pojetí práva uváděla, že sociologické, psychologické, filosofické, ideologické a jiné stránky práva jsou předmětem zkoumání vědních oborů, které však postrádají „pozitivnost“ metody právní vědy.⁸¹⁾ Všechny pokusy o sjednocení výzkumu práva (Petražky, N. Bobbio, konec konců i Weyr — viz v Brně založenou *Revue internationale de la théorie du droit*, 1926) měly jen velmi omezený rozsah.

⁸¹⁾ a) Stejně tak nelze říci, že je správné redukovat formální teorii práva na právní filosofii, že předmětem obecné teorie práva je filosofická stránka práva, jak se o to pokoušel neohegelovský směr. To platí i pro pojetí marxistické teorie práva, i když obecně filosofická dialektická metoda dává všechny možnosti správného posouzení úlohy formy platného práva. Objektivní povahu formy práva, kterou částečně naznačila formálně pozitivistická teorie práva, nelze nahradit jinými souvislostmi práva. Petražky, který v buržoazní nauce usiloval o určité komplexní pojetí práva a obecnou teorii práva spojoval v jednotný celek právní filosofie, zase z právní filosofie vyjímá právní dogmatiku (*Teoria prawa i państwa*, str. 336, 1959).

b) Viz sociologická a právní idea státní (Kelsen), *Sborník věd právních a státních*, sv. 14.

Diskuse o klasifikaci právních věd se z pochopitelných důvodů přenesla do oblasti metodologie, zejména metodologického rozlišení filosofického a vědeckého zkoumání práva, takže se dostala do jisté závislosti na vývoji názorů o nejobecnějším vztahu vědy a filosofie.⁸²⁾ Novou fází tu beze sporu představovala novokantovská filosofie, z níž vycházeli normativci a další přívrženci čisté nauky právní. Vztah vědy a filosofie však novokantismus řeší obráceně: filosofie dodává pojmy zkoumání a priori, tj. univerzální, čisté pojmy, kdežto věda a posteriori neboli zvláštní, empirické pojmy. Uvážíme-li, že neokantovci pod heslem boje proti metafyzice redukovali filosofii na formální noetiku (učení o formách poznávání), Carnap a Cohen dokonce vymezili filosofii jako jedinou možnou sféru logických zákonů myšlení⁸³⁾, mohla být obecná teorie práva pokládána za filosofii, tj. filosofickou vědu, jež zkoumá formy právního myšlení a poznávání a priori, zatímco tradiční pozitivistická nauka, pojmová jurisprudence a dogmatika má být pokládána za vědu neboli empirickou disciplínu, vycházející z daného obsahu pozitivního práva. Cohen tudíž definuje právo jako „matematiku právních věd“⁸⁴⁾, podobně jako Schreier řadí čisté právní předpoklady k logickým zákonům a matematickým principům.⁸⁵⁾ Stejně tak např. Cammarata odmítá obecnou teorii práva jako hybridní, neohrazenou právní nauku, ale chápe ji v podstatě jako formální filosofii práva.⁸⁶⁾

Potud teorie práva, vycházející z filosofického pozitivismu, se jeví jako nižší stupeň formalismu a spekulace, než čistá nauka právní, poněvadž svůj pojmoslovní aparát teoretické pojetí tak či onak vyvozuje z pozitivního práva.⁸⁷⁾ Proto také čistá nauka právní se často sama označuje nikoliv jako teorie práva, nýbrž ještě užším pojmem teorie právní vědy.⁸⁸⁾ Zvláštní odvětví představuje Géného právní technika.

Održení formy od obsahu práva je též důsledkem dělení právních věd exaktních a pozitivních. Exaktní vědy abstrahují od skutečnosti a činí předmětem poznání jen formy, v nichž lze právní realitu chápat. Už méně jasné je pojetí vědy exaktní v podobě vědy přirozenoprávní a exaktní vědy dogmatické (J. Kallab). Je příznačné, že formalistické teorie práva se často na pojem tzv. exaktní metody odvolávají.

Rozlišování tzv. věd o právu a právních věd sice souviselo se starší klasifikací teoretických a praktických věd (resp. věd explikativních a normativních) a tedy zasahovalo byť jen zdánlivě do oboru empirických věd, avšak ve sku-

⁸²⁾ O tom již zmínka na str. 11 této statě (Opálek).

⁸³⁾ O novokantovské filosofii viz podrobněji Veverka, *Filosofie české normativní školy*, AUC, 3. 1961.

⁸⁴⁾ Cohen, *Grundbegriffe und Grundformen des Rechts*, Leipzig 1924.

⁸⁵⁾ Schreier, *Eine französische reine Rechtslehre*, *Revue int. de la théorie du droit*, II, 1927/28, str. 606.

⁸⁶⁾ *Limiti...* str. 25.

⁸⁷⁾ Ve Francii též Picard, *Le droit pur*, 1920.

⁸⁸⁾ Srov. např. Weyr, *Teorie práva*, str. 331 a 347.

tečnosti zůstávalo na úrovni gnoseologických sporů, které řešily známý kantovský problém tvůrčího charakteru myšlení („spontaneity“ rozumu). To znamená, že i rozlišení právní vědy a vědy o právu nepřekročily rámec zmíněné novokantovské právní filosofie.

Daná metodologická nauka o třídění právních věd ovlivnila i směry, které odmítaly úzké formálně pozitivistické pojetí právní teorie, resp. filosofie. L. Petrażycki naopak obecnou teorii práva, jak známo, zařazoval do právní filosofie, v jejímž rámci ovšem široce rozpracovává ideu politiky práva podle zásady „summa theoria iuris + summa teleologia iuris“; tím, že obecnou teorii práva chápe jako součást filosofie práva, ji neuzavírá před filosofickými, ideologickými a psychologickými souvislostmi a může při této koncepci třídění právních věd řešit zejména palčivou a pozitivismem nezvládnutou otázku legis ferendae neboli politiky práva, právního vědomí a procesu tvoření vůle, vyjádřené v právu.⁸⁹⁾

Obdobné cíle sledovala konstrukce oboru tzv. teleologie práva, která však setrvala hlavně v mezích gnoseologického rozlišení kauzálních, normativních a účelových forem poznání, rozeznávání statického a dynamického hlediska (normativní škola) a konečně přísné oddělení tzv. ideologie právního pozitivismu. K integraci těchto disciplín zpravidla docházelo až v jurisprudence, která měla podávat systematický výklad obsahu konkrétního právního řádu (méně již pojmová jurisprudence nebo také právní dogmatika).

Teoreticky již nicotnými se jeví požadavky buržoazní právní metodologie, označující teorii práva buď jako obecnou teorii práva, základní vědu o právu, na rozdíl od teorie práva, jež má charakter speciální nauky o jednotlivých odvětvích práva atd.

II.

IDEOLOGIE FORMÁLNĚ POZITIVISTICKÉ PRÁVNÍ NAUKY

1. *Nové jevy v buržoazním právu a neoliberalistické tendence podporující formální princip základních subjektivních práv a zákonnosti.*

Z rozboru metodologických otázek je patrné, že západoevropské formálně pozitivistické teorie práva obracejí dnes svou pozornost též k obsahu

⁸⁹⁾ Petrażycki cit. d., str. 336 až 348.

Žák Petrażyckého J. Lande shrnuje tuto problematiku takto (Studia z filozofii prawa, str. 119 a 130): „Tímto způsobem pojatá filozofie práva, skládající se z obecné teorie a politiky a opírající se o zkoumání empirie psychologické a společenské reality, přestane být nástavbou sloužící jako ozdoba, jakási stříška nad vývojem jurisprudence, a bude základem všech právních věd, umožní navodit logický styk se sousedními oblastmi, spojit v uvědomělý systém právní nauky s etikou a estetikou na obecných základech psychologie a sociologie, aby se vyhnul určitému scholasticismu a uzavírání se v dogmatických formulích, do nichž se právní nauka dosud halila.“

práva a jeho vnějším souvislostem; formalismus zůstává nadále jedním z jejich vedoucích principů, avšak aplikovaným jen úměrně k aktuálním obsahovým požadavkům, které musí formálně pozitivistická nauka řešit. Právní dogmatika (dogmatická jurisprudence) nebyla touto pozměněnou orientací teorie práva příliš dotčena, dochází v ní pouze k určitým změnám ve struktuře a významu základních právních pojmů. Mohla být tedy nadále využívána ve prospěch různé politické konstelace ve vládnoucí třídě, pokud sama praxe se nestavěla nepřátelsky k její formálně dogmatické metodě.

Někteří autoři dodržují třídění předmětu a metody zkoumání, dané klasifikací právních věd a zařazují tuto novou, obsahovou orientaci do tzv. ideologie právního pozitivismu, jiní bezděčně přešli k určitému komplexnímu, jednotnému zkoumání práva, i když jsou stále omezeni hranicemi buržoazní filosofie a metodologie (G. Ripert).

Jak už řečeno, buržoazní nauka, jež jinak zůstala přesvědčena o svém formálně dogmatickém stanovisku, nemohla zůstat lhostejná ke změnám, které probíhaly v buržoazně demokratických institucích, ve vztazích ekonomických a v morálce soudobé buržoazní společnosti, a které začaly citelně ovlivňovat vývoj buržoazního práva i zpětně působit na právní praxi a jurisprudenci. Naopak byla nucena zajímat se o právo *de lege ferenda* a do určité míry též pozitivní právo z širšího hlediska hodnotit, chtěla-li v zásadě udržet formalistickou koncepci práva při poměrně rozsáhlých zásazích nové legislativy, popř. soudní praxe do právního řádu. Ideologicky tyto snahy do jisté míry pramenily z právního vědomí liberalistických vrstev buržoazie, které se střetávají s monopolistickými tendencemi a státním intervencionalismem do sociálně ekonomické sféry, avšak které současně zaujímají stanovisko ke zkušenostem s fašistickými politickými režimy v jednotlivých zemích, aby mohly obhájit formálně pozitivistickou teorii práva před nařčením, že svým bezobsažným formalismem přispěla k totalismu fašistických států. Od nich je třeba odlišit široce uplatňované ideologické tendence, které právní pozitivismus rozkládají, zejména na úseku zákonnosti.

Typickým vyjádřením této moderní teorie, resp. ideologie právního pozitivismu jsou v první řadě práce francouzského filosofujícího teoretika občanského práva G. Riperta.⁹⁰⁾

Ripert, ač sám dříve představoval pozitivistický směr teorie občanského práva prvních desetiletí XX. století, v obecné teorii práva se nepochybně zařazuje k jakémusi kritickému, modernímu právnímu pozitivismu.⁹¹⁾ U něho se zvláště jasně projevil dvojí charakter tohoto soudobého právního pozitivismu: snaha po překonání uzavřenosti formalistického pojetí práva vůči

⁹⁰⁾ *Le régime démocratique et le droit civil moderne*, 1948; *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, 1948, 2. éd. 1951; *Le déclin du droit*, 1949, a *Les forces créatrices du droit*, 1955.

⁹¹⁾ Srov. jeho ranější spis *Droit naturel et positivisme juridique*, 1917.

novým stupňům vývoje práva a právní vědy a současně pokus pomoci této určité obsahové orientace zabránit ve vývoji buržoazního státu a práva některým nežádoucím jevům.

V prvním, kritickém období své činnosti zřejmě vystoupil proti tzv. čistému právnímu pozitivismu, když, podobně jako Duguit, konstatoval, že, díky tradičnímu zaměření právní teorie, je mizivý podíl právníků na tvorbě a zdokonalování práva: „V přítomnosti je kritika nedokonalé redakce moderních zákonů často tvrdá; avšak téměř vždycky se dotýká jen techniky... Každý právník je následovník velekněze. Jsa ochráncem práva, cítí se povinen obhajovat zákony. Text vyhlášený v *Journal officiel* se stává posvátným. University a soudy jsou budovy zasvěcené kultu.“⁹²⁾ O jeho kritickém postoji, směřujícím i proti Génymu, svědčí i zjištění, že „právníci, zahnaní od politiky a filosofie, uchylují se ke studiu techniky. Zde jim je ponechána plná svoboda a jsou povzbuzováni, neboť takové studium je defenzivní... Základní dílo počátku XX. století je kniha F. Géného, který znamená přínos pouze k metodě interpretace... Nelze neuznávat její vysokou hodnotu, jemnost analýzy, pokrok, který přinesla v aplikaci práva. Je však jisté, že se zabývala výhradně technikou, takže odváděla právníka od řízení, vytváření práva“.⁹³⁾

Lze říci, že obě velké teoretické práce, které vydává ještě před druhou světovou válkou (citované na předcházející straně — *Demokratický režim a moderní občanské právo, Právní aspekty moderního kapitalismu*), jsou jako celek revizí tradiční právní nauky, i když se Ripert k ní vzápětí vrací. Tyto studie nejsou ničím jiným než zkoumáním vlivů politických a ekonomických změn na právo v podmínkách soudobé buržoazní společnosti, jež dosud francouzská pozitivisticky zaměřená teorie práva zcela ignorovala (na rozdíl od sociologické školy L. Duguita, Renarda a dal.). Překvapuje, s jakou důsledností Ripert tyto vnější souvislosti vyzdvihuje: „Chci ukázat, jaký vliv měl politický činitel na naše civilní právo. Právníci o tom mluví neradi. Chtěl bych dovodit, že je to podstatný činitel... Bylo by samozřejmě absurdní popírat, že stejně tak velký vliv na naše právo měly přeměny ekonomické“.⁹⁴⁾ Zdálo by se tedy, že Ripertův přístup k právu je velmi realistický a může značně přispět ke zkoumání soudobého buržoazního práva. Skutečně také jeho analýza vývoje formy buržoazního práva v souvislosti s novými jevy v politické nadstavbě a ekonomice buržoazní společnosti přináší některé správné poznatky, např. o vývoji institutu smlouvy, dále o právních formách ekonomické činnosti soudobého státu, o vývoji sociálního práva apod. a přímo pregnantním způsobem ilustruje názory určité části buržoazie na aktuální problémy práva. Avšak Ripertovy zajímavé úvahy jsou hluboce ovlivněny neodůvodněným nadhodnocením politiky před vlivem ekonomických faktorů

⁹²⁾ *Le régime démocratique et le droit civil moderne*, str. 5.

