

Univerzita Karlova v Praze

Právnická fakulta

- DIPLOMOVÁ PRÁCE -

Název: Funkce práva v moderní společnosti

Diplomant: Štěpán Kleček

Vedoucí práce: JUDr. et PhDr. Pavel Maršálek, PhD., katedra
teorie práva a právních učen

2006

Prohlašuji, že jsem svou diplomovou práci zpracoval samostatně, s řádnou citací použitých pramenů, tak jak je ve vědecké práci obvyklé.



Štěpán Kleček

Předmluva, poděkování a věnování

Jak píše V. Knapp v předmluvě ke své Teorii práva, o právu by měl především filozofovat ten, kdo právo dobře zná. Toto kritérium pochopitelně nenaplnuji v míře, v jaké jej naplňoval prof. Knapp, avšak rád se vracím k základním otázkám po podstatě práva na závěr svého magisterského studia. Student si nepochybně nemůže odnést z fakulty bezchybnou znalost platného práva, měl by si však dobře osvojit základní principy a zákonitosti práva, a vyvinout si právní myšlení. Nakolik se to během studia na fakultě podařilo mně, posoudí čtenář!

Hluboce a upřímně děkuji svým rodičům ing. arch. Václavu Klečkovi a mgr. Marii Klečkové za plnou podporu (zdaleka nejen finanční) během celého studia. Velký dík patří též mgr. Kristině Mališové nejen za zapůjčení notebooku. Vedoucím mé práce, JUDr. PhDr. Pavlu Maršálkovi, PhD. patří srdečný dík za vztřícný přístup, trvalou ochotu pomoci, mnoho podnětných připomínek a cenných rad.

*Svou práci věnuji památce mé milované babičky, Marie Krejčové z Blatné (*16. 10. 1913 +6. 5. 2006) a své babičce Slavomiře Klečkové z Hořic (*1915), která se v meziválečném období osobně znala s významnou osobností české právní vědy prof. Františkem Weyrem.*

*motto (nikterak originálně): ius est ars aequi et boni
Iuventius Celsus*

OBSAH:

ÚVOD.....	1
1. MODERNÍ SPOLEČNOST A PROMĚNY PRÁVA	3
1.1 SPOLEČNOST MODERNÍ ČI POSTMODERNÍ?.....	3
1.2 STÁT, SUVERENITA A PRÁVO V EU.....	7
1.3 PRÁVO A MOC VE STÁTĚ.....	10
1.4 POLITIKA A NĚKTERÉ PROBLÉMY TVORBY PRÁVA	13
2. PRÁVO A OSTATNÍ NORMATIVNÍ SYSTÉMY VE SPOLEČNOSTI	16
2.1 PRÁVO JAKO SPOLEČENSKÝ FENOMÉN.....	16
2.2 NUTNOST SOCIOLOGICKÉHO PŘÍSTUPU	17
2.3 OBECNĚ O NORMATIVNÍCH SYSTÉMECH	21
2.4 PRÁVO JAKO NORMATIVNÍ SYSTÉM	23
2.5 VÝZNAM OSTATNÍCH NORMATIVNÍCH SYSTÉMŮ PRO PŮSOBNÍ PRÁVA.....	30
2.6 ZÁVĚRY.....	35
3. FUNKCE PRÁVA V SOUDOBÉ MODERNÍ SPOLEČNOSTI.....	39
3.1 VYJASNĚNÍ POJMŮ.....	39
3.2 JEDNOTLIVÉ FUNKCE PRÁVA	43
A. <i>Ochranná funkce práva</i>	46
B. <i>Funkci práva jako udržovatele pořádku ve společnosti</i>	55
C. <i>Legitimizační funkce práva</i>	60
D. <i>Prediktivní a selektivní funkce práva</i>	61
3.3 EXKURZ Č. 1: FUNKCE PRÁVA JAKO NÁSTROJE SOCIÁLNÍ KONTROLY?.....	66
3.4 EXKURZ Č. 2: K ÚLOZE PRÁVNICKÉHO STAVU V SOUDOBÉ MODERNÍ SPOLEČNOSTI.....	68
4. POSTMODERNISTICKÁ DEKONSTRUKCE PRÁVA.....	76
4.1 ÚVODNÍ POZNÁMKY	76
4.2 „POSTMODERNÍ“ PRÁVNÍ PROBLÉMY.....	77
4.3 ČR V POSTMODERNÍ SITUACI?.....	82
4.4 DÍLČÍ ZÁVĚRY	82
ZÁVĚR.....	84
LITERATURA	85
SUMMARY.....	90

ÚVOD

Právo je v novém tisíciletí stavěno před mnoho nových výzev. Společnost v záp-adním světě¹ je čím dál komplikovanější, proto i nároky na normotvorbu přirozeně rostou. Právní řád je čím dál rozsáhlejší, podrobnější, a složitější, což vede k nutnosti úzké specializace právních praktiků. Už dávno není v silách jednoho právníka pojmout znalost celého právního řádu; tento fakt ovšem sám o sobě není nijak znepokojivý, ani sám o sobě nesvědčí o hypertrofii práva. I např. v oblasti medicíny je nepředstavitelné, že by špičkový kardiochirurg byl zároveň vyhledávaným ortopedem, možná by ani nerozpoznal skoliózu páteře.

Jaká je tedy úloha práva a právníků v dnešní dynamicky se vyvíjející komplexní společnosti? *Plní* právo ve společnosti svou úlohu, resp. je *funkční*? V této práci bude mou snahou nabídnout některé odpovědi na tyto otázky.

Problematika funkcí práva ve společnosti není klasickým tématem právně teoretické literatury, ale spíše literatury sociologickoprávní, resp. sociologické. Tradiční právní pozitivismus (či jeho „extrémní“ podoba v Kelsenově *ryzí nauce právní*, resp. normativní teorie) se v zásadě nezajímá o fungování práva ve společnosti, programově to přenechává sociologii či psychologii. Ani učebnice teorie práva pro právnické fakulty v České republice se nezabývají obsírněji těmito tématy.² Vztah práva a společnosti, resp. reálné fungování právních norem ve společenské praxi (napětí mezi *normativitou* a *fakticitou* právní normy³) začali zevrubněji zkoumat zejména představitelé sociologickoprávních škol právního myšlení. Domnívám se, že tyto otázky jsou dnes velmi aktuální, a přímo to souvisí s rostoucí komplexností dnešní společnosti, a konkrétně v ČR též s čtyřicetiletou deformací společnosti a práva.

Jak vyplývá z názvu práce, budou hlavním předmětem zájmu funkce práva v soudobé společnosti, tak jak bude níže popsána, ve světle společenských problémů, z nichž některé byly výše již naznačeny. (Pojem *funkce* práva bude blíže osvětlen v kapitole 3.)

¹ Budu-li dále používat pojem *společnost*, budu tím mínit právě společnost v západních rozvinutých demokraciích, zejména v Evropě a severní Americe, řekněme země OECD.

² Přehled o sociologickoprávních tématech v české právní literatuře po roce 1989 lze najít v Příbáň, J.: Sociologie práva: vývoj a trendy po roce 1989. Sociologický časopis, ročník 38, číslo 1-2, Sociologický ústav AV Praha, 2002, str. 79.

³ Viz Příbáň, J.: Sociologie práva, SLON, Praha 1996, str. 15-16.

Konkrétně bude mou snahou:

- především objasnit funkce práva v soudobé moderní společnosti;
- postihnout relace práva a ostatních normativních systémů v soudobé společnosti;
- pokusit se zhodnotit funkčnost práva (v této práci budu pojem *funkčnost* práva používat k hodnocení, zda, či do jaké míry plní právo své společenské funkce);
- poukázat na některé nedostatky české praxe, jež paralyzují funkčnost práva (způsobují jeho *dysfunkci*⁴);
- pokusit se vyrovnat s postmoderními dekonstrukčními podněty, jež volají po zrušení a neustálém přehodnocování všech institucí a hodnot;
- navrhnout řešení některých problémů spojených s fungováním práva ve společnosti v současnosti.

Správné pochopení toho, jaké funkce právu ve společnosti vlastně přísluší, znamená pochopení toho, *proč vlastně právo existuje*. Dle mého názoru je ujasnění těchto základních právně filozofických či právně sociologických otázek potřebné jednak pro studium práva, pro jeho tvorbu, i pro jeho aplikaci v praxi (nejen při výkonu právnických povolání).

Pokud jde o ostatní sociologickoprávní témata, kterých se v této práci dotýkám (např. napětí mezi normativitou a fakticitou, působení právních norem na adresáty, nebo vztah práva k ostatním společenským normativním systémům), je jim věnována pozornost především proto, že jejich rozbor (pokud možno pomocí příkladů z praxe) umožňuje hodnotit, zda právo své funkce *skutečně plní* (resp. do jaké míry je plní). Pojetí práva v této práci nepochybně odráží můj vlastní filozofický přístup, který vlastně stojí u zrodu touhy psát o tomto zvoleném tématu.

⁴ Pojmy *eufunkce*, *dysfunkce* a *disfunkce* viz Večeřa, M., Urbanová, M., Základy sociologie práva, 2. vydání Doplněk, Brno 2002, str. 158.

1. MODERNÍ SPOLEČNOST A PROMĚNY PRÁVA

V této kapitole budu nejprve věnovat pozornost pojmu moderní společnost. Dále se zaměřím na některá specifika práva a státu v současnosti. Pokusím se naznačit nejdůležitější posuny, ke kterým dnes dochází, a až posléze v následujících kapitolách přistoupím k hlubší analýze práva ve společnosti a k jednotlivým funkcím, jež mu přísluší.

1.1 Společnost moderní či postmoderní?

A. Není stoprocentní shoda mezi různými mysliteli v tom, zda se dnes nacházíme stále v době moderní, či v době *postmoderní*, a je proto vhodné učinit zde několik poznámek.

Moderní společnost bývá vymezena jako společnost vzniklá po krizi a rozpadu absolutistických států v Evropě, založena především na myšlenkách *rovnosti, svobody a demokracie* pocházejících od osvícenských filozofů (zejm. J. J. Rousseau). Právně došlo k jejich zakotvení poprvé v Deklaraci práv člověka a občana v roce 1789 po proběhnuvší francouzské revoluci⁵. Není třeba zdůrazňovat, jak velkou změnu přinášejí tyto změny pro postavení člověka ve společnosti a ve státě, ve srovnání s jeho postavením ve společnosti *tradiční*⁶. S rovností souvisí i rovnost v tržních vztazích, což znamenalo rozvoj kapitalistického podnikání, a průmyslovou revoluci 19. století. Dochází ke *generalizaci trhu*;⁷ volný trh se stává součástí každodenního života, jeho prostřednictvím uspokojuje člověk svoje potřeby a zájmy. Výrobními faktory jsou půda, práce, a kapitál; každý má nyní možnost si vydělat na trhu „pro sebe“ nikoliv pro *vrchnost*, jako ve společnosti tradiční. Vyznává se doktrína *laissez-faire* a minimálního státu, vše má vyřešit *neviditelná ruka trhu* A. Smithe.

Prudký rozvoj v době průmyslové revoluce však ke konci devatenáctého století přináší moderní společnosti určitou krizi. Lidé jsou nuceni pracovat předlouhé směny v náročných a nebezpečných podmínkách velkovýrobních průmyslových podniků; pracují i děti. *Proletáři* dostávají jen tolik peněz a volného času, aby se

⁵ O tom např. Knapp, V.: Teorie práva, 1. vydání. Praha, C.H. Beck 1995, str.15.

⁶ O vymezení společnosti *moderní* oproti společnosti *tradiční* viz např. Keller, J.: Úvod do Sociologie. 4. vydání, SLON, Praha, 1999, str. 12-14.

⁷ Keller, J.: Úvod do Sociologie, str. 14 a násl.

reprodukovali jako pracovní síla, *buržoázie* je *vykořisťuje* a jen dál bohatne; zdá se, že Marxova charakteristika kapitalismu je naplněna.

Přichází doba nutnosti určitých korekcí trhu pomoci práva; parlamenty přijímají pracovní a sociální zákonodárství. V této době této společenské krize vzniká i sociologie jako společenskovědní disciplína.

Za další znaky, které charakterizují moderní společnost, lze považovat:

- značná diferenciacie uvnitř společnosti, a existence mnoha různých společenských skupin (značná *sociální stratifikace*),
- pluralita hodnot⁸ (např. již M. Weber hovořil o „polyteismu hodnot“⁹),
- suverenita lidu a demokracie, zakotvení pravidel o způsobech používání státní moci a jejím omezení (doktrína o právním státě či vládě práva);
- větší míra svobody jednotlivce ve společnosti oproti kolektivisticky orientované společnosti tradiční¹⁰,
- zakotvení základních lidských práv v mezinárodních a ústavních dokumentech,
- racionalita ovládající lidské chování.