⁹³⁾ *Tamtéž*, str. 9.

⁹⁴⁾ *Tamtéž*, str. 2.

na právo nebo návratem k plné autonomii práva, a to tak výrazně, že se tím přiblížily idealistické argumentaci Ch. Montesquieua o rozhodujícím vlivu politické formy (demokracie) na právo. Takový liberalistický anachronismus není u Riperta ojedinělý, objevuje se běžně i v pojetí konkrétní otázky vztahu demokratického režimu, popř. ekonomiky moderního kapitalismu a práva.

Velmi příznačná je Ripertova teze: „Je zbytečné věřit v příchod nového režimu v ekonomii, jestliže se nepřipraví instituce, které jsou pro něho nezbytné; každá sociální revoluce musí být zároveň revolucí právní, bez níž by byla neplodným politickým otřesem.“⁹⁵⁾ Konstatování nutnosti nových institucí, tedy i právních, je nepochybně správné, ovšem Ripert se při dalším výkladu kloní k názoru, že právo působí jako nezbytná podmínka revolučních přeměn a v tomto smyslu je nadále traktováno v mezích juristického světového názoru. Stejně je třeba pohlížet na Ripertovo upřesnění vztahu práva a politiky, když se ohrazuje, že „civilní právo nesmí být v závislosti na konkrétní politické moci, neboť to je idea, která je platná pro demokracii zrovna jako pro staré království“.⁹⁶⁾

Bylo by proto mylné se domnívat, že v citovaných starších pracích G. Ripert pouze registruje jako zákonité všechny změny pozitivního práva, které přivodil rozvoj moderní demokracie a ekonomie. Již tehdy vystupuje do popředí jeho typické stanovisko, které později v plné šíři vyložil v knize Úpadek práva (1949): Vývoj moderního buržoazního práva přijímá jen potud, pokud nevybočuje z určitých předem uznaných mezí individuální svobody jednotlivce a zásahů státu do společenského života. Toto stanovisko lze obecně charakterizovat jako moderní liberalistické pojetí práva a politické formy státu, jež stojí v opozici proti tendenci spjaté s monopolismem a rozsáhlou státní intervencí. Omezený cíl své studie Ripert sám přiznává: „Chtěl jsem pomoci mladým lidem, pro které píši, získat jasnější názor na právo naší epochy. Oni mohou zítra spolupracovat na jeho tvorbě. Ať rozeznají ve stálé činnosti zákonodárce proti individuální svobodě a za nespravedlivou rovnost jedno z nebezpečí, která ohrožují naši civilizaci.“⁹⁷⁾

Novodobé liberalistické pojetí práva, jež v právní nauce nadále konzervuje základní prvky právního pozitivismu, potvrzují zejména Ripertovy názory na otázku rovnosti, subjektivních práv, jakož i jeho vztah ke vzniku sociálních práv („třídních“ práv), k právním důsledkům politického stranictví a ekonomické činnosti státu.

Soustředěnou pozornost ovšem Ripert věnuje ideji základních subjektivních

⁹⁵⁾ Aspects juridiques du capitalisme moderne, str. 15.

⁹⁶⁾ Le régime... str. 415.

⁹⁷⁾ Tamtéž, str. 416. Dále píše: „Popisem změn francouzského civilního práva v současné epoše jsem se pokusil ukázat, že převažující význam politického faktoru dal na pořad dne reformy, které ve skutečnosti vyhovují jedině těm, kteří pomocí svého počtu získávají politickou moc“ (str. 365).

práv a jejich ochraně. Jak pro tradiční buržoazní nauku i pro něho jsou subjektivní práva hlavním měřítkem hodnocení nejnovějších přeměn v buržoazním právu a státu a právě u nich začínají pokusy dosavadní vývoj zastavit, zatímco jinde je Ripert přístupný k nejrůznějším kompromisům.

V konkrétní realizaci subjektivních práv připouští, jak chci ještě později ukázat, množství modifikací starší, pozitivistické koncepce subjektivních práv (např. zkoumá-li omezení soukromého vlastnictví dílčí nacionalizací, důsledky ústavního zakotvení sociálních práv apod.), avšak obecný pojem subjektivního práva je pro něho nedotknutelný. Obnovuje proto v plném rozsahu diskusi o absolutním a relativním charakteru subjektivních práv⁹⁸⁾, aby zabránil, jak uvádí, pohlcení subjektivních práv tzv. sociálním, veřejným zájmem, který v moderních poměrech demokracie nabývá totalitní povahy. Řekl bych, že jeho absolutní pojetí subjektivních práv je zřejmým pojetím nezadatelných přirozených práv, objektivizovaných v normách pozitivního práva. Odvolává se na podobný postoj jurisprudence a zdůrazňuje, že „... právo může být omezeno, ale není relativní... Jestliže se požaduje, aby člověk vykonával svá práva ve shodě se společenským zájmem a individuální prerogativy předpokládají souhlas společenství, individuální právo se nejen degraduje, nýbrž se zrušuje. Člověk ve skutečnosti nemá již práv, má pouze povinnosti.“⁹⁹⁾ Podobně Ripertovo učení o možnosti subjektivní práva omezit (na rozdíl od relativnosti subjektivních práv, což odmítá) připomíná liberální koncepci znovuzhodnocení přirozených práv pomocí státní ochrany, jež předpokládá jejich současné omezení. A. Thon chápe subjektivní práva mnohem více formalisticky. Zákon tedy neporušuje rovnost před zákonem, když omezí výkon určitých práv pro všechny, všeobecně. U Riperta to není jen otázka teoretická, poněvadž prostřednictvím ideje omezení práv zákonem může se pozitivistická nauka přizpůsobovat i takovým opatřením, která částečně omezují soukromé vlastnictví ve prospěch vlastnictví státního.¹⁰⁰⁾

Proto hodnocení polemiky proti Duguitově negaci subjektivních práv jako metafyzické „poslední hypostázy lidské duše“ nemůže být jednoznačné. Duguit oprávněně kritizoval absolutní dogmaticky pojaté subjektivní právo a právo (roz. objektivní) zkoumal v souvislosti s novými společenskými úkazy, zejména s ofenzivním příchodem společenských skupin (nikoliv však tříd v marxistickém smyslu) do politického i právního života, takže vznikla aktuální otázka konfrontace právního postavení jednotlivců v těchto společenských skupinách,

⁹⁸⁾ Odvolává se tu na svůj starší článek z r. 1929, *Abus ou relativité des droits* (*Revue critique*).

⁹⁹⁾ Tamtéž, str. 417.

¹⁰⁰⁾ Podobně G. Burdeau, *Libertés publiques*, 1961, str. 316 a dal.

jež tvoří mezičlánek mezi státem a občany.¹⁰¹⁾ Idea subjektivního práva, které nemůže být veřejným zájmem prakticky dotčeno a není slučitelné s tzv. sociálními právy („třídními“ právy), působí nejméně jako anachronismus a pokud neuznává zákonitý vývoj poměrů buržoazní společnosti k socialismu důslednou aplikací politických a sociálních práv pracujících tříd, vystupuje jako koncepce z hlediska rozvoje společnosti reakčně. To platí i o jeho rezervovaném postoji k rozšiřování ideje sociální rovnosti.

Ripert se pak zcela uzavírá před jakýmkoliv řešením, které by uvádělo do souladu zájem celé společnosti a jednotlivce v poměrech bez antagonистických rozporů, když negativně komentuje např. ustanovení občanského kodexu RSFSR o tom, že „Občanská práva jsou chráněna zákonem s výjimkou případů, při nichž jsou vykonávána v rozporu s jejich ekonomickým a sociálním určením“ a dovozuje, že tudíž „soudce se musí sklánět před duchem a potřebami své epochy, upřesňovat, zda splněný akt je ověřen veřejným míněním, rozeznat, jestli je užitečný ve prospěch dobra společnosti“. Třebaže takové ustanovení samo o sobě může v právní praxi socialistických států vést i k zneužití individuálních práv, ještě se tím nedokazuje, že je nemožné vytvořit předpoklady souladu v ekonomické a politické sféře, jež by právně vyjádřila legislativa pomocí širokého aparátu právních záruk těchto subjektivních práv. Tím spíše je teorie absolutních subjektivních práv nepřijatelná v případech, kdy se stává překážkou boje dělnického hnutí za ústavní vyhlášení sociálních práv a sociálního zákonodárství v kapitalistických zemích.

Dotýká-li se však Ripertova kritika Duguitova pojetí, jež s odstraněním subjektivních práv odnímal širokým vrstvám obyvatelstva, zejména pracujícím třídám, poslední zbytky formální právní jistoty jednotlivce a nahrazovalo je imaginárním reformistickým pojmem právního postavení skupin (korporací), podřízených zásadě nezměnitelné politické moci, pak odpor proti solidaristickému kolektivismu a formalismu právní subjektivity i jejích právních záruk lze jen vítat.

V podmínkách soudobé buržoazní společnosti může příznivě působit i Ripertův přístup k úloze soudce, který zabezpečuje realizaci subjektivních práv v konkrétním případě, poněvadž Ripert logicky požaduje vázanost soudce zákonem a respektování subjektivních práv, vyhlášených ústavou. Libovůli soudce, jenž má údajně, podle antipozitivistických směrů, nalézat vágní hledisko společenského zájmu a potřeby, je omezováno formálními zárukami subjektivních práv před jejich zneužitím momentální konstelací třídních politických sil. Odtud pramení též jeho kritika francouzské ústavy

¹⁰¹⁾ Srovnej Le déclin du droit, str. 189 a dal.; Burdeau cit. d., str. 330. Duguit, jak známo, tvrdil, že pojem subjektivního práva je absurdní, protože vytváří hierarchii vůlí, jež neexistuje, je amorální a anarchistické, neboť potlačuje společenskou solidaritu. Je třeba odmítnout právo subjektivismu před objektivismem a zničit právní pojmy, které stojí v opozici k tomuto směru, jsou pojmy asociálními. (Traité de droit constitutionnel, I, 1927, str. 266.)

z r. 1946, vyhlašující subjektivní práva pouze v preambuli, jejíž právní závaznost je považována za problematickou a která postrádá ústavní sankce proti porušení základních občanských práv a svobod.¹⁰²⁾

Ještě nebezpečnější je, podle Riperta, právní filosofie křesťanských demokratů, která nahrazuje subjektivní práva náboženskou mystikou: „Jsou šťastni, když vidí nahrazovat pojem lidských práv pojmem povinností. Zapomněli, že potlačování subjektivního práva bylo inspirováno přáním vymýtit z práva veškerou metafyziku. Transponují povinnosti člověka k Bohu v povinnosti člověka ke společnosti. V pracích Renardových jde o křesťanskou náhražku idejí L. Duguita (Kelsen).“¹⁰³⁾ Klerikální filosofii subjektivních práv mimo to vyvrací též pomocí pozitivistického odlišení práva a morálky (náboženství); morální příkaz nemůže anulovat subjektivní právo, zakotvené v právním řádu. „Charitativní povinnost — to je idea křesťanská, avšak v této morálce povinnost jednoho nevytváří právo druhého.“

*

Ekonomický vývoj kapitalismu je Ripertova teorie práva zřejmě schopná asimilovat ještě ve větším rozsahu, než nové jevy právně ideologické a politické.¹⁰⁴⁾ Bylo to dáno nepochybně tím, že si ekonomická sféra kapitalismu zachovává mnohem větší soukromovlastnickou autonomii, do níž demokratický živel proniká jen velmi obtížně. V přísném oddělení hospodářství od státu nebyla liberalistická ekonomika ještě zdaleka překonána, třebaže proces splývání politické a ekonomické moci vládoucí vrstvy je již velmi pokročilý. Zejména nedošlo k žádnému podstatnému sblížení kapitalistického hospodářského sektoru s buržoazně demokratickými institucemi, jež ostatně samy podléhají změnám antidemokratického charakteru. Ani tak výrazný zásah státu do kapitalistické ekonomiky, jakým je částečné zestátnění průmyslu, se nevymklo základním zákonitostem soukromého vlastnictví; řídící a administrativní hospodářský aparát postátněných a tím spíše státně kapitalistických (smíšených) podniků tvoří takřka samostatný úsek státní činnosti, takže vykazuje jen velmi slabá pojitka s veřejně politickou částí státního aparátu. Konečně i hospodářské monopoly, které získaly postupně rozhodující postavení ve státních orgánech, se cílevědomě snaží dodávat státnímu intervencionismu soukromovlastnický obsah i formu.¹⁰⁵⁾

Právě zde je Ripert přístupnější kompromisnímu řešení, které lze označit jako neoliberalistický směr v buržoazní pozitivistické nauce. Přijímá pouze

¹⁰²⁾ Le déclin..., str. 13, 21.

¹⁰³⁾ Le régime..., str. 223.

¹⁰⁴⁾ Aspects juridiques du capitalisme moderne, 1951, I.