Vývoj je do určité míry narušen světovými válkami. V období po druhé světové válce dochází k prudkému rozvoji, společnost se dále vyvíjí a komplikuje, a přibližně po roce 1975 přichází první impulsy postmoderního myšlení ve filozofii, a později i v právní vědě. Nelze popírat existenci tohoto myšlenkového směru; myšlenky postmodernistů nejsou však všeobecně přijímány. (Pokud jde o právo, vytýká se jim *dekonstruktivní* působení¹¹ - více níže kap. 4). V zásadě panuje shoda v tom, že je dost obtížné vyložit pojem *postmoderna* či *postmodernismus*, přinejmenším proto, že lze rozlišit v jeho rámci mnoho velmi různých myšlenkových směrů.¹² Mou snahou zde bude spíše poukázat na některé společenské jevy (mnohými považované právě za *postmoderní*), které mají důležitý význam pro fungování práva v soudobé společnosti.

⁸ Příbáň, J.: Sociologie práva, str. 157.

⁹ Večeřa, M.: Povaha práva, právo jako norma a hodnota, in: Pocta Františku Šamalíkovi. Praha: ASPI Publishing, 2003, str. 128.

¹⁰ Kubů, L. a kol.: Dějiny právní filozofie, Univerzita Palackého Olomouc, 2002, str. 120-1.

¹¹ O postmodernistické *dekonstrukci* např. E. Bárány píše: „(postmoderní situace) Nevytvořila doposud žádnou alternativu moderních struktur a institucí, ale částečně mění paradigma jejich fungování a často je znefunkčňuje nebo rozkládá.“ Bárány, E.: Moc a právo. Vydavatelstvo Slovenskej Akadémie Věd, Bratislava 1997, str. 123; viz též Příbáň, J.: Suverenita, právo a legitimita, Karolinum, Praha 1997, str. 189 a násl.

¹² Např. Příbáň, J., Suverenita, právo a legitimita, str. 187-8.

B. Především, nepovažuji otázku po tom, zda se nacházíme v postmoderní době (či situaci), či stále v době moderní, za nezbytně podstatnou (zejména pokud jde o samotné označení, které zvolíme). Mám-li na ni však odpovědět, pro potřeby této práce, tak se domnívám, že není důvodu, proč nazývat současnost dobou postmoderní či postindustriální.¹³ Latinská přípona *post* znamená „po“, což implikuje, že moderna skončila, a že se tudíž nacházíme v době *po* moderně. Jistě, dochází k mnoha jevům, které popisují postmodernisté, není však vůbec jasné, kdy měla moderní doba *skončit*,¹⁴ a především proč. Domnívám se, že kvalita dnešních společenských změn není, (alespoň zatím), taková, že bychom mohli hovořit o konci moderní doby v západní společnosti.

Kromě toho, jak uvádí E. Bárány, v postmoderní době došlo k prohloubení některých jevů, které mají své kořeny v moderně,¹⁵ například pluralita- dnes máme ještě více plurality, méně univerzálních hodnot. Tentýž autor pojednává rozsáhle o organizovaném zločinu jako mocenském konkurentu státní moci; lze však vzpomenout na *gansterskou* dobu během prohibice v USA ve 20. letech, a vidíme, že už tehdy (alespoň po určitou dobu) byl organizovaný zločin silným konkurentem státní moci. Změna charakteru těchto jevů nedává dostatečný důvod pro to, abychom se domnívali, že moderna skončila a začala postmoderní doba.

Spíše mám za to, že se nacházíme na počátku krize, jež teprve *konec* moderní společnosti přinese. Též se domnívám, že tato krize nevyvrcholí nezbytně problémem státu a práva, či legitimizace práva a státní moci apod. Jako aktuálnější hrozby pro moderní společnost a způsob života v ní, (resp. pro celé lidstvo) mi připadají například:

1. rozšíření smrtící epidemie (viz např. současná hrozba ptačí chřipky), jež by byla schopna v dnešním globalizovaném světě snadno a rychle vymítit značnou část světové populace a vrátit tak civilizaci o mnoho let zpět;

¹³ Pojem postindustriální společnost, se někdy používá alternativně k pojmu postmoderní společnost. Nedomnívám se, že by existovala rozvinutá země, kde by průmysl nehrál prvotní úlohu v ekonomice; i při vědomí toho, že na významu nabývají informace, know-how a zkušenosti, věda a výzkum. Jsou to právě velké průmyslové podniky, které takovýto výzkum financují, a na jejichž půdě probíhá. Jde o další z „okřídlených“ pojmů jako můžeme nalézt u P.F. Druckera („věk diskontinuity“ či „turbulentní doba“...), které mohou být názorné, ale nejsou (ani nemají být) definicí.

¹⁴ Např. E. Bárány jen tak mimochodem v cit. práci na str. 111 uvádí, že „...asi začala okolo roku 1970.“ neříká však proč...

¹⁵ Bárány, E.: Moc a právo, str 123.

2. nenávratné poškozování klimatického systému země, jež způsobuje přírodní katastrofy se stále se zvyšující frekvencí, a může při úplné indiferenci k těmto problémům ohrozit obyvatelnost planety Země;¹⁶
3. huntingtonovský *střet civilizací*,¹⁷ podepřený náboženským fundamentalismem, který by vyústil ve třetí světovou (jadernou) válku. (viz např. nedávné bouře v muslimských zemích po zveřejnění karikatur proroka Mohameda v evropském tisku. Jde o nepochopitelný přehmat, který je ještě ke všemu pateticky obhajován proklamacemi o „svobodě slova“, která, jak známo, není ani zdaleka neomezená - viz např. § 198 TZ. Takovéto provokace, které mohou stát i mnoho lidských životů, Evropa rozhodně nemá zapotřebí.)
4. „vzpouza strojů“, která bude spočívat v absolutním selhávání informačních technologií v okamžiku, kdy závislost lidí na nich překročí určitou únosnou mez. (Již dnes např. nelze nakoupit potraviny, když v prodejně „vypadne kasa“; téměř nekontrolovatelně se rozmáhají různé formy kriminality přes počítačovou síť internet).

Z uvedených důvodů se budu v této práci vycházet z toho, že současná společnost je stále moderní, nikoliv *postmoderní*, neponechám však stranou pozornosti myšlenky postmodernistů (níže zejm. kap. 4).