¹⁰⁵⁾ Srov. např. E. Kučera, Formy hospodářské činnosti soudobého buržoazního státu, Právník č. 3, 1963.

obecné státní řízení ekonomiky v zájmu ochrany slabých vrstev (uvádí zejména dělníky a spotřebitele), při čemž základní právní struktura, tj. soukromé vlastnictví a smluvní vztahy, mají, podle něho, zůstat nedotčeny.¹⁰⁶⁾ Není tedy divu, že pokládá za možné, ale i za nutné, aby částečná nacionalizace neohrozila podstatu soukromého podnikání; zestátněné podniky nadále zůstanou podniky kapitalistického charakteru, u nichž má legislativa uchovat právní formu podniků soukromých.

Z právních forem, které mohou regulovat i soudobou kapitalistickou ekonomiku, Ripert přikládá mimořádný význam institutu smlouvy. Pro něho a podobně orientované autory, jako je ve Francii R. Savatier, J. Flour, J. Maury, je přímo typické, že vidí ideální právní stav v ustálení klidných, mírových vztahů mezi lidmi, které nabývají převážně formy vztahů smluvních, a donucení se omezuje na potlačování nebezpečné činnosti. Ripert dokonce usiluje původní civilistickou právní smlouvu přenést i na vztahy nemajetkové povahy, stejně jako má širší dosah jeho idea rozvoje dobrovolného mravně motivovaného uspořádání vztahů mezi lidmi.¹⁰⁷⁾ Význam této Ripertovy specifické teorie smlouvy pro soudobý právní pozitivismus zatím nedoceňuje ani buržoazní literatura, ačkoliv Ripert prakticky odhaluje jeden z prvků právního pozitivismu, který je schopen maximálního přizpůsobení nové etapě buržoazní společnosti, zvláště pak její ekonomiky.

K modifikaci tradičního pozitivistického pojetí přispěl již Ripertův výklad filosofického základu právní smlouvy. Dřívější teorii smlouvy, jakožto autonomie individuální vůle („smlouva platí jako zákon“ — Code civil, odst 1134), pokládá za překonanou a uchyluje se, podle mého názoru, k velmi formalistické a tím přijatelnější argumentaci, že „smlouva nadále čerpá svou sílu z dobrovolného podřízení se“. Formálně pojatý je i morální charakter této dobrovolnosti, neboť „na základě morální obligace je civilistická obligace nenapadnutelná“.¹⁰⁸⁾

Takové pojetí odpovídá formálně pozitivistické zásadě „konsensualismu“, jak ji charakterizuje např. J. Flour: „Formalismus se projevuje tím, že souhlas musí být uzavřen do rámce přesně stanoveného zákonem a jestliže jím vydaný předpis není respektován, projev vůle je postižen právní neúčinností na jakémkoliv stupni“.¹⁰⁹⁾

Je též důležité Ripertovo souhlasné zjištění, že zárodky intervence státu existovaly již v Napoleonově zákoníku (zákaz smlouvy, odporující veřejnému

¹⁰⁶⁾ Aspects... str. 257. Na jiném místě píše: „Stát může intervenovat do hospodářství ve prospěch soukromého zájmu,“ str. 260.

¹⁰⁷⁾ Tamtéž, str. 256—262; dále Les forces créatrices du droit, 1955, str. 415 a dal. Morálku při tom vždy chápe jako pouhou motivaci pozitivního práva, nikoliv jako součást pozitivního práva, která by nepodléhala striktní právní formě (La règle morale dans les obligations civiles, 1935).

¹⁰⁸⁾ Le régime..., str. 252.

¹⁰⁹⁾ J. Flour, Quelques remarques sur l'évolution du formalisme (Etudes offertes à G. Ripert, Le droit fr. au milieu du XX. siècle, I., 1950.)

pořádku a dobrým mravům) a byly upřesňovány v průběhu soudní aplikace.¹¹⁰⁾ Vytváří se, jak píše, v této souvislosti nové hledisko „veřejně hospodářského zřízení“, avšak hospodářský život se tak rychle vyvíjí a mění, že zásahy státu do smluvní svobody jsou sice početnější, ale nemohou být nikdy důsledné a všestranné. „Dohoda odporující zákonu, která zajímá veřejný pořádek a dobré mravy, je nicotná, tato nicotnost je absolutní... smlouvy odporující hospodářskému pořádku nejsou řešeny se stejnou přísností. Neexistuje také žádná oficiální instituce, která by mohla určit ekonomické potřeby země.“¹¹¹⁾

Vidíme tedy, že Ripert se nebrání určité modernizaci smlouvy na základě nových ekonomických požadavků, dokonce používá, ne vždy pejorativně termín „řízení“ smlouvy. Avšak tento svůj názor opírá o další neobyčejně důležitý předpoklad, který znamená obhajobu právně pozitivistického stanoviska a současně kompromisní, kritickopozitivistické řešení. Tvrdí totiž, že „nový ekonomický pořádek není vůbec založen na trvalých pravidlech. Ekonomická legislativa je značně proměnná a nestálá, protože musí počítat s prvky, které se modifikují každým dnem, každým měsícem“ a dochází k závěru, že „návrat ke smlouvě je často, podle mínění stran, prostředek, jak vzdorovat nestabilitě zákonodárství. V zákonodárství, které se neustále mění, je to právě smlouva, která se stává pevným a stálým prvkem.“¹¹²⁾

Toto nadhodnocení institutu smlouvy, ve srovnání se soudobým rychle se měnícím zákonodárstvím, má zajisté širší dosah, než čistě civilistický, dotýká se obecné teorie právního pozitivismu a ideologicky sleduje v podstatě tytéž cíle, jako zmíněná Ripertova idea subjektivních práv a zákonnosti. Na druhé straně však, získává-li ekonomický a právní neoliberalismus silnější oporu, pak především v nauce o civilních smlouvách a jejich vztahu k ekonomice soudobého kapitalismu.

*

Větší část Ripertových citovaných prací však neobsahuje syntetický výklad dnešního pozitivistického, liberalistického pojetí práva, nýbrž obšírnou kritiku nebo alespoň resignované stanovisko k novějším změnám buržoazního státu a práva. Ripert byl jedním z prvních a nejvyhraněnějších právních teoretiků, kteří po druhé světové válce počali označovat soudobou etapu buržoazního práva za hluboký úpadek, krizi moderní ideje práva. Z obavy, aby jeho negativistický spis, nazvaný Úpadek práva (1949) nevyvolal mezi teoretickými praktickými právníky tradičního zaměření trvalý pesimismus, vydává později další svou knihu pod názvem Tvůrčí síly práva (1955), a do

¹¹⁰⁾ Podobně italský autor Capograssi konstatuje, že např. očkování proti infekčním nemocem zasahuje do individuálního života člověka též v zájmu společnosti. (*L'ambiguità del diritto contemporaneo, La crisi del diritto* str. 30.)

¹¹¹⁾ Tamtéž, str. 264 (Ripert).

¹¹²⁾ Tamtéž, str. 263.

italského sborníku, věnovaného výhradně problému krize soudobého práva, píše stať o Vývoji a pokroku práva (1953).¹¹³⁾ Rozbor této negativní kritiky může rovněž přinést mnoho důležitých poznatků o metodologickém východisku a ideologii soudobé formálně pozitivistické teorie práva, jež reaguje na poslední změny ve vývoji buržoazního státu a práva.

Ripert spolu s dalšími autory do určité míry již utřídí tzv. krizové jevy buržoazního práva tím, že jejich hlavní ekonomické a politické příčiny spatřuje v rozsáhlé intervenci státu do sociálně ekonomického života a v tendenci moderní demokracie ke státu politických stran (resp. elitních vrstev a korporací). Je to však hledisko velmi relativní, neboť při zkoumání jednotlivých stránek práva tyto příčiny splývají, stejně jako Ripert nerozlišuje, kde krizi buržoazního práva způsobují hospodářské monopoly a kde se prosazuje vliv aktivního působení pracujících tříd.

Teoreticky nejzávažnější je, podle mého názoru, vlastní Ripertova kritika a) tzv. materializace (socializace nebo také zveřejnění) soudobého buržoazního práva a b) technokratického pojetí práva.

a) Jakmile zájem státu o ekonomiku a sociální služby se stal v posledních desetiletích soustavným (zvláště když vnější zásahy státu postupně přerůstají v jakousi vnitřní konfuzi politiky a ekonomiky, takže stát získává neomezenou moc)¹¹⁴⁾, začal mít, podle Ripertova názoru, neblahé důsledky pro právní postavení jednotlivce a právní poměry vůbec. Byl-li tento proces, jak dále uvádí, navíc doprovázen třídním a korporativním hnutím za rozšíření demokracie, zejména za prosazení sociální rovnosti, pak byly dány základní předpoklady tzv. materializace či socializace práva.¹¹⁵⁾ „Jaká je tedy slabost nového práva, které se vytváří? Spočívá v tom, že je vydáváno suverénní mocí, která již nezná žádné omezení svého absolutismu a reaguje pouze na změny veřejného mínění. Bez pochyby se nadále tvrdí, že je třeba uskutečnit spravedlnost, avšak mluví se dnes o spravedlnosti sociální. Nedůvěřujeme každé hodnotě, jež se spravedlnosti přikládá.“¹¹⁶⁾ A dále: „Zdá se, že moderní zákonodárce se zabývá pouze uspokojováním materiálních zájmů.“¹¹⁷⁾ R. Savatier vytýká optimistickým názorům na tuto materializaci práva, že ji naopak pokládají za určitý druh očisty moderního práva.¹¹⁸⁾

¹¹³⁾ La crisi del diritto, Padova, 1953. Do sborníku kromě G. Riperta přispěli italská autoři A. C. Jemolo, G. Delitata, A. Rava, G. Capograssi, F. Carnelutti, P. Calamandrei a G. F. Pallieri.

¹¹⁴⁾ Srov. též R. Pelloux, Le citoyen devant l'Etat, str. 52.

¹¹⁵⁾ „To je základní podnět obrody korporativismu současné epochy. Tvoření skupin probíhá s tímž cílem obhájit a uspokojit materiální zájmy. Nesjednocuje se s životem států, ani nesdružuje své členy na podporu národa. Činí si naopak nárok oddělit bezstarostně své zájmy od rovnosti a podporovat je na útraty celého národa. Skupiny vznášejí své nároky do nekonečna. Tyto nároky se stěží zastaví, neboť nemohou dosáhnout plného uspokojení a takto neustále působí na zákonodárce (Le déclin... str. 31).

¹¹⁶⁾ Cit. d., str. 7.

¹¹⁷⁾ L'évolution et le progrès du droit, La crisi... str. 10.

¹¹⁸⁾ R. Savatier, Realisme et idéalisme en droit civil d'aujourd'hui, Etudes a G. Ripert, I. str. 81.

Přitom v nemarxistické právníkové literatuře je obsah této sociální spravedlnosti, sociálního zájmu, resp. sociálních práv chápán mnohem úžeji, pouze jako otázka reformy, modifikace dosavadních sociálně politických poměrů buržoazní společnosti. Autoři, kteří se staví kladně např. k ústavnímu zakotvení sociálních práv, sice uznávají, že úzká souvislost sociálních a politických práv se projevila velmi zřetelně tím, že dělnická třída ve skutečnosti spatřovala v politických právech nástroj k vydobytí práv sociálních, avšak konstatují pouze obecný požadavek, že „... sociální práva se mohou realizovat jen díky stálé a energické činnosti státu.“¹¹⁹⁾

Teoretický správný názor, jež ostatně důsledně sleduje praxe socialistických států budováním aparátu materiálních záruk politických práv, vyslovuje M. Duverger, zdůrazňuje-li, že „základní ideou ekonomických a sociálních práv je zajistit všem občanům materiální podmínky k uplatnění ostatních svobod.“¹²⁰⁾

Ripert nicméně sleduje s velkými obavami i nauku věnovanou otázce prostředků a forem tzv. sociálního státu (Welfare state), státu sociálních služeb apod. Chápe-li však politická věda otázku nové funkce státu v hospodářském životě z hlediska nejužších politických a ekonomických souvislostí, teorie práva, jež sledovaly linii klasického pojetí práva a legality, posuzují otázky sociálních práv a jejich zabezpečení v první řadě z hlediska rozvoje či ohrožení subjektivních práv, tj. zejména z hlediska demokraticismu moderního státu. A tu vystupuje do popředí rozporná a podle mého názoru bezvýhodná povaha koncepce sociálních práv, aplikovaná v podmínkách kapitalismu, která se jeví nejen jako jistá překážka legislativního zakotvení sociálních práv, nýbrž brání i vytváření materiálních a politických předpokladů jejich realizace. Uznávajíc nezbytnost určité organizátorské činnosti státu v této oblasti, jinak také přechod od pasivního liberalistického statutu občana k statutu aktivnímu, pozitivnímu, zmíněná skupina autorů konstatuje nebezpečí vývoje sociálních práv pro uplatnění ostatních lidských svobod a demokraticismu vůbec. Ripert např. uvádí, že „vědecký pokrok se modernímu zákonodárci jeví jako nová organizace právní. Nemůže jej ostatně zajistit jinak než omezením svobody, neboť musí nahradit staré vztahy smluvní zákonnými vztahy.“¹²¹⁾ To nikterak neznamená, že si neuvědomuje naléhavost problému řízení ekonomiky, ovšem ihned dodává, že „když chceme řídit hospodářství, je třeba nejdříve rozhodnout, kdo je bude řídit“. Stejně G. Burdeau: „Tradiční práva moc omezovala, sociální práva ji zvětšují.“¹²²⁾

Nelze pokládat za uspokojující, že tento proces je označován za úpadek ideje práva nebo tragický konflikt protichůdných tendencí a východisko

¹¹⁹⁾ Burdeau, *Libertés publiques*, 1961, str. 310. Viz též Ripert, *Les aspects...*, str. 225 a dal.

¹²⁰⁾ *Droit constitutionnel et institutions politiques*, str. 209.

¹²¹⁾ *Evolution...*, str. 10.

¹²²⁾ Burdeau, *cit. d.*, str. 311.

se hledá pouze v jistém kompromisu. Uvolňuje-li Ripertova koncepce modernizovaných smluvních vztahů činnost drobnějších a středních podnikatelů, obchodníků, rolníků, popř. jiných slabších vrstev společnosti před monopolizujícími tendencemi trustů, ovlivňujících ekonomickou politiku státu, a obhajuje pozitivní zásady zákonnosti, neřeší podstatným způsobem postavení dělnické třídy, které nadále zůstává bezprostředně závislé na volné souhře sociálně politických sil mezi státem a soukromokapitalistickým sektorem. Tím pokračuje v tradiční opozici proti socialistické přestavbě ekonomického a politického systému společnosti, která probíhá v socialistických státech. Programovost mnohých ustanovení buržoazních ústav je pak jedním z praktických projevů takového pojetí.¹²³⁾

Pesimismus G. Riperta pramení zajisté též z toho, že nevěří ve změnu postoje jednotlivce ke společnosti (např. ve spontánní povědomí určitých zvýšených povinností ke společnosti), která by za příznivých sociálních podmínek navodila odlišné prostředí pro realizaci subjektivních práv občanů, než jaké předpokládala klasická idea subjektivních práv. „Avšak může být pokrok nekonečný? Možná, že pokrok materiální, avšak nikoliv pokrok mravní. Člověk se nemění, nebo v nejlepším případě se mění jen velmi pomalu.“¹²⁴⁾ Neřešitelným se pro něho stává i vztah řízené ekonomiky a svobody práce, takže v ústavním právu na práci logicky spatřuje zárodek nucené pracovní smlouvy.¹²⁵⁾

Stejně je motivována polemika právního pozitivismu proti teorii „sociální funkce vlastnictví“, protože socializace (materializace) práva by zde mohla nejcitelněji ohrozit liberalisticky pojatou individuální svobodu vlastnictví. G. Capograssi, příklánějící se jinak k existenciální filosofii individuální svobody, mluví prakticky o procesu vzniku nového typu vlastnictví: „Takto směřujeme k novému typu vlastnictví. S jedné strany vlastník bez vlastnictví (société), s druhé strany vlastnictví bez vlastníka... subjekt, který již není více subjektem... redukuje jej na prostředek, vytvářejí z něho funkcionáře...“¹²⁶⁾

Pojem socializace (zveřejnění) práva je u citovaných autorů chápán širěji, než by nasvědčovalo dosavadní zkoumání názorů na sociální práva. Organicky zahrnuje i další jev soudobého buržoazního práva, tzv. stavovský, „třídní“ nebo také korporativní prvek, v němž rovněž prolíná materiální, ekonomické a politické hledisko. Není spojován jen s modifikací řízení kapitalistické ekonomiky, ale též s nejnovějším vývojem politických stran a jiných „mimoparlamentních seskupení“. Aniž opět rozlišuje, které společenské

¹²³⁾ R. Pelloux upozorňuje na zpětný reflex splývání ekonomické a politické moci na autoritu státu, např. při stávkách: „Jestliže se dotýkaly jen soukromých podniků, byly morálně méně tíživé. V rámci národních podniků a sociálních služeb zhanobily autoritu státu a otřásly zároven veřejným povědomím stávkujících občanů“. (Le citoyen.... str. 52.)

¹²⁴⁾ Evolution, str. 10.

¹²⁵⁾ Le déclin..., str. 53.

¹²⁶⁾ L'ambiguità del diritto contemporaneo, La crisi..., str. 28.

třídy či vrstvy jsou těmito organizacemi reprezentovány, Ripert k nim přistupuje velmi skepticky, zejména odmítá rostoucí moc odborů a jiných stavovských sdružení. U politických stran ještě doufá v tradiční záruku, spočívající v omezování politických stran mezi sebou navzájem: „Tím, že se politické strany střetávají v Národním shromáždění, lze doufat, že spojení sil nebude moci být uskutečněno proti spravedlnosti.“¹²⁷⁾ Co je ovšem podle Riperta nejnebezpečnější, že materiální požadavky „jsou ve skutečnosti spjaty se způsobem řízení státu v době, kdy stát si činí nárok na řízení hospodářství. Od tohoto okamžiku skupiny tvoří alianci s politickými stranami, které jsou ochotny přijmout jejich požadavky, a jejich vůdci se stávají vůdci politickými“. Je pak přirozeným důsledkem, že „žádné opatření ekonomického charakteru není připraveno vládou a schváleno zákonodárcem bez předběžné konzultace a souhlasu Federace pracujících“.¹²⁸⁾ Roubier tuto otázku zkoumal, převážně z formálního hlediska celistvosti právního řádu. W. Cesarini Sforza s tímto jevem spojuje krizi zákona: „Ukazuje se stále častěji, že ‚obecná vůle‘ je jednoduše vůle jedné třídy, jedné politické strany, skupiny osob, financované určitou osobou... Dnes krize zákona odpovídá jednomu aspektu krize současného státu.“¹²⁹⁾

Ideologicky je kritika tzv. korporativního a stavovského práva zřejmou obranou před marxistickým pojetím tříd a sociálně politickými vymoženostmi dělnického hnutí,¹³⁰⁾ současně však příznivě oslabuje reformistickou teorii korporativismu, která může být v podmínkách monopolistického kapitalismu zneužita mnohem snadněji než buržoazní demokracie. Zvláště ostře je kritizován korporativistický systém, vybudovaný fašizujícím kolaborantským režimem gen. Pétaina za 2. světové války.

Ripert tu byl zajisté ovlivněn i některými specifickými problémy občanského práva, legislativní techniky apod., jejich řešení má ovšem velmi často obecnější povahu. Platí to v první řadě o Ripertově hodnocení důsledků, jež vyplývají ze stavovských a korporativních prvků, jakož i dalších projevů tzv. socializace práva pro právní formu smluvních vztahů a soukromého práva vůbec. Toto hodnocení je namířeno vůči procesu „zveřejnění“ soukromoprávních smluv, zvláště pak proti vydávání právních předpisů, upravujících samostatným způsobem poměry jednotlivých povolání a korporativních seskupení. Volnost utváření smluvních vztahů mezi lidmi je podstatně narušena takovouto kategorizací smluvních stran, které navíc se opírají o různá stavovská a korpora-

¹²⁷⁾ *Le déclin...*, str. 27.

¹²⁸⁾ tamtéž, str. 31. Srov. též názor A. C. Jemola v čl. *La crisi dello Stato*: „Neboť řízená a kontrolovaná ekonomie posvětila velkou moc funkcionářů... Parabola moderního státu může poznamenat ve dvou mezích vůdce, který se prohlašuje za prvního služebníka státu a byrokracie, která neříká nahlas, ale cítí Stát jsem já!“ (str. 128).

¹²⁹⁾ *La crisi della legge*, *Rivista int...*, 1954, str. 15.

¹³⁰⁾ Srov. např. jeho úvahy o kolektivních smlouvách, *Le régime...* kap. V. a VII., zejm. str. 394 a dal.

tivní sdružení, protěžovaná organizacemi politickými. Jde vlastně o další stupně zveřejnění soukromého práva, zamítá se dělení systému práva na soukromé a veřejné právo pod heslem „vše se stává veřejným“.¹³¹⁾ Ripert si velmi dobře uvědomuje, že tento proces probíhá v legislativě, která vstřícně rozvíjí formy jakési řízené smlouvy.

Kromě toho korporace vytvářejí vnitřní pravidla chování svých členů (organizační řády s disciplinárními sankcemi), která navenek jednotlivce citelně ovlivňují,¹³²⁾ takže moderní právo je ohrožováno dříve neznámým pojmem prostředkujícího práva (*droit intermédiaire*).¹³³⁾

Velmi zřetelnou analogii tohoto vývoje, který již přesahuje rámec stavovského a korporativního práva, představuje to, co Ripert nazývá veřejnoprávní, zejm. administrativní autorizací soukromých aktů, včetně tvorby anonymních společností: „Funkcionář státu je povolán ověřovat, kontrolovat soukromé akty. Tyto akty nejsou platné bez autorizace státu.“ Intervence státu, podle jeho názoru, tu nejen ztěžuje uzavírání smluv, diskriminuje soukromé akty podle různých i skupinových zájmů, nýbrž vede k nebývalému rozvoji administrativních a dokonce trestních sankcí a z hlediska právní formy (techniky) ke značné právní nejistotě.¹³⁴⁾

Ukazuje se, že všichni odpůrci tohoto druhu intervence státu sledují hlubší cíl, zabránit rozsáhlejší kontrole soukromovlastnické sféry a procesu nacionalizace. Stejně tak obava před narůstáním moci administrativy se vztahuje na obecné postavení zákonodárné a výkonné moci,¹³⁵⁾ dále na kvantitu a ostrost donucovacích sankcí a obecné administrativní disciplinární řízení, jehož rozvoj pozitivistická nauka pokládá za porušení dělby soudcovské a administrativní moci.¹³⁶⁾

Markantní projev této administrativní autorizace, která již dávno překročila hranice nejnutnější ochrany obchodu, je spatřován v charakteru a úloze dnešních anonymních společností. Ripert shodně s W. Lippmanem (*Cité libre*, Paris 1938) celkem přesvědčivě dokazuje, že tyto společnosti nejsou již prakticky smluvní, ale umělou institucí, jejíž organizace i hospodářská autorita je upravena a schvalována státem (srov. též v dvacátých letech vznik

¹³¹⁾ Ripert se již nikde nezabývá tím, zdali jde o skutečně veřejné, sociální prvky těchto změn nebo pouze o modifikované formy moderního kapitalist. vlastnictví a prostředků přizpůsobených politickému systému.

¹³²⁾ Srov. Roubier, *L'ordre juridique*, str. 16. Capograssi v případě smlouvy mluví o tendenci k promítání navenek, k transformaci podle požadavků skupiny, k vyvlastnění vůle své moci.

¹³³⁾ Ve filosofii práva tuto otázku zpracovává a do značné míry absolutizuje protipositivist. teorie institucí a hierarchického normativního řádu společnosti (Renard, S. Romano, dříve F. Battaglia aj).

¹³⁴⁾ Např. kolektivní smlouvy se stále více vzdalují formě smlouvy, neboť podléhají schválení ministra práce.

¹³⁵⁾ *Le déclin...*, str. 8—13.

¹³⁶⁾ *Aspects...*, str. 260 a dal.

společností s ručením omezeným).¹³⁷ Je možno říci, že právě v kritice statutu akciových společností se skrývá koncentrovaná ideologie soudobých neoliberalistických tendencí proti monopolismu, poněvadž tento statut umožnil snížit na minimum uplatnění zásady volné soutěže. Tuto kritiku dnes neoliberalismus nevede otevřeně, ale odsuzuje hlavně zmíněné formy státní intervence.

Je jen přirozeným vyústěním pozitivistické analýzy tzv. krizových jevů buržoazního práva, hledají-li se v nich zcela jednostranně příčiny nepříznivých úkazů v oblasti legislativy a jejím postavením ve společnosti. Mnozí z citovaných autorů sice dnes tuší např. mimořádné velký význam sociálních skupin, resp. tříd a jejich organizací, avšak zcela opomíjejí, že rozvoj dělnického hnutí a jeho v určitém smyslu destruktivní vztah k buržoaznímu státu a právu je zákonitý, pokud se staví negativně k liberalistické, sociálně nespravedlivé ideji individuální svobody vlastnictví a k liberalisticky pojatému politickému systému; podobně nezkoumají sociální kořeny růstu státní intervence a zůstávají u pasivního popisu jeho znaků. Přitom boj revolučního dělnického hnutí proti reformismu, spjatému s politikou monopolů, se může v konkrétních otázkách s touto liberálně pozitivistickou kritikou nových jevů buržoazního státu a práva sbíhat a vytvořit společnou demokratickou opozici proti tendencím, ohrožujícím buržoazní demokracii.

Konstatovaná labilita zákonů, úpadek zákona jako pramene práva, vznik tzv. elastických norem a všeobecné nálady nedodržování práva skutečně příčinně souvisí s opatřeními, která nepříznivě zasahují do subjektivních práv jednotlivce, avšak hlavní příčiny je třeba hledat v obecných krizových jevech buržoazní společnosti, tj. v rostoucí tendenci společenského vývoje k socialismu a v opatřeních, které se strukturálním změnám buržoazní společnosti brání, třebaže velmi pružnými a přizpůsobivými formami.

Za těchto okolností má jen omezený ideologický obsah zjištění, že dnešní zákonodárství je hypertrofií vrchnostenské nařizovací činnosti státu (Capograssi), pouhým strojem na výrobu předpisů, jež podceňují možnosti smluvní úpravy lidských vztahů a upadají do vnitřních rozporů (Ripert); podobně zjištění nebývalého porušování práva, které zasahuje i zákony, ideji moderního práva odpovídající.