C. Další jevy charakterizující současnou společnost, (které tedy mohou být považovány za *postmoderní*), jsou zejména:

- „extrémní“ růst menšin ve společnosti;¹⁸
- již zmíněná *pluralita* hodnot (či snad rozpad univerzálních hodnot,), zájmů, názorů, jež v současnosti nabývá extrémních rozměrů;
- značné uvolnění morálky a názorový liberalismus,
- značná *dynamika* společenských změn;
- s tím spojená vysoká míra nejistoty a *kontingence* ve společenských vztazích, tedy snížení schopnosti odhadnout chování druhých a plánovat svou vlastní budoucnost;¹⁹

¹⁶ O tom např. Damohorský, M. a kol.: Právo životního prostředí, 1. vydání. Praha : C. H. Beck, 2003, str. 3-9.

¹⁷ Huntington, S. P.: *Střet civilizací*, Praha: Rybka Publishers, 2001.

¹⁸ Bárány, E.: *Moc a právo*, str. 101-102.

¹⁹ Například podle Niklase Luhmanna je komplexita moderní společnosti dána tím, že je víc možností, než mohu uskutečnit... Příbáň, J.: *Suverenita, právo a legitimita*, str. 165.

- s tím souvisí rostoucí iracionalita v lidském chování;
- růst důležitosti *informací*,²⁰ a tedy i informačních technologií;
- rozptýlení moci ve státě v tom smyslu, že státu vyrůstá silná konkurence tří „M“: multinacionální korporace, média, mafie;
- rozptýlení moci vně státu (členství v EU, i v jiných mezinárodních uskupeních),
- globalizace světového hospodářství a kultury.

Některé tyto otázky a jejich relevance k právu budou nyní rozebrány podrobněji.

1.2 Stát, suverenita a právo v EU

V oblasti práva a státu dochází v současnosti k mnoha jevům (ať je nazýváme postmoderními nebo ne), jež nemohou zůstat stranou pozornosti celé společnosti. Obzvlášť to platí v podmínkách Evropského Společenství (dále jen ES) resp. Evropské Unie (EU),²¹ což doložím na několika příkladech. Tradiční koncepce státní suverenity v právní vědě, státovědě či vědě mezinárodního práva obtížně popisují státní suverenitu členských států – členů ES – a suverenitu samotného Společenství.²² Klasická moderní státověda též nedokáže bezvýhradně zařadit ES mezi federace, či konfederace.²³ Není se ovšem čemu divit, „klasické“ federace (USA, Kanada, Německo, Rakousko) či konfederace vznikaly dříve úplně jinak, za jiných podmínek a z jiných důvodů, než ze kterých vzniklo ES; nelze čekat od starých teorií, že jednou provždy uspokojivě vysvětlí všechny jevy, to samozřejmě není možné.²⁴ Pochopitelně není nejmenšího důvodu pokládat státovědecké či

²⁰ Často se pro označení soudobé společnosti používá též pojmu „informační společnost“.

²¹ ES je společenství fungující na bázi *nadnárodní* spolupráce, má právní subjektivitu. Takto vytvořená spolupráce tvoří první ze tří pilířů EU, která právní subjektivitu (zatím) nemá. Zbývající dva pilíře fungují na bázi *mezinárodní* spolupráce. Viz Tichý, L. Arnold R., Svoboda, P., Zemánek J., Král R., Evropské právo. 2. vydání. Praha : C. H. Beck 2004, str. 37-44, 65-6.; též Wintř, J.: Právně politická metoda evropské integrace a návrh evropské ústavy, AUC – Iuridica č. 1-2/2004, str. 33-34.

²² Viz např. Pavlíček, V.: Problémy suverenity a integrace v současnosti, in: O české státnosti, 1. díl, Karolinum, Praha, 2002, str. 107-114, kde autor argumentuje, že smluvní přenesení části suverenity na ES neznamená její ztrátu, neboť ji státy mohou nepochybně kdykoliv vzít zpět. Opačný názor na právní možnost vystoupení z EU viz Tichý a kol.: Evropské právo, str. 81-83. J. Wintř však v uv. práci na str. 34 poukazuje na to, že návrh Smlouvy zakládající Ústavu pro Evropu dává jasnou odpověď, že jednostranné vystoupení z Unie možné je.

²³ Na zvláštní charakter evropského federativismu upozorňuje např. J. Boguszak na str. 1205 v práci Právo a postmoderní situace, Právnick č. 11/2005.

²⁴ Např. V. Pavlíček k tomu píše: „Ačkoliv je to předmětem živých diskuzí, zejména v zahraniční literatuře, nelze přehlédnout, že i v této oblasti se pojmy vytvářejí na základě zkušeností a reálných

právněteoretické bádání za jakkoliv uzavřené, právě naopak, dochází k značnému posunu paradigmatu.

Též v oblasti pramenů práva se právníkům situace značně komplikuje; ke klasickým vnitrostátním pramenům přibývají prameny mezinárodního a zejména evropského práva. [Není možné např. zaškatulkovat směrnici Rady EU (viz čl. 249 smlouvy o založení ES) pod klasickou strukturu pramenů práva; jde o jakýsi normativní právní akt nadnárodní organizace, na kterou státy přenesly „část“ své suverenity, obsahující *finální* (teleologické) normy,²⁵ jež má zvláštní mezinárodněprávní účinky, přičemž může mít za určitých okolností i účinek vnitrostátní...]. Primární evropské právo, zejména smlouva o založení ES, je prakticky jakousi „druhou ústavou“, jež umožňuje (přiznává právo) českým občanům pracovat či podnikat v kterékoliv členské zemi. Podobně, např. český právník se dnes neobejde bez znalosti pramenů sekundárního evropského práva (zejména nařízení a směrnic, ovšemže i rozhodnutí ESD - viz čl. 249 smlouvy o založení ES), neboť komunitární právo má aplikační přednost.²⁶ [Jako příklad této složitosti praktické aplikace evropského a českého práva lze uvést právní úpravu Evropské Společnosti (*Societas Europea – SE*), kdy je potřeba pro zjištění právních poměrů např. SE se sídlem v ČR použít: 1. nařízení Rady ES č. 2157/2001; 2. stanovky konkrétní SE, v rozsahu jakém to připouští nařízení; 3. národní zákon upravující SE, (tj. č. 627/2004 Sb.); 4. obecná ustanovení nár. práva o akciové společnosti; (tj. zák. 513/1991 Sb., obchodní zákoník, 5. stanovky konkr. SE, v rozsahu, jakém je to přípustné podle nár. akciového práva.²⁷]

Dále lze poukázat na nóva v práci právníků v podmínkách EU týkající se výkladu evropského práva. Především je třeba vykládat ustanovení národního práva evropsky *konformně*, ať mají původ v evropských směrnicích, či ne.²⁸ Vzhledem k tomu, že předpisy sekundárního práva jsou přijímány a publikovány ve všech evropských jazycích, je zřejmé, že nedokonalost jazyka jako prostředku komunikace

procesů vyvolaných aktuálními potřebami a nikoliv naopak.“ Problémy suverenity a integrace v současnosti, str. 103.