Rovněž W. Cesarini Sforza, zastávající stejné stanovisko a označující dnešní stav legislativy za krizi zákona, se spokojuje s formálním zjištěním, že došlo k degeneraci legislativní činnosti, protože zákony jsou nyní vnitřně rozporné, často neužitečné, neaplikovatelné a iluzorní a uvádí v duchu formálně pozitivistické nauky, že „krize zákona se bude jevit ve zcela jiném světle, bude-li zákon považován za pramen hodnocení, za klíč k poznání právního řádu,

¹³⁷⁾ „Naši otcové bojovali po celé století za to, aby odstranili administrativní autorizaci tam, kde se uchovala, aby zamezili autorizaci pro ustanovení anonymních společností a sdružení, pro obecné smluvní podmínky. Prostým opomenutím minulosti či radikálním obratem mínění naše století stanovilo to, co předchozí považovalo za zlo“. (Le déclin... str. 48)

jako výrazu vůle, rozlišujícího mezi tím, co v daném okamžiku platí a co neplatí jako právo“.¹³⁸⁾

Konečně je třeba upozornit, že francouzští pozitivističtí autoři se nevyjadřují zcela jednoznačně k jurisdikční praxi Státní rady. I když obdivují jurisprudenci Státní rady jako právní záruku zákonnosti, zejména rozvoj odvolacího řízení proti překročení administrativní moci, zdůrazňují, že přes množství zrušujících rozhodnutí Státní rady neexistuje reálná cesta, jak donutit stát znovu ustanovit poměry, které byly otřeseny nebo zničeny. Přitom se vyhýbají hodnotit skutečnost, že jurisdikce Státní rady jakožto zvláštní apelační instance v oboru administrativy se stala významným pramenem administrativního práva, který nesporně řeší potřebu pružné normotvorné činnosti za změněných podmínek ekonomické činnosti buržoazního státu, ovšem na úkor buržoazně demokratické instituce suverenity zákona.

V právně pozitivistické literatuře bývá též často vystaveno odmítavé kritice právo socialistické za svou otevřenou úpravu sociálně ekonomických podmínek nového řešení vztahu jednotlivce a společnosti. Protože pojem materializace, zekonomizování a zideologizování práva (vezmeme-li např. v úvahu jeho užití u Kelsena, dále odpor proti Pašukanisovu ekonomickému právu a jeho negativnímu vztahu k právní abstrakci)¹³⁹⁾ tu je určován již bojem dvou typů politické a právní ideologie, nelze se obejít bez rozboru celkového marxistického pojetí práva, které však není vlastním předmětem této studie.

Pokud existují některé obdobné formální nebo obsahové jevy v dnešním buržoazním a socialistickém právu, nabývají v kontextu se základním pojetím práva a sociálně politickými podmínkami obou typů společnosti podstatně odlišný charakter. Z tohoto hlediska bude třeba hodnotit i koncepci sbližování či postupné syntézy socialistického a buržoazního systému práva, již jsou nakloněni i někteří buržoazní právní komparativisté.¹⁴⁰⁾

b) Zvláštní místo zaujímají v ideologii soudobého právního pozitivismu výhrady k některým krajně formalistickým tendencím v soudobém buržoazním právu, podporujícím, díky svému abstraktnímu, obsahově lhostejnému charakteru, současně liberalistické i antiliberalistické teorie práva. Máme na mysli především ty projevy právního formalismu, které vycházejí z technokratické koncepce práva. Typický je opět postoj G. Riperta: V souladu s dříve uvedenými názory konstatuje, že nadešla éra tzv. striktních nařizovacích zákonů, a dovozuje, že „nařizovací zákon je matematicky přesný, což neumožňuje žádnou diskusi, žádné hodnocení motivů a účelů aktů. V moderním zákoně naopak se text aplikuje automaticky. Bylo by možné se téměř obejít bez právníků, pokud jde právě o aplikaci práva. Den, kdy se stát vložil

¹³⁸⁾ La crisi della legge, Rivista..., 1954 str. 3—20.

¹³⁹⁾ Viz např. Communist Theory of Law, N. Y., 1955 aj.

¹⁴⁰⁾ viz S. L. Zivs, Reakcionnaja utopističeskaja koncepcija „syntěza“ soc. i burž. pravových systém, Sov. gos. i pravo, 6) 1960.

do řízení ekonomie, lidé vědy se radují. Lze teď upravit výrobu a rozdělování výrobků pomocí matematických formulí. Lidé jsou od této chvíle mystickými bytostmi, označenými abecedními písmeny.“ A dále: „Matematikové, z nichž mnozí dnes pracují v administrativě, opovrhují nepřesností právních pravidel a činí si nárok na řízení světa pomocí formulí. A právníci na ně nevrhají rozzlobený pohled odmítnutých humanistů, neboť se obávají, aby nebyli obžalováni, že nemají vědeckého ducha, a žijeme v epoše, kdy je pohanění smrtelné... Zákonodárce tedy začal třídit lidi, věci a úkony, takže bude snadné aplikovat zákon automaticky“.¹⁴¹⁾

Tato polemika proti technokratickému, matematizujícímu pojetí práva a jejím neblahým důsledkům pro politické a právní instituce buržoazní demokracie je značně oslabována tím, že se Ripert i jiní brání pochopit některé objektivně podložené teze technokratismu o nutnosti plánovaného řízení moderní výroby, popř. jiných společenských procesů, jakož i odpovídajících změn v právní nadstavbě.

Technokratická teorie práva skutečně počítá, v zájmu ničím neomezeného rozvoje techniky v materiální výrobě, s absolutním podřízením lidských vztahů výrobně technickému plánu a matematickému výpočtu; v právu tato zásada vede k pohlcení subjektivních práv občana normami technickými, k zmechanizování lidských vztahů. Podle J. Ellula „soudcovský prvek není již pověřen ani nalézáním spravedlnosti, ani tvorbou práva, pouze aplikací... veškeré právo závisí na právním technikovi... Technik ve skutečnosti odmítá jak historickou školu, tak přirozené právo. Právo není ničím jiným než souborem technických norem (Jünger)“.¹⁴²⁾ I když se marxistická teorie práva nemůže ztotožnit s Ripertovým pojetím takřka absolutní stability právního řádu, rovněž nepovažuje technické normy za právní normy ve vlastním slova smyslu a tím spíše odmítá redukci práva na tuto normativní formu, jež upravuje přírodně technické a nikoliv společenské procesy a vztahy. Pokud technické normy tvoří v socialistických státech významnou součást právních předpisů např. o hospodářském plánu, mají právní povahu jen díky jejich spojení s komplexem určitých právních vztahů mezi lidmi. Změní-li se podmínky tohoto spojení technických a právních norem za komunismu, technické normy nutně ztratí svou přechodnou „právní“ formu.¹⁴³⁾

V této souvislosti by bylo nanejvýš zajímavé zkoumat možný podíl norma-

¹⁴¹⁾ cit. d. str. 71—73. Srov. též *Evolution...* str. 10, kde odmítá ztotožňovat vědecký a právní vývoj.

¹⁴²⁾ J. Ellul, *La technique ou l'enjeu du siècle*, 1959, str. 10. Na základě tohoto zúženého pojetí práva pak dospěl k závěru, že „jsme právě překročili tradiční postoje; právo zabezpečuje pořádek. To dospělo svého kulminačního bodu u Kelsena a přenáší se v urč. formách do nacismu“ (str. 268).

¹⁴³⁾ Srov. např. Diskuse o otázkách soudobého socialistického státu a práva, *Acta Univ. Carolinae*, č. 1/1962 (J. Boguszak).

tivní teorie práva na této nejnovější fázi formalizace právních jevů a otázku, v jakém vztahu je k této matematizaci práva starší, mechanistická teorie interpretace a aplikace práva. Již předběžný rozbor naznačuje, že formálně pozitivistická nauka, na rozdíl od technokratismu, nepřestala alespoň ve formě dogmatického předpokladu přistupovat k právu jako konečnému logickému vyjádření práva přirozeného, takže se vždy mlčky opírala o širší, ideologické učení právního pozitivismu, které zejména uchovávalo kategorii subjektivních práv. Není divu, že se dnes pochybuje o možnostech využití kybernetiky v právu, tj. také o teorii simplifikace práva (Savatier).¹⁴⁴⁾ Spornější je tato otázka v normativismu, který naopak představoval určitou matematizující linii buržoazní teorie práva, dokonce požadoval použít hlediska zjednodušení, vycházejícího z moderního filosofického pojmu „ekonomie myšlení.“ Nelze nevidět, že ovšem normativní teorie tuto linii konstruovala v oblasti poznání práva, nikoliv v oblasti jeho tvorby a aplikace, zatímco technokratismus mechanizuje přímo reálné právní vztahy a legislativní činnost státu. Pokud v soudobých buržoazních státech podporují právní formalismus i ty síly vládnoucí třídy, které zamítají systém rozvinuté buržoazní demokracie a jsou spjaty s monopoly, aplikují formalismus právě v tomto zúženém a zjednodušujícím smyslu, bez ohledu na ideologický základ právního pozitivismu.

2. K otázce hodnocení práva v soudobé formalistické právní teorii.

Obsahové, ideologické spory, vedené právním pozitivismem, probíhají též v mnohem obecnější formě; v období nejnovějšího rozvoje teorie přirozeného práva stává se v buržoazní teorii práva znovu středem pozornosti obecný vztah práva a spravedlnosti, resp. morálky, jakož i další pojmové znaky práva, které nelze odvodit z pozitivního práva a které tedy náleží k tzv. extralegálním právním jevům. Soudobý právní pozitivismus se k těmto pojmům vrací nejen proto, že se chce vyjádřit k právu *de lege ferenda*, nýbrž také proto, že je po druhé světové válce přinucen obhájit formálně pozitivistickou nauku před útoky přirozenoprávní školy a jiných antipozitivistických směrů, které ji obviňovaly z konformismu s totalitními fašistickými režimy. I takoví autoři jako je G. Radbruch vytýkali právním pozitivistům, že jejich zásada „zákon je zákon“ znemožnil právní vědu a soudní justici obhájit před

¹⁴⁴⁾ „Nejbludnější ze všeho je domněnka, že holé věci ve své přirozené pravdivosti jsou jednodušší než právní pojmy, které je zahrnují.“ (Savatier, *Réalisme et idéalisme...*, str. 82) Autor konstatuje, že i sovětské právo chtělo provést zjednodušení, ale nyní, podle jeho názoru, se snaží postupovat vědecky, s použitím celého aparátu právní techniky. „Hledat zjednodušení práva prostřednictvím prosté výzvy k spontánnímu působení materiální reality směřuje nakonec ke zrušení jakéhokoliv práva a spravedlnosti.... Pokrok spočívá v rozvoji právní techniky a v její specialisaci. Jediné možné zjednodušení moderních technik záleží v co možná nejlepším spojení znalostí a nejlepšího využití těchto znalostí ve prospěch lidského pokroku.“ (tamtéž, str. 83–84).

zvlášť nacismu¹⁴⁵⁾. Je proto široce zkoumána otázka „etatismu“ formálně pozitivistické teorie práva, eventuální vliv normativistické lhostejnosti k obsahu práva, možnost sepětí pozitivního práva s ideou spravedlnosti atd.

V podstatě se tedy obnovuje spor mezi zastánci odlišení pozitivního práva a ideje spravedlnosti a zastánci jejich vzájemného splynutí. Obnovují se i různé koncepce obou stanovisek, např. teorie absolutní hodnoty spravedlnosti před právem pozitivním, dále tzv. relativistická, sociologická, konvencionalistická teorie spravedlnosti, etický pozitivismus apod. Různost názorů velmi často pramení ze základního filosofického východiska a obecného pojmu práva, neboť k ideji spravedlnosti (přirozeného práva) se vyjadřovaly prakticky všechny buržoazní právní školy.

V této studii se chci stručně zmínit jen o dnešním charakteru pozitivistické kritiky přirozeného práva, popř. o přizpůsobení právního pozitivismu nové ideologické situaci. Je zřejmé, že formálně pozitivistická nauka tu navazuje na starší učení, jež rozlišovalo reálné, pozitivní právo a právo ideální (ve filosofii zhruba rozlišení faktu a hodnoty), a dále na specifickou alternativu reálného a ideálního práva, jež rozeznává právo jaké jest a právo jaké má být. Právní pozitivismus dospěl až k tzv. legalistické koncepci spravedlnosti, v níž už sama platnost pozitivního práva se považuje za projev spravedlnosti. V normativismu sice kategorie „mětí“ měla především význam gnoseologický a nikoliv hodnotící nebo dokonce normotvorný, avšak ve spojení s normativní ideou základní, nejvyšší normy i toto mětí hledá pramen práva mimo rámec pozitivního práva.¹⁴⁶⁾ Týmž rozparem trpí i pozitivistická kritika G. del Vecchia, vytýká-li mu, že směřuje neoprávněně v jedno pojem právní platnosti, účinnosti a spravedlnosti a dává tak přednost moderně pojatému právu přirozenému. Odlišnou filosofickou genezi je třeba konstatovat u tzv. etického pozitivismu, který byl formulován, jak uvádí N. Bobbio, pod vlivem pravých neohegelovců, zejména jejich základní myšlenka, že dodržování zákonů je morální povinnost. K podobným důsledkům může dospět Verdrossova teorie prvotního a druhotného přirozeného práva, při čemž druhotné přirozené právo je realizováno v právu pozitivním.¹⁴⁷⁾

V soudobé buržoazní teorii práva nemá ovšem největší odezvu metafyzická, absolutně pojatá spravedlnost, obsahující zásadu, že „právní norma je platná, jen je-li spravedlivá“, nýbrž právě určitý etický formalismus, resp. teorie spravedlnosti (hodnoty), která se zabývá převážně hlediskem aplikace práva. Socio-

¹⁴⁵⁾ Srov. dále F. Brunner, *Gerechtigkeit*, Zürich 1943, str. 7: „Totalitní stát není nic jiného než do praxe uvedený právní pozitivismus“; dále C. Schmidt, W. Oswald (*Formalismus in der Jurisprudenz und materielle Rechtsethik*, Freiburg, 1957)

¹⁴⁶⁾ Srov. Roubier: „Právo musí jít dále než sociologie, protože musí zkoumat nejen co je, ale i co má být, co stanoví nejlepší životní pravidlo ve společnosti. Právo však nemůže jít dále než morálka...“ (*L'ordre juridique...* str. 10)

¹⁴⁷⁾ *Abendländische Rechtsphilosophie...* str. 254. Srov. též Oswald a jeho teistický dualismus přirozeného práva prvotního a druhotného.

logické směry, např. jeden z jejich představitelů v oboru státního práva G. Burdeau, se staví k otázce spravedlnosti vcelku lhostejně, nicméně uznává nutnost hodnocení shody práva se sociologickou situací; pro Burdeaua je právo sociologicky podřazeno kolektivnímu zastoupení, v němž je nalézán společný fond práva a morálky.¹⁴⁸⁾ Teorie institucí přichází ve skutečnosti se zbožněním prvku organizace, počátky společenského života byly provázeny společenskými normami (S. Romano).

V německé jurisprudenci se mj. extralegální právo spatřuje v požadavku zdokonalení formy (techniky) aplikace práva („právní umění“); na rozdíl od filosofie přirozeného práva je chápána spravedlnost pouze jako relace logického obsahu právního řádu a formy v hodnocení soudce.¹⁴⁹⁾

Teprve zastánci moderního právního pozitivismu chápou protiklad mechanistické interpretace práva a tzv. tvůrčí jurisprudence jako problém ideologické povahy, s ohledem na hodnotící kritéria při aplikaci práva.¹⁵⁰⁾ To znamená, že také může být řešen na půdě pozitivistické ideologie a nikoliv teorie pozitivního práva. Pozitivismus takto nejen že chápe aktivní úlohu soudce, ale zabývá se i kritériem jeho hodnocení. Jeden z hlavních autorů pozitivistického ideologického směru N. Bobbio se domnívá, že ideologie v tomto smyslu odvozuje svůj obsah z dlouhé zkušenosti pozitivního práva, a to ve sféře ochrany občanských práv a svobod. K jejím zásadám pak náleží klasická idea *nullum crimen sine lege*, právní jistota občanů a zákonnost. Jde vlastně o zaměření, které by mohlo být označováno jako umírněný etický pozitivismus.¹⁵¹⁾ Totéž tvrdí R. Bindschedler, když při zkoumání kelsenovské základní normy dochází k závěru, že „pozitivnost právního řádu znamená právní jistotu a ta je již nepochybnou hodnotou“.¹⁵²⁾ Ch. Perelman rovněž počítá s modifikací zákona soudcem v mezích obecných zásad pozitivního práva.¹⁵³⁾ Má se za to, že ideologie právního pozitivismu rozšířila obzor zkoumání práva natolik, že je schopna překonat dřívější lhostejnost k obsahu pozitivního práva a jeho nebezpečné politické důsledky, stejně jako řešit problémy, které přináší nová etapa právní vědy.¹⁵⁴⁾

Je zajímavé, že Kelsen v jedné ze svých posledních prací opět vyvrací základní teze přirozeného práva a pozitivistické nauce již tradičně vytýká směšování čistě teoretických a ideologických prvků, avšak sám obšírně zkoumá důsledky svobody, rovnosti před zákonem a sociální práva a shledává rovněž

¹⁴⁸⁾ cit. d., I.

¹⁴⁹⁾ *Naturrecht oder Rechtspositivismus?*, Darmstadt, 1962

¹⁵⁰⁾ Bobbio, *Positivismo giuridico*, 1961, str. 40 a dal.

¹⁵¹⁾ tamtéž

¹⁵²⁾ Srov. hodnocení pokrok. ital. teoretika U. Cerroniho, *Concezione normativa e sociologica del diritto*, *Democrazia e dir.* 3/1961, dále Kelsen e Marx, *Rivista...*, 1960, str. 660

¹⁵³⁾ Sborník autorů *Le droit naturel*, Paris 1959, str. 127

¹⁵⁴⁾ tamtéž str. 175 a 205

obecné zásady práva, které soudce respektuje. Hlavním argumentem je zajisté existence nejvyšší normy, třebaže v mezích pouhého vědeckého formalismu.¹⁵⁵⁾

*

Jak se posléze ukazuje, formálně pozitivistické teorie práva nadále odmítají komplexní zkoumání práva a přeceňují význam jeho formy jako jediné vědecky postižitelné svézákonitosti práva. Stále více však ustupují od metodologického systému krajního formalismu, který je narušován sociálně politickým kontextem práva. Zejména je to patrné při řešení otázky obecné právní formy v procesu aplikace (konkretizace) práva, kde velký vliv na právní nauku vykonává právní praxe a jejím prostřednictvím okamžité záměry vládnoucích skupin buržoazie, které se předtím nemohly pružně prosadit cestou zákonodárství (v hmotném i procesním právu). Také mnohé rozporné stránky starší pozitivistické nauky předurčovaly zmíněný vývoj teoretického formalismu.

Účelem této práce není vyhledávat a shromažďovat pouze ty znaky, které svědčí pro odlišné, formalistické zaměření pozitivistické nauky, nýbrž i všechny ostatní projevy její metodologie resp. filosofie a ideologie, které umožňují pochopit celý teoretický systém tj. i styčné body s jinými školami buržoazní teorie práva; na jednotlivé školy buržoazní teorie práva nelze pohlížet jako na samostatné směry, které si činí nárok na postižení veškeré vědecké problematiky práva, nýbrž jako na určitou názorovou koncepci o tom, co je třeba považovat za vedoucí, specifickou svézákonitost práva a adekvátní metodu zkoumání. Jak jinak si vysvětlit, že zástánci pozitivistického formalismu, např. normativci, přes svůj krajně formalistický postoj uznávají nezbytnost zkoumání práva jako sociálního jevu tj. i sociologickou metodu zkoumání práva. Gény, jak známo, vybudoval ucelenou teorii právní techniky a podobně Petražíckí přisuzoval velký význam právní dogmatice, bez níž pokládal svou základní psychologickou koncepci v právní praxi za nemyslitelnou. (To platí i o teorii přirozeného práva a právní fenomenologii, které nemohly ignorovat problém pozitivního práva a jeho působení na společenské vztahy.) Ani právní pozitivismus ani jiná teoretická hlediska nemohou zcela uniknout řešení objektivní funkce práva, spočívající v mocenské normativní úpravě společenských vztahů a v její formální a obsahové závaznosti. Tím spíše každá analýza buržoazní teorie tak či onak musí konstatovat a hodnotit všechny rozpory zkoumaného teoretického směru, třebaže se tím zjišťují odchylky od jeho typických tezí.

Vývojové změny formálně pozitivistických teorií práva, oslabující formálně logické stanovisko, neopravňují k tvrzení, že tento směr dnes nehraje významnější úlohu. Jsou naopak teoretickým výrazem různých filosofických, ideolo-

¹⁵⁵⁾ tamtéž str. 12, 57—58

gických a sociálních tendencí soudobé buržoazní společnosti, které často velmi rozdílně reagují na formu práva a osobitým způsobem si představují její využití při tvorbě obecných pojmů i při praktické aplikaci v legislativě a procesu uskutečňování práva. Forma práva je však vždy preferována před jinými stránkami práva. Zde je zajisté nutno posoudit vliv vývojových změn a úrovně jak soudobé buržoazní filosofie a sociologie tak státoprávních institucí a zájmů, které se v buržoazní teorii práva v kladném i záporném smyslu odrážejí, zejména právní názory velké buržoazie, středních vrstev a opozičních tříd.

Charakteristika formálně pozitivistické nauky a objektivní zjištění zmíněných vlivů ovšem vyžaduje jejich zkoumání z hlediska vývojových a konkrétních sociologických souvislostí v jednotlivých zemích a u jednotlivých autorů. Pak je možné v marxistickém hodnocení konstatovat vedle třídně ideologického dosahu pozitivistického formalismu i jeho teoretický přínos, pokud jde o logické zpracování otázky formy práva (zvláště uvážíme-li zákonitost relativně samostatného vývoje právní formy i vzhledem k socialistickému právu), a dále některé příznivé důsledky politické, zejména pro obhajobu buržoazní zákonitosti a vůči některým reakčním opatřením v soudobých buržoazních státech:

a) Z ideologického hlediska je odpor proti komplexnímu zkoumání práva a vysoký stupeň izolace formy pozitivního práva od obsahu, a tím spíše od jeho sociální podstaty, nepřijatelný, neboť nadále pěstuje zkreslené představy o celkové sociální funkci práva a v určitých podmínkách může být využit i nejreakčnějšími politickými režimy. Současně je respektování formy práva nezbytným předpokladem zákonnosti a zejména v souvislosti se vznikem tzv. ideologie právního pozitivismu mohou některé formálně pozitivistické názory prospět demokratickému hnutí proti monopolistické buržoazii. Brání též širšímu pěstování právní mystiky přirozenoprávní a klerikální právní ideologie. Přitom v tvorbě základních právních pojmů a metodologických zásad nedošlo k absolutnímu odtržení formy od obsahu, zejména také díky těsnému sepětí formálně pozitivistické teorie práva s právní praxí. Vývoj soudobého právního pozitivismu je příznakem toho, že buržoazní právní nauka považuje krajní formalistický postoj již za anachronismus.

b) Velmi složité otázky přináší hodnocení ideologických názorů právního pozitivismu, které se objevují při kritice jiných, antiformalistických směrů a nových jevů v soudobém buržoazním státu a právu. Náleží-li k ideologii „střízlivého“ právního pozitivismu obhajoba ideje základních subjektivních práv a svobod, právní jistoty a zákonnosti, představuje tento směr určitou protiváhu vůči rostoucím tendencím totalitní intervence státu a podřizování širokých vrstev společnosti monopolistické buržoazii. Opačnou roli hrají názory soudobé pozitivistické nauky, pokud mezi subjektivními právy úsilovně konzervují liberalistický institut soukromého vlastnictví včetně jeho podnikatelských forem, jež v podmínkách soudobého buržoazního státu podřívají sociální a po-

litické vymoženosti pracujících a brání rozvoji moderních forem řízení hospodářství. Polemika mezi jednotlivými směry buržoazní právní nauky může vést jen k dílčím vědeckým výsledkům, avšak nemůže překlenout základní rozpory buržoazní společnosti, které v buržoazní právní nauce zůstávají v podstatě nedotčeny.

Květen 1963

ХАРАКТЕР СОВРЕМЕННЫХ ФОРМАЛЬНО-ПОЗИТИВИСТСКИХ ТЕОРИЙ ПРАВА В ЗАПАДНОЙ ЕВРОПЕ

(Резюме)

Некоторые новые явления в послевоенной буржуазной теории (философии) права постепенно стали настолько значительными, что начали определенный дальнейший этап новейший буржуазной правовой науки. Ее континуитет со старшим периодом при этом не мог быть несколько нарушен, так как современная буржуазная теория права в действительности является только додуманной и модифицированной концепцией взглядов, вызванных новым фазисом социально-политического и идейного развития капитализма в начале 20-го столетия, а в особенности между 1 и 2 мировой войной. Но здесь происходит явная кристаллизация типичных тенденций новейшего буржуазного понимания права, которые в конце концов отвечают уже четко обозначенной ориентации буржуазного общества на хозяйственную и политическую систему монополистического капитализма и одновременно приспосабливаются необычному развитию мировой социалистической системы.

Характер формально-позитивистских теорий права в Западной Европе стоит под сильным влиянием этого процесса кристаллизации буржуазной теории права, в особенности же под влиянием постепенного преобладания монополистских тенденций государственного интервенционализма над либералистическими направлениями. Марксистская научная литература расценивает современный этап буржуазной теории права как глубокий кризис юридического формализма и позитивизма, а именно в особенности с точки зрения изменений в понимании буржуазной законности. Эти явления кризиса отмечает и большая группа западноевропейских авторов (Г. Риперт и др.), которая, однако, не обращает никакого внимания на социально-экономическую и классовую сторону этих явлений.

Современное положение полемики между формально-позитивистскими и антипозитивистскими направлениями не свидетельствует о том, как иногда указывается, что теории правового формализма и позитивизма потеряли любое сколько-нибудь крупное значение. Более глубокий анализ показывает, что и при измененных обстоятельствах некоторые социально-политические и идеологические условия действуют в пользу формалистических концепций или по крайней мере части их тезисов: правосознание противомонополистически настроенной мелкой и средней буржуазии; право продолжает оставаться важным орудием регулирования общественных отношений, т.е. и при создании новых правовых институтов (в частности, и при международной политической и экономической кооперации); поддержка юридических институтов буржуазной демократии и законности со стороны реформистской, а в определенном смысле и марксистской юридической идеологии.

1. Если формально-позитивистские теории права дожили до настоящего времени, то они должны были испытать на себе многие изменения, которые отвечали бы новым явлениям в развитии государства и права.

Позитивистская юридическая наука второй половины 19-го столетия (Bergbohm в отличие от аналитической юриспруденции Й. Аустина) в общем сохранила еще характер юридической философии (в отличие также от французской интерпретационной школы Exegese), так как едва ли она могла совершенно игнорировать большую философскую традицию в прежней науке о праве, так же как полемику против естественного права должна была вести, прибегая к философской аргументации. Одновременно открытие позитивистской философии ослабило философские основы школы естественного права и позволило сузить философскую тематику и свести ее к вопросам позитивного права и его применения.

В ходе дальнейшего развития единый фронт юридического позитивизма разделяется и формально-позитивистская точка зрения удерживается в нескольких разных образом модифицированных формах, которые, однако, исходят только из отдельных принципов прежнего юридического позитивизма. В первых десятилетиях 20-го столетия возможно различать философствующую, так наз. чистую правовую науку, а именно нормативную теорию, далее, позитивистскую (или же неопозитивистскую) правовую науку, обобщающую формально-догматическую правовую практику, и практическую позитивистскую точку зрения антипозитивистских теорий права.