²⁵ Viz Boguszak, J.: Právo a postmoderní situace, str. 1205-1208.

²⁶ Např. známý judikát *Costa*. Lze jen pochválit, že nejaktuálnější vydání učebnice Boguszak J., Čapek, J. Gerloch, A.: *Teorie práva*. Praha: ASPI Publishing, 2004 má v kapitole o pramenech práva zařazenou subkapitolu o evropském právu ještě *před* výkladem českých (vnitrostátních) pramenů práva; str. 60 a násl.

²⁷ Viz Dědič, J., Čech, P.: *Obchodní právo po vstupu do EU*, 2. vydání, Polygon, Praha, 2005, str. 167-168.

²⁸ Viz např. Dědič, J., Čech, P.: *Obchodní právo po vstupu do EU*, str. 21-33.

vede k možnostem různosti výkladu téhož předpisu, resp. právního ustanovení (nehledě na to, že může dojít k vyloženým chybám při překladu samotném.²⁹). Z judikatury ESD totiž plyne, že se nelze spoléhat na jedinou jazykovou verzi! Je třeba porovnat více verzí, a *teleologickým* výkladem dovodit, která verze, (resp. její interpretace a aplikace) umožní nejlépe dosáhnout cílů Společenství.³⁰ Jde opět o nevídanou komplikaci pro právníka v EU, a nelze nevidět určité oslabení právní jistoty.

V podmínkách evropské ekonomické integrace se situace evropských právníků komplikuje ještě dále v tom, že pro ekonomická (podnikatelská) rozhodnutí nestačí znalost českých a evropských právních norem, ale *všech právních řádů pětadvacítky!*³¹ Nejenže je na vnitřním trhu EU volný pohyb zboží, služeb, osob a kapitálu, tedy možnost pro obyvatele (nebo tedy obchodní společnosti) EU svobodně podnikat v kterémkoliv státě EU, ale dokonce je možno k tomuto podnikání využít kterýkoliv právní řád kterékoliv země EU. Z judikatury ESD ve věcech Centros, Inspire Art atd. plyne, že český občan pro své podnikání (pouze) v ČR může místo společnosti s ručeným omezením podle českého obchodního zákoníku založit například Public Limited Company podle anglického práva, nebo GmbH podle práva německého. Je možné si tedy zvolit právní úpravu, která je nejvýhodnější (resp. nejbenevolentnější); je podporována plná *konkurence* právních řádů v EU, tzv. *statute shopping*.³² [Prakticky to např. znamená, že se nabízí pro podnikání nikoliv 4 formy obchodních společností dle ObchZ (plus SE, ev. EHVS) ale cca. 4 x 25 právních forem obchodních společností (plus 25 „národních“ SE)].

Na těchto několika případech ukazují, jak se komplikuje právní situace v České republice jako člena ES, resp. EU, což především pro praktického právníka přináší na jedné straně mnoho starostí, na druhou stranu neuvěřitelně mnoho příležitostí.

²⁹ Překlady totiž často vyhotovují neprávnické, jež nemají tušení o tom, že např. podle českého práva je něco zásadně odlišného „založení“ a „vznik“ obchodní společnosti, což pochopitelně přináší značné problémy, se kterými si musí právník poradit.

³⁰ Viz Dědič, J., Čech, P.: Obchodní právo po vstupu do EU, str. 33-37.

³¹ Je třeba mít ještě na zřeteli, že v *pětadvacítky* je vlastně *více* než pětadvacet právních řádů; např. ve Skotsku platí právo jiné než v Anglii...

³² O tzv. *svobodě usazování se* viz Dědič, J., Čech, P.: Obchodní právo po vstupu do EU, str. 40 a násl.

1.3 Právo a moc ve státě

Právo velmi úzce souvisí s mocí,³³ především s mocí *státní* (ev. *veřejnou*). Státní moc je jedním ze tří znaků státu podle G. Jellineka, jednoho ze zakladatelů moderní státovědy.³⁴ Státní moc se charakterizuje jako *svrchovaná* neboli *suverénní*, čímž se rozumí, že je *nezávislá* na jakékoliv jiné moci jak uvnitř, tak vně státu.³⁵ Státní moc lze uplatňovat pouze v případech, v mezích a způsoby, které stanoví zákon (čl. 2 odst. 3 Ústavy). Právo je nástrojem státní moci.

Tradiční nauka však není s to vysvětlit mocenskou situaci, a posuny ke kterým dochází v soudobém státě a společnosti.³⁶ Proto je vhodné ještě doplnit předchozí subkapitulu pojednáním o současné mocenské situaci ve státě, která se liší především ve čtyřech směrech:

1. horizontální dělba státní moci,
2. vertikální dělba státní moci,
3. růst nestátní moci ve státě,
4. růst státní byrokracie.

Ad 1. Montesquieuova klasická trojí dělba moci je nadále základem dělby státní moci, lze však rozlišit další moci. Především je to moc bankovní. Centrální banky jsou v západních tržních ekonomikách většinou zcela nezávislé na ostatních státních orgánech, především na vládě. Centrální banky mají nezastupitelnou úlohu v ekonomice, neboť svojí měnovou politikou regulují množství peněz v ekonomice, dohlíží nad bankovním sektorem, a svou devizovou politikou pečují o vnější měnovou rovnováhu. Tyto činnosti mají svůj odraz v nejdůležitějších ekonomických ukazatelích. (Je třeba zmínit, že v ČR od dubna 2006 přechází dozor nad kapitálovým trhem pod ČNB, Komise pro cenné papíry se ruší; tím se mocenská důležitost ČNB ještě zvyšuje.) V EU zase dochází k sjednocení do měnové unie, a tím pádem dochází k přenášení kompetencí – z národních centrálních bank na Evropskou centrální banku, jež sídlí ve Frankfurtu.

³³ V této subkapitole vycházím z definice moci a terminologie v citované práci E. Bárányho.

³⁴ Pavlíček, V. a kol.: Ústavní právo a státověda, I. díl, Obecná státověda, Linde, Praha 1998, str. 32 a 48.

³⁵ Srov. např. Pavlíček, V. a kol.: Ústavní právo a státověda, I. díl, str. 67-74.

³⁶ „Původní liberální představa o právním státě jako státě, v němž právo vládne nad každou mocí i celou společností, se rozpadá.“ Příbáň, J.: Disidenti Práva, SLON, Praha, 2001, str. 9.

Dále je to (spíše mocensky méně významná) moc kontrolní. V ČR ji představuje zejména NKÚ (v jiných státech často orgány s názvem „účetní dvůr“³⁷; tak i v EU – viz čl. 7, 246-8 SES). Ač je postavení tohoto úřadu v ČR koncipováno jako nezávislé (viz čl. 97 odst. 1 Ústavy), je do značné míry podřízen Poslanecké sněmovně Parlamentu ČR. Tato komora navrhuje prezidentu ČR kandidáty na prezidenta a viceprezidenty NKÚ (čl. 97 odst. 2 Ústavy), a ostatní jeho členy volí na návrh prezidenta NKÚ (§ 12 zák. č. 166/1993 Sb. o NKÚ).

Ad 2. Co se týče vertikální dělby státní moci, je vnější suverénní moc státu ohraničena (kromě suverénní moci třetích států) systémem mezinárodních smluv a mezinárodních organizací mezinárodního práva veřejného³⁸. Zejména v Evropě došlo k přenosu části suverénní státní moci na nadnárodní organizaci – Evropské společenství. Jde o jedinou organizaci svého druhu na světě (viz předchozí subkapitulu). Pokud jde o místní samosprávu, je naopak tendence k *decentralizaci* veřejné moci (viz Evropskou chartu místní samosprávy).

Ad 3. Uvnitř států konkurují státní moci především tři „M“, jež mají v současnosti mezinárodní povahu. Jde o média, multinacionální korporace, a mafii. (Dále jsou to politické strany, o nich viz níže.) Začněme médii. Média mají ohromnou moc, jejím hlavním zdrojem a prostředkem jsou informace. Lidé přijímají informace o realitě ve světě především skrze média. Média dokážou manipulovat s veřejností a jejím míněním téměř libovolně. Média dokážou ovšem působit na sféru politiky a státu; mohou „zničit“ politika, nechat „padnout“ vládu, dokážou ovlivnit výsledky voleb. K určitému omezení klasických médií, jako je televize a tisk dochází ze strany internetu, jež otevírá určitý prostor pro zcela nezávislé poskytování informací.

Kromě médií omezují státní moc multinacionální korporace. Některé mají celosvětový roční obrat ve stejné výši jako je HDP ČR; k jeho vyprodukování však stačí třeba jen pár set tisíc zaměstnanců, což může být zhruba desetina profesně aktivních občanů v ČR. Tyto multinacionální korporace mají ohromný vliv na státy, zejména ty menší, tedy na jejich vůdčí představitele. (Např. v ČR může zahraniční investor za příslušný úplatek získat v rámci tzv. investičních pobídek daňové prázdniny řekněme na 10 let, po jejichž uplynutí se přesune dál na východ.)

³⁷ O tom viz např. Pavlíček, V. a kol.: Ústavní právo a státověda, II. díl Ústavní právo České republiky, Část 1., Linde, Praha 2001, str. 463 a násl.

³⁸ Srov. např. Mlčoch, L: Ekonomika napadá suverenitu státu, Hospodářské noviny, 9. 11. 1999, str. 18.

Třetím důležitým konkurentem státní moci jsou mafie, či obecně organizovaný zločin. Jeho rozmach bývá spojován s oslabením moci státu v liberálních demokraciích, v porovnání se státem absolutistickým. Na rozdíl od dob policejního absolutismu je moderní demokratický právní stát relativně slabý, jeho moc je omezená; a proto je zde prostor pro vznik jiných mocenských center.

Lze mít za to, že stát s mafiemi nejen bezmocně bojuje, ale je s ním v mnoha případech, bohužel, velmi úzce propojen, a to nejen v zemích tzv. třetího světa.

O obecné kriminalitě bude pojednáno níže sub 3.2, organizovaný zločin však představuje kvalitativně odlišnou kategorii kriminality. Moderní *právní* státy nemají dostatečné prostředky a většinou ani personální vybavenost na boj s ním. Rigidní trestněprocesní předpisy zajišťující rozsáhlá práva obviněným neumožňují jeho efektivní postihování; dochází však v současnosti k určitým nutným posunům, jež jsou v podstatě v přímém rozporu s principy právního státu.³⁹ (I na poli trestního práva hmotného můžeme zaznamenat změny viz např. § 163a TZ.)

Trestní právo a proces je nutno dále reformovat. Koneckonců samotný růst organizovaného zločinu je do značné míry plodem rigidního trestního práva (nikoliv pouze samotného faktu oslabení státní moci). Nelze nevidět frapantní rozdíl mezi náhodným pachatelem trestného činu, či sociálně narušeným recidivistou, a organizovaným zločinem např. v podobě personálně rozsáhlé drogové mafie, obchodující s drogami a zbraněmi. Je proto zcela na místě postupovat proti organizovanému zločinu radikálně odlišně. Bylo by vhodné zavést dvě zcela odlišné podoby trestního řízení pro „běžné“ případy a pro organizovaný zločin. Organizovaný zločin má totiž proti státu obrovskou výhodu: není vázán zákonem; tuto výhodu je třeba vyvážit. Bylo by vhodné uvažovat o zavedení nových postů, při kterých by speciální policejní útvary, pod přísným dohledem státního zástupce či soudce, měly velmi volné ruce. Např. zjednodušení podmínek pro sledování, prohlídky, a obecně velmi omezit práva obviněného, důvodně stíhaného v souvislosti s organizovaným zločinem, a uvažovat o modifikaci zásady presumpce nevinny. Na vše by dohlížel státní zástupce či soudce, nebyl by však třeba jeho předchozí souhlas pro provedení jednotlivých úkonů, ale pouze souhlas k uplatnění speciálního postupu proti organizovanému zločinu.

³⁹ Na některé upozorňuje E. Bárány v cit. práci; jde např. o institut utajeného svědka; obžalovaný nemá možnost se dozvědět, kdo ho usvědčil. Viz též Boguszak, J.: Stát a právo v postmoderním světě, Listy č. 5/2000.

Ad 4. Až na závěr této subkapitoly jsem si nechal problematiku růstu státní byrokracie. Určité oslabení státní moci, o které byla řeč zejména v předchozím bodě, je totiž z pohledu jednotlivce do značné míry vykompenzováno jejím *umělým rozmnožováním*, ke kterému dochází vytvářením nových a nových státních orgánů, které mají za úkol prosazovat stále rostoucí počet právních norem. V těchto intencích lze poněkud nadneseně říct, že běžného člověka - občana „terorizuje“ stát mnohem víc než samotný organizovaný zločin.