В этот период имело место не только нарушение единства позитивистской школы, но и потеря ее теоритической монополии. И идея чистой правовой науки была не простым продолжением юридического позитивизма 19-го столетия. Она развивала позитивистский формализм в новых условиях и на основании новейшей философской аргументации, которая на время позволила преодолеть в юридическом позитивизме последствия возрастающего противоречия между формой (техникой) и содержанием права. Существенное значение в этом отношении имела нормативистская идея правовой науки как чисто юридической методологии (теория правовой науки), которая одновременно сводит философскую материю к так наз. формальной гносеологии. Строгое понимание формы права представляло определенное препятствие для тех политических сил, которые начали умалять идею законности, несмотря на то, что в условиях классового общества некоторые его идеи могли быть использованы и в противоположном направлении. Характерно то, что авторы широких полемик против нормативистов одновременно признают вклад теории права Кельзена для решений новейшей буржуазной науки и занимают по отношению к ней эклектическую позицию.

Особую роль играло развитие правовой практики, представлявшееся в правовой науке юриспруденцией, в которой вплоть до настоящего времени сохранилась сильная формально-позитивистская (догматическая) тенденция. Юриспруденция своим практицизмом преодолевает, или же оставляет в стороне, теоритические проблемы и противоречия и ее позитивистский характер может быть признан в общем и другими направлениями, например, правовой теорией интереса или даже теорией возобновленного естественного права.

Для оценки характера юридического формализма и позитивизма важно, далее, обратить внимание на вопросы позитивистских определений права, на возможные различия между юридическим формализмом (догматикой) и позитивизмом вообще и на значение традиционно проводимой разницы между правовой философией, общей теорией права, юриспруденцией, теорией правовой науки и т. п. Генезис, как это указывали уже К. Опалек и И. Вроблевский, был у немецкого юридического позитивизма связан с именем Р. Йе-

ринга. При этом учение Йеринга о праве предопределило идейно весьма широкое понимание понятия юридического позитивизма, которое продолжает существовать до настоящего времени; для этого понимания права является достаточным то, что оно исходит из государственной власти как действительного источника права и из его обязательного характера, который опирается на государственное принуждение. В учении Бергбома оно приобрело специальный смысл, как сведение реально существующих правовых явлений к позитивным юридическим нормам.

Но с точки зрения общего определения права эта позиция становится неудержимой, как только связывается с идеей правового государства (Из страха перед тавтологией возникла, например, какая-то психологизирующая школа юридической догматики, в частности, волевая теория права. Ср. учение Е. Р. Бирлинга и др.). Видно и стремление согласовать субъективное право с понятием так наз. объективного права.

Отступление от правового формализма в последующий период было весьма относительным. Как до этого Р. Штаммлер, и Ф. Гени полностью не расходится с формально-позитивистской наукой, так как он выдвинул роль правовой техники, также как А. Фрдросс и др.

Наряду с модификациями развития правового позитивизма возникли новые препятствия перед возможностью дать единое логическое определение права и даже потерпели крушение и попытки определения понятия права только путем описания его основных признаков или отдельных его сторон (теория императивизма и т.д.). Марксистская оценка должна учесть эти различия, так как они дают возможность понять идеологическое влияние правового позитивизма, или же его научный уровень. С этой точки зрения особенный интерес представляет проведение разницы между теорией и идеологией правового позитивизма (Н. Боббио). Для демократически ориентированных приверженцев правового позитивизма и законности эти модификации могут быть необходимой защитой перед тенденциями, которые ставят под угрозу правовую надстройку буржуазной демократии.

2. В этой главе рассматривается понятие правового формализма в узком и широком смысле. Здесь делается попытка показать, какое значение имеет для его применения догматическая позиция. Догматизм заменял собой философскую аргументацию и преодолевал противоречия, которые вносило в позитивное право общественное развитие. В общих правовых понятиях и аксиомах происходит сочетание логической стороны с догматизмом. Нормативная школа решала вопрос, связанный с этой опасностью „инфильтрации содержания“, гносеологически. Но обычная позитивистская наука не вылилась в философский логицизм Г. Когена.

Чистоту формально-логической обработки нормативного материала и стремление к математизации правовой науки нарушает и специфика логики нормативных наук при отношениях между нормами с точки зрения их действительности и правовой силы, далее, вопрос о взаимном переплетении логических и внелогических элементов при применении и реализации права, а также при его мотивировке (правовая политика и др.). Необходимо подвергать критике переоценку возможностей формальной логики в праве, так как она только препятствует познанию социального контекста права, несмотря на то, что в настоящее время этих возможностей гораздо больше, благодаря новым средствам символической (математической) логики.

3. Видно, что последовательный формализм остался одним только постулатом, только как одна из точек зрения изучения позитивного права. Требование, чтобы правовой позитивизм не отождествлялся всегда с правовым формализмом, законно по отношению к объекту познания (некоторые тезисы, например, относятся к внешним связям правовой формы) и по отношению к методу, который может опираться и на философскую точку зрения, на общеметодологическую или идеологическую точку зрения. Но в западно-европейской науке не уделяют внимания тому факту, что в позитивистской теории (а

в действительности и в антипозитивистских направлениях) имела место значительная формализация и отдельных философских или же идеологических и общеметодологических взаимозависимостей (см. например, полемику между Кельзеном и приверженцами эгологической или же феноменологической теории права). Понятно, что эта дифференциация формально-позитивистской науки опирается на известную классификацию юридических наук, на философию, идеологию, социологию права и общую теорию права, юридическую догматику и юриспруденцию и т. п. Этим предоставлялась возможность игнорирования комплексного понимания права, а по существу давалась возможность методологического плюрализма, который сглаживал неблагоприятные научные последствия правового формализма и приспособлял его к развитию правовой практики западноевропейских государств.

II.

1. После второй мировой войны именно между приверженцами формально-позитивистской правовой науки, или по крайней мере некоторых ее тезисов, появились работы, которые проводили суммарный анализ новых явлений в современном буржуазном праве и характеризовали их как упадок, кризис новейшего права (Г. Риперт, Ф. Карнелутти, Чезарини-Сфорца и др.). Теоретическим отправным пунктом здесь были, конечно, либералистические концепции субъективных прав, законности и правовых институтов буржуазной демократии, принадлежащие по преимуществу не к формальной, а к материальной философии или же теории правового позитивизма, отодвинутой на второй план прежней переоценкой формальных точек зрения; упомянутые авторы конкретно рассматривают буржуазное право с точки зрения традиционной концепции публичного и частного права и правовой уверенности отдельного лица, т.е. касаются они скорее идеологии правового позитивизма (определенной Н. Боббио), внешних взаимоотношений права и нравственности или же справедливости, тогда как юридически-формалистическая точка зрения применяется только соразмерно для обеспечения этих материальных постулатов.

Если возражают против вторжения государства в сферу частного права, в особенности в сферу частнособственническую и в сферу договорного регулирования правоотношений, а тем самым против административных или уголовных санкций имущественного права, и критикуют рост исполнительной власти и негосударственных организаций в ущерб законодательной власти, эластические нормы, которые ставят под угрозу правовую уверенность гражданина, и т.д., то не отвергают этих новых явлений без дальнейшего рассмотрения, а скорее ищут компромиссное решение. Особое значение приобретает вопрос о развитии права и удовлетворении социальных потребностей путем декларации социальных прав и смешения экономической и политической власти государства.

При этом они давно уже покинули теорию механического логического толкования права и позитивный статут применяющего органа в пользу творческого характера юриспруденции (плюралистическое понимание права), а также строгую теорию легальных источников права, что впрочем, вытекало уже из развития формы позитивного права. В особенности в ГФР идея экстралегальных элементов права быстро распространилась в пределах правовой теории интереса, естественноправовой и исторической школы.

У некоторых авторов можно, таким образом, констатировать только некоторые частные тезисы формально-позитивистской науки, так что здесь был нарушен позитивистский формализм как теоретическая система, несмотря на то, что на правовую практику он оказывает еще значительное влияние (Р. Рубие, например, построил четко обозначенную концепцию справедливости, конечно, с существенным учетом формальной теории права).

Для марксистской правовой науки из этого вытекает, что критику новых явлений буржуазного права необходимо расценивать положительно, поскольку она содержит демократические элементы и обеспечивает в более широкой мере правовое положение гражданина, но не либералистический консерватизм и социальную несправедливость, вытекающую из требования неограниченной реализации частнособственнического права. Безусловно необходимо отвергнуть последствия противоречия формы и содержания, вытекающие из правового позитивизма, поскольку они означают отрицание социалистического типа права или регулировку государственного вторжения в условиях социалистического общества. Это предполагает анализ процесса формализации либералистических (неолибералистических) идеологических взаимозависимостей в праве.

Как уже было сказано в вводной части, особый вопрос представляет изучение всех новых сторон современного права, которые, наоборот, усиливают правовой формализм, связанный с новейшими юридико-идеологическими тенденциями (применение новых правовых предписаний и судейского права, искаженное отражение реальных общественных отношений не только при помощи традиционной формы буржуазного права, но и реформистской правовой надстройки, идея унификации западноевропейских систем права).

2. Более глубокого и систематического исследования заслуживает понятие так наз. идеологии правового позитивизма и позитивистская точка зрения на проблему справедливости и нравственности в праве. Эта глава рассматривает также новейшее понимание справедливости Кельзенем и пытается объяснить все главные причины подчеркивания идеологического контекста формальной буржуазной науки, в особенности и вопрос о защите отдельного лица и его моральных ценностей от тотализма государства, равно как и определенную опасность злоупотребления отступлением буржуазной науки от строгого формализма в условиях современных буржуазных государств.

LE CARACTÈRE DES THÉORIES CONTEMPORAINES POSITIVISTES FORMELLES DU DROIT EN EUROPE OCCIDENTALE

(Résumé)

VLADIMÍR VEVERKA

Certains phénomènes nouveaux dans la théorie (philosophie) bourgeoise du droit de l'après-guerre sont devenus progressivement à ce point importants qu'on peut les considérer comme marquant le début d'une nouvelle étape dans l'évolution de la doctrine bourgeoise moderne du droit. La continuité de cette nouvelle étape avec l'étape précédente est restée cependant intacte, car la théorie occidentale du droit, dans la forme sous laquelle elle se présente actuellement, ne constitue que l'aboutissement et la modification des conceptions suscitées par la nouvelle phase de l'évolution politico-sociale et idéologique du capitalisme au commencement du 20-ème siècle et notamment pendant la période entre la première et la deuxième guerre mondiale. La nouvelle étape est marquée cependant par une nette cristallisation des tendances typiques pour la plus récente conception du droit, tendances qui correspondent en fin de compte à l'orientation accentuée de la société bourgeoise vers le système économique et politique du capitalisme monopoliste et qui s'adaptent en même temps à l'essor du système socialiste mondial.

Le caractère des théories positivistes formelles du droit en Europe occidentale est fortement influencé par ce processus de cristallisation qui est en train de se produire dans la théorie bourgeoise du droit, et notamment par la prépondérance progressive des tendances monopolistes de l'interventionnisme étatique sur les tendances libérales. La littérature scientifique marxiste interprète l'étape actuelle de la théorie occidentale du droit comme traduisant une profonde crise du formalisme et du positivisme juridique, notamment du point de vue des changements de la conception de la légalité bougeoise. Ces phénomènes de crise sont également constatés par un groupe nombreux d'auteurs occidentaux (G. Ripert et autres) qui négligent cependant entièrement le côté social, économique et de classes des phénomènes en question.

L'état actuel de la polémique qui a cours entre les tendances positivistes formelles et les courants antipositivistes ne confirme point cependant l'opinion parfois exprimée que les théories du formalisme et du positivisme juridiques auraient perdu toute importance majeure. Une analyse plus approfondie démontre que même après que la situation ait changée, certains facteurs sociaux, politiques et idéologiques exercent leur influence en faveur des conceptions formalistes ou aux moins de certaines de leurs thèses partielles: la conscience juridique de la petite et moyenne bourgeoisie, qui est orientée dans un sens antimonopoliste; le droit continue de constituer un instrument important servant à régler les rapports sociaux, c'est à dire aussi notamment quand il s'agit de créer des institutions juridiques nouvelles (surtout en ce

qui concerne la coopération politique et économique entre les Etats); l'appui dont jouissent les institutions juridiques de la démocratie et de la légalité bourgeoise de la part de l'idéologie juridique réformiste et dans un certain sens aussi de la part de l'idéologie juridique marxiste.

I.

1. Si les théories positivistes formelles du droit se sont maintenues jusqu' à la période actuelle, elles ont du subir pourtant beaucoup de changements dûs à l'évolution et destinés à adapter les théories en question aux phénomènes nouveaux de l'évolution de l'Etat et du droit.

La doctrine positiviste du droit de la deuxième moitié du 19-ème siècle (Bergbohm à la différence de la jurisprudence analytique de J. Austin) a conservé encore dans les grandes lignes le caractère d'une philosophie du droit contrairement de même à ce que fut le cas de la doctrine française de l'interprétation du droit (l'Exégèse), car elle a pu difficilement ne tenir aucun compte de la grande tradition philosophique de la science du droit de l'époque; de même, elle fut forcée de mener la polémique contre la doctrine du droit naturel en se servant d'arguments philosophiques. En même temps, l'apparition de la philosophie positiviste a eu pour conséquence un affaiblissement des fondements philosophiques de la doctrine du droit naturel, ce qui a permis de limiter les thèmes philosophiques aux questions concernant le droit positif et son application.