Stát tím, že vytváří nové orgány, které obsazuje úředníky, de facto vkládá moc do rukou těchto úředníků. Nejedná se však jen o moc státní, jejíž projevem je zejména vrchnostenské rozhodování v právních věcech. Kromě toho, že konkrétní úředník reprezentuje mocenský subjekt, kterým je stát, sám se stává mocenským subjektem, nositelem nestátní moci vůči konkrétním osobám, o jejichž právech a povinnostech rozhoduje. Prostředkem této nestátní moci je právě oprávnění použít státní moc. Například celková moc předsedy vlády ČR kvantitativně dalece přesahuje státní moc, kterou je oprávněn použít na základě Ústavy a dalších zákonů.

Je nepochybné, že kromě vysoké celospolečenské nákladnosti růst byrokracie vkládá ohromnou kvantitu moci (nejen státní) do rukou dalších a dalších jedinců. To pochopitelně vytváří obrovský prostor pro korupci. Korupce znamená totální *disfunkci* práva.

1.4 Politika a některé problémy tvorby práva

Kdo je úspěšný v politickém boji o moc ve státě, má (subjektivní) právo tvořit (objektivní) právo. Politický boj je samozřejmě právem vymezen a omezen, právo je do značné míry odrazem výsledku politického boje,⁴⁰ především pokud jde o právní normy typu „*thesis*“.⁴¹ Lze říct, že právo ohraničuje a omezuje politiku, zároveň je však skrze ní vytvářeno. Podrobný rozbor fungování moderní politiky pochopitelně přesahuje možnosti této práce, zmínil bych jen některé jevy a jejich vztah k soudobému právu.

Způsoby politického boje se v současnosti přizpůsobily právním omezením; právo je nedokáže udržet v rozumných mezích. Politika dnes není mechanismem,

⁴⁰ Např. podle Marxe... *vůle vládnoucí třídy*.

⁴¹ Tj. *právo zákonodárství*; viz Hayek, F. A.: *Právo, zákonodárství, svoboda*, 1. díl, Academia, Praha 1991, str. 113 a násl.

skrze který by se pouze určovalo, komu bude svěřeno řešení společenských problémů, mj. pomoci práva. Politika je redukována na boj o moc mezi politickými stranami a o tzv. „koryta“ pro jejich vedoucí představitele. Politická strana, která je u moci, činí vše pro to, aby si moc udržela (zejm. činí populární opatření před volbami). Při volbách občané nevolí podle volebních programů; ani strany nejsou svými volebními programy vázány jinak než politicky. Povolební vládní koalice jsou „legitimním“ důvodem pro nedodržení předvolebních slibů.

Takto velmi stručně popsany politický mechanismus má pochopitelně dopady v legislativním procesu a tvorbě práva. Zvolení zástupci stran v zákonodárném sboru bývají vcelku dost přísně podřízeni stranickému vedení, mají velmi omezený prostor pro prosazování toho, co podle svého nejlepšího vědomí a svědomí považují za správné (srov. znění slibu poslance – čl. 23 odst. 3 Ústavy). V hlasování o podstatných otázkách se vyžaduje věrnost straně. Kvalitní návrhy (řekněme typu „*nomos*“⁴²) jsou často bojkotovány opozicí z ryze politických důvodů. Často je schválený zákon politickým kompromisem, a je vnitřně nekonzistentní. To platí i pro většinu vládních návrhů, které mohou být koncepčně jednotné, avšak po martýriu v obou komorách parlamentu je výsledkem něco, co vlastně vůbec nikdo nezamýšlel, a čemu ve finále nikdo ani nerozumí. Uvedený jev ještě prohlubuje fakt, že rozsáhlost a složitost některých návrhů jednoduše přesahuje odbornost běžného poslance, který často nerozumí tomu, o čem hlasuje; a ve třetím čtení, kdy se v PS ČR hlasuje o pozměňovacích návrzích (srov. zák. o JŘ PS ČR) často ani *neví*, o čem vlastně hlasuje.

Samotný legislativní proces je dost rigidní a zdlouhavý, nedaří se včas reagovat na společenskou změnu. Pro českou praxi je typické, že dochází k mnohým neustálým dílčím změnám celé řady předpisů, které doprovázejí složitá intertemporální ustanovení; výsledkem je značná nepřehlednost právních vztahů.⁴³

Pro českou praxi je též symptomatické, že často málo kvalitní návrhy jsou rychle zpracovány a schváleny k dosažení konformity s evropskou směrnicí, po nabytí účinnosti jsou však neaplikovatelné.⁴⁴

⁴² Tj. *právo svobody*; Hayek, uv. dílo, str. 89 a násl.

⁴³ Srov. Zoulík, F.: Úvaha nad současnou legislativou, in: *Ve službách práva*, Sborník příspěvků k 10. výročí založení pobočky nakladatelství C.H. Beck v Praze. 1. vydání. Praha : C. H. Beck, 2003, str. 2-3.

⁴⁴ Viz např. problémy s přijímáním zákona o podnikání na kapitálovém trhu a dalších zákonů týkajících se cenných papírů ke dni vstupu do EU – o tom např. Dědič, J., Čech, P.: *Nové zákony o*

Byly naznačeny jen některé aspekty fungování soudobé politiky a jejich spojitost s právem, aby bylo zřejmé, s jakými problémy se právo dnes potýká.⁴⁵

kapitálovém trhu – rozpory s právem ES a řada vad vyžadují jejich rychlou novelizaci, Právní zpravodaj, č. 6/2004.

⁴⁵ Výstižný rozbor problémů současné legislativy v ČR, jakož i řešení některých problémů podává F. Zoulík v uv. práci.

2. PRÁVO A OSTATNÍ NORMATIVNÍ SYSTÉMY VE SPOLEČNOSTI

V minulé kapitole jsem charakterizoval soudobou moderní společnost a naznačil některé problémy spojené s právem v ní. Než přistoupím k analýze funkcí práva ve společnosti, je vhodné podat stručnou charakteristiku práva, a poukázat na nutnost komplexního přístupu k němu. Dále se pokusím nastínit, jaké jsou vzájemné relace mezi právem a ostatními normativními systémy ve společnosti. Pokusím se ukázat, jak spolu souvisí, a jak (pokud vůbec) se navzájem ovlivňují. Dále mi půjde o to alespoň obecným způsobem zhodnotit, v jaké míře jednotlivé soubory společenských pravidel determinují, nebo aspoň ovlivňují, společenské chování lidí v současné době (pochopitelně při vědomí, že toto zcela spolehlivě, ani empiricky, nelze zjistit). Půjde mi o to osvětlit, že postavení práva v současnosti není tak zcela výsadní ani co do důležitosti, ani pokud jde o kvantitativní stránku determinace lidského chování normami.

2.1 Právo jako společenský fenomén

Považuji právo za výtvar lidí,⁴⁶ který má lidem sloužit k nějakým účelům. Je úzce spjato se státem, jenž je ale pouze organizovanou formou společnosti.⁴⁷ Je třeba považovat za negativní jev, když stát a právo se osamostatní natolik, že „žijí svůj vlastní život“,⁴⁸ a tím neodráží společenskou realitu, a jednotlivce degradují na „pouhý prostředek, pomocí něhož jsou uskutečňovány jakési proklamované „obecné zájmy“.“⁴⁹ Identifikace „obecných zájmů“ je v současné pluralitní společnosti velmi obtížná (viz čl. 6 Ústavy; demokratická rozhodnutí na základě vůle většiny – či Rousseauovské *volonté générale* - jsou dnes iluzí), navíc jejich artikulace musí projít skrze mechanismus politiky, kde mnohdy dochází k jejich úplné deformaci, resp. úplnému ignorování (srov. výše sub 1.4). Obsah práva se tak často stává výsledkem

⁴⁶ Mám na mysli právo pozitivní, rozhodně však nechci a priori popřít existenci přirozeného práva. Viz např. pojetí E. Chalupného, který považuje právo za „výtvar civilizace“; viz Chalupný, E.: *Sociologie a filozofie práva a mravnosti*, Bursík a Kohout, Praha 1929, str. 147.

⁴⁷ Harvánek, J. a kol.: *Teorie práva*, MU Brno, 1998, str. 12.

⁴⁸ O tom, jak se právo v dnešním politickém prostředí po svém vzniku osamostatňuje a „žije vlastním životem“ viz Bárány, E.: *Moc a právo*, str. 82.

⁴⁹ Harvánek, J. a kol.: *Teorie práva*, str. 12.

zcela neurčitých obecných zájmů, nebo velmi konkrétních (individuálních) politických zájmů. To, jestli právo spíše umožňuje prosazování zájmů jednotlivce, nebo zájmů „obecných“, je pochopitelně otázkou politického uspořádání dané společnosti, či státu; panuje však jednoznačná shoda v tom, že jakékoliv soužití lidí si vyžaduje existenci pravidel. Lidé mají přirozeně protichůdné zájmy (ve společnosti je tedy *entropie*⁵⁰), avšak disponibilní *zdroje* pro uspokojování potřeb a zájmů jsou *omezené* (v ekonomické teorii *vzácné statky*). Lze mít za to, že nutnost pravidel pro řešení protichůdných zájmů lidí netkví pouze v *samotné existenci* těchto zájmů (a skutečnosti, že jsou protichůdné), nýbrž v přirozených vlastnostech člověka, které znemožňují jejich (za všech okolností) smírné řešení. Avšak vyjdeme-li z Ciceronových slov *ubi societas, ibi ius*,⁵¹ je třeba dodat, že právo tu je *pro společnost*, nikoliv proto, že společnost je.

2.2 Nutnost sociologického přístupu

V komplexní soudobé společnosti, jež je regulována obrovským množstvím velmi složitých právních pravidel, nepochybně dochází ke stále většímu napětí mezi normou a skutečností. Důvodů je celá řada, na tomto místě lze uvést například tyto: 1) při rostoucím množství právních norem je stále obtížnější se seznámit s jejich obsahem, 2) větší složitost a rozsáhlost konkrétní právní úpravy vytváří stále více prostoru pro a) nesprávnosti v předpise⁵², b) nesprávnou interpretaci skrze nedokonalý prostředek komunikace, kterým je jazyk. Roste počet situací, kdy není možné normě rozumět a tudíž ji ani aplikovat pro její nejasnost či nesrozumitelnost, improvizace se stává samozřejmostí ve společenské praxi.

Ovšem i u právních norem zcela jasných a srozumitelných (pokud něco takového vůbec existuje,) se ve společenské praxi stává, že jsou zcela ignorovány a obcházeny, neboť nevyhovují potřebám praxe, a jejich vynutitelnost je obtížná, či nemožná. Je vhodné uvést několik příkladů:

V oblasti pracovního práva dochází v praxi, u určité kategorie zaměstnavatelů (zejména u kterého nejsou odbory) k úplnému ignorování ustanovení

⁵⁰ Např. Knapp, V. *Teorie práva*, str. 32. Entropií se rozumí neuspořádanost společenských vztahů.

⁵¹ „Kde je společnost, tam je právo.“ viz Večeřa, M.: *Povaha práva, právo jako norma a hodnota*. in: Pocta Františku Šamalíkovi. Praha: ASPI Publishing, 2003, str. 123.

⁵² O „nesprávnosti“ v právu píše např. Pelikánová, I.: *Hledání práva – nesprávnost v právu*, in: *Teoretické problémy práva na prahu 21. století*. Pocta k 75. narozeninám prof. JUDr. Jiřího Boguszaka, DrSc., (editor A. Gerloch), Karolinum, Praha 2002, str. 83 a násl.

zákoníku práce o práci přesčas a odměnách za ní, nebo práci o svátcích. Mnoho podniků v tržní ekonomice vyžaduje vysoké pracovní nasazení a flexibilitu. Jednoduše není možné se v praxi pozastavovat nad tím, zda byl překročen limit pro práci přesčas u toho či onoho zaměstnance, je-li třeba splnit důležitý úkol. Ani není možné ztrácet čas počítáním odměn, natož je reálně vyplatit. Je-li zaměstnanec nespokojený s touto praxí, nahradí ho někdo jiný. Bude-li se chtít soudit o odměnu za práci přesčas (která nebude nijak dramaticky vysoká), značně tím zhoršuje svou pozici na trhu práce z hlediska své další zaměstnatelnosti.

V oblasti obchodního práva dochází k obcházení ustanovení obchodního zákoníku o veřejné obchodní soutěži (§281-§288 ObchZ, od nichž se podle §263 odst.1 ObchZ nelze odchýlit), zejména ze strany zahraničních podnikatelských subjektů na českém trhu. Tato právní úprava se může jevit jako rigidní, a tak se v praxi vyhlašují tzv. *tendry*, s dovětkem, že nejde o obchodní veřejnou soutěž podle obchodního