Au cours de l'évolution qui a suivi, le front, jusqu' à ce moment unique du positivisme juridique, se scinda et le point de vue positiviste formel subsista sous différentes formes modifiées qui renouèrent toutes cependant avec les différents principes de l'ancien positivisme juridique.

Au cours des premières décades du 20-ème siècle on peut distinguer la soit disante pure doctrine du droit, à caractère philosophique, surtout sous la forme de la théorie normativiste, ensuite la doctrine positiviste (à voir néo-positiviste) du droit, occupée à faire la généralisation de la pratique juridique dogmatique et formelle et finalement le point de vue pratique à caractère positiviste des théories antipositivistes du droit.

Au cours de cette période, ce n'est pas seulement l'unité de l'école positiviste qui fut rompue, mais l'école a aussi perdu son monopole théorique. Pas même l'idée de la doctrine pure du droit ne constituait une simple continuation du positivisme juridique du 19-ème siècle, mais développait le formalisme positiviste dans des conditions nouvelles et sur la base d'une argumentation philosophique moderne qui a justement permis de surmonter pendant un certain temps au sein du positivisme juridique les conséquences de l'antagonisme croissant entre la forme (la technique) du droit et son contenu. Une importance essentielle revenait là à l'idée normativiste qui consistait à concevoir la science du droit en tant qu'une simple méthodologie juridique (théorie de la science juridique) et à réduire en même temps la matière philosophique à la soit disante noétique formelle. La conception stricte de la forme du droit constituait cependant une sorte d'obstacle pour les forces politiques qui ont commencé à dénigrer l'idée de la légalité; certes, dans les conditions d'une société de classes, quelques idées de cette conception étaient susceptibles d'être exploitées aussi dans le sens contraire. Il est caractéristique que les auteurs de vastes polémiques dirigées contre les normativistes reconnaissent en même temps l'apport que représente la théorie du droit de Kelsen pour la science du droit bourgeoise moderne et leur attitude à son égard est éclectique.

Un rôle spécial fut celui qu'a joué l'évolution de la pratique juridique, se traduisant dans la science juridique par la jurisprudence, où, jusqu' à présent, la tendance positiviste for-

melle (dogmatique) est restée forte. La jurisprudence surmonte par son *practicisme* — ou bien elle laisse de côté — les problèmes et les antagonismes théoriques et son caractère positiviste est acceptable, dans ses grandes lignes, aussi pour les autres tendances, par ex. pour la théorie du droit fondée sur la conception de l'intérêt et même pour la théorie renouvelée du droit naturel.

Pour juger du caractère du formalisme et du positivisme juridique il est en outre important d'examiner la question des définitions positivistes du droit, des différences qui existent éventuellement entre le formalisme (la dogmatique) et le positivisme en général, ainsi que de l'importance qui incombe à la distinction traditionnelle entre la philosophie du droit, la théorie générale du droit, la jurisprudence, la théorie de la science du droit etc. Comme l'ont montré déjà K. Opalek et J. Wroblewski, la genèse du positivisme juridique allemand était liée au personnage de R. Ihering. En même temps, la doctrine d'Ihering sur le droit a déterminé à l'avance dans le domaine des idées une conception très large de la notion du positivisme juridique, conception qui est admise d'ailleurs jusqu'à nos jours. Il suffit à cette conception du droit de se fonder sur le pouvoir d'Etat en tant que sur la source la plus intrinsèque du droit, ainsi que sur le caractère obligatoire du droit, garanti par la coercition exercée par l'Etat. Cette conception a acquis un sens plus spécifique dans la doctrine de Bergbohm, à savoir le sens d'une réduction des phénomènes juridiques ayant une existence réelle aux règles positives du droit.

Du point de vue d'une définition générale du droit, cette attitude devient cependant insoutenable du moment où elle est liée à l'idée de l'Etat juridique. (Par crainte de la *tautologie* il s'est créé par ex. une sorte d'école psychologique de la dogmatique juridique, surtout la théorie volontariste du droit — voir la doctrine de E. R. Bierling et autres). De même se manifeste la tendance à faire accorder le droit subjectif avec la notion du *soit-disant* droit objectif.

Le recul du formalisme juridique pendant la période qui a suivi a été très relatif. De même qu'avant lui R. Stammler, F. Gény non plus ne s'est pas séparé entièrement de la doctrine positiviste formelle, car il a mis l'accent sur le rôle que joue la technique juridique, comme l'ont fait d'ailleurs également A. Verdross et autres.

Les modifications du positivisme juridique, survenues pendant son évolution, ont créé de nouveaux obstacles à l'élaboration d'une définition logique unique du droit et même les tentatives entreprises dans le but de définir la notion du droit par une simple énumération de ses caractères fondamentaux ou de certains de ses différents aspects (la théorie de l'imperativisme etc.), ont échoué. Une appréciation marxiste doit tenir compte de ces différences qui permettent de comprendre l'influence idéologique exercée par le positivisme juridique, ainsi que de juger du niveau scientifique de celui-ci. De ce point de vue, c'est surtout la distinction faite entre la théorie et l'idéologie du positivisme juridique (N. Bobbio) qui est intéressante. Pour les défenseurs démocrates du positivisme juridique et de la légalité, les modifications en question peuvent constituer des moyens de défense dont ils nécessitent contre les tendances qui menacent la superstructure juridique de la démocratie bourgeoise.

2. Ce chapitre est consacré à l'examen de la notion du formalisme juridique dans le sens plus étroit et dans le sens plus large du terme. L'essai est entrepris de démontrer qu'elle est l'importance de l'attitude dogmatique pour son application. Le dogmatisme remplaçait l'argumentation philosophique et il surmontait les antagonismes que l'évolution sociale apportait dans le droit positif. Dans le cas des notions juridiques à caractère général et des axiomes, l'aspect logique devient lié au dogmatisme. L'école normativiste a tâché de trouver une solution à ce péril de „l'infiltration du contenu“ par la voie de la *gnoséologie*. La doctrine positiviste courante n'a cependant point abouti au *logicisme* philosophique de H. Cohen.

La pureté du traitement par la logique formelle du matériel normatif et les efforts d'introduire les méthodes mathématiques dans la science du droit se heurtent au caractère spéci-

fique de la logique des propositions normatives dans les rapports entre les normes, sous l'aspect de leur validité et de leur force juridique, de même qu'au problème de l'interpénétration des éléments logiques et des éléments extra-logiques lors de l'application et de la réalisation du droit, ainsi que lors de sa motivation (la politique juridique etc). Il convient de critiquer une certaine exagération des possibilités de la logique formelle dans le domaine du droit, car une telle exagération empêche la connaissance du contexte social du droit; les possibilités en question sont cependant en effet actuellement plus grandes, grâce aux procédés nouveaux de la logique symbolique (mathématique).

3. Il devient manifeste que le formalisme conséquent n'est demeuré qu'un postulat, qu'un des aspects adoptés au cours des études sur le droit positif. L'exigence de ne pas identifier toujours le positivisme juridique avec le formalisme juridique est justifiée aussi bien par rapport à l'objet de la connaissance (certaines thèses par ex. se rapportent aux connexités extérieures de la forme juridique) que par rapport à la méthode qui, elle, peut se fonder également sur un point de vue philosophique, méthodologique ou idéologique. Dans la doctrine qui a cours en Europe occidentale, on néglige cependant le fait qu'au sein de la théorie positiviste (et en fait aussi au sein des courants antipositivistes) les différentes connexités philosophiques, à voir idéologiques ou méthodologiques, ont pris un caractère formel très prononcé (voir par ex. la polémique opposant Kelsen aux partisans de la théorie égo-logique, à voir phénoménologique du droit). Cette différenciation de la doctrine positiviste est fondée sur la classification bien connue des sciences du droit qui distingue la philosophie du droit, l'idéologie du droit, la sociologie du droit et la théorie générale du droit, la dogmatique du droit et la jurisprudence etc. Cela permettait de ne point tenir compte de la conception complexe du droit et cela rendait possible en outre en somme un pluralisme méthodologique qui modérait les conséquences scientifiques désavantageuses du formalisme juridique et l'adaptait à l'évolution de la pratique juridique des pays de l'Europe occidentale.

II.

1. Après la seconde guerre mondiale, c'est justement parmi les partisans de la doctrine positiviste formelle du droit ou au moins de certaines de ses thèses que sont apparues des études qui ont entrepris de faire une analyse globale des nouveaux phénomènes dans le droit bourgeois contemporain et ont désigné ces phénomènes comme marquant une déchéance, une crise du droit moderne (G. Ripert, F. Carnelutti, Cesarini-Sforza et autres). Leur point de départ théorique, furent, certes, les conceptions libérales des droits subjectifs, de la légalité et des institutions juridiques de la démocratie bourgeoise qui appartenaient en majeure partie non pas à la philosophie, voir à la théorie formelle du positivisme juridique, mais qui touchaient le côté contenu du positivisme juridique, repoussé jusqu'alors à l'arrière plan par l'appréciation exagérée de l'aspect formel de la doctrine. Les auteurs mentionnés examinent d'une manière concrète le droit bourgeois contemporain sous l'aspect de la conception traditionnelle du droit privé et du droit public, ainsi que de la sécurité juridique de l'individu, c'est à dire qu'ils touchent plutôt l'idéologie du positivisme juridique (définie par N. Bobbio), les rapports extérieurs du droit et de la morale, voir de la justice, alors qu'ils appliquent le point de vue formel juste dans la mesure nécessaire pour garantir leurs postulats ayant trait au contenu du droit.

Quand ils s'opposent à l'intervention de l'Etat dans la sphère du droit privé, surtout en ce qui concerne la réglementation des rapports juridiques sur la base de la propriété privée et par la voie contractuelle et de ce fait même quand ils s'opposent à l'accroissement du nombre des sanctions administratives et pénales du droit patrimonial, ainsi que quand

ils critiquent l'accroissement du pouvoir de l'administration et des organisations non étatiques qui se fait au détriment du pouvoir législatif, de même que quand ils critiquent les normes élastiques qui menacent la sécurité juridique du citoyen etc., ils ne refusent point à limine ces phénomènes nouveaux, mais ils cherchent plutôt des solutions de compromis. C'est surtout la question de l'évolution du droit et de la satisfaction des besoins sociaux par la voie de la promulgation des droits sociaux, ainsi que la question de la confusion entre le pouvoir économique et le pouvoir politique de l'Etat qui ont acquis une importance toute particulière.

En même temps, il fait longtemps déjà que ces auteurs ont abandonné la théorie de l'interprétation logique mécanique du droit et du statut passif de l'organe qui applique le droit, au profit d'une jurisprudence à caractère créateur (conception pluraliste du droit). De même, ils ont abandonné la stricte théorie des sources légales du droit, ce qui fut la conséquence directe de l'évolution de la forme du droit positif. C'est surtout en République Fédérale Allemande que l'idée des éléments extra-légaux du droit s'est vite répandue dans le cadre de la théorie du droit, fondée sur la conception de l'intérêt, ainsi que dans le cadre de l'école du droit naturel et de l'école historique.

Chez certains auteurs on peut donc constater seulement la présence de certaines thèses partielles de la doctrine positiviste formelle, de manière à ce que le formalisme positiviste en tant que système théorique en fut atteint, bien qu'il domine encore en grande partie la pratique juridique. (P. Roubier a élaboré par ex. une conception cristallisée de la justice, tout en s'inspirant de manière essentielle de la théorie formelle du droit.) Pour la science marxiste du droit il s'en suit qu'on doit apprécier positivement la critique des phénomènes nouveaux dans le droit bourgeois, dans les cas où cette critique comporte des éléments démocratiques et quand elle tend à assurer dans une mesure plus vaste la position juridique du citoyen. Ceci n'est cependant pas le cas lorsque la critique en question s'inspire d'un conservatisme libéral et quand elle est inspirée par l'idée de l'injustice sociale qui est la conséquence du postulat de la réalisation illimitée du droit de la propriété privée. Il est également indispensable de refuser les conséquences de l'antagonisme entre la forme et le contenu qui résulte du positivisme juridique, dans la mesure où ces conséquences signifient la négation du type socialiste du droit et la négation de l'organisation au moyen du droit de l'intervention de l'Etat, dans les conditions de la société socialiste. Cela suppose l'analyse du processus de formalisation des connexités idéologiques libérales (néo-libérales) dans le droit.

Comme cela a été mentionné déjà dans l'introduction, un problème spécial est constitué par l'examen des aspects nouveaux du droit contemporain qui contribuent au contraire à renforcer le formalisme juridique qui est lié aux plus modernes tendances idéologiques du droit (application des règlements juridiques nouveaux et du droit créé par les juges; le reflet des rapports sociaux réels, déformé non seulement à l'aide de la forme traditionnelle du droit bourgeois, mais également à l'aide de la superstructure juridique réformatrice; l'idée de l'unification des systèmes juridiques des pays de l'Europe occidentale).

2. C'est la notion de la soi-disante idéologie du positivisme juridique et l'attitude positiviste à l'égard du problème de la justice et de la morale dans le droit qui méritent une étude plus approfondie et un examen continu. Le chapitre en question traite également de la dernière conception de la justice chez Kelsen; on tâche en outre à expliquer dans ce chapitre les principales raisons pour lesquelles l'accent est mis sur le contexte idéologique de la doctrine formaliste bourgeoise, c'est à dire surtout le problème de la défense de l'individu et de ses valeurs éthiques contre le totalitarisme de l'Etat, ainsi que le problème d'un certain danger que constitue l'abus éventuel du recul de la doctrine bourgeoise du stricte formalisme, dans les conditions des Etats occidentaux actuels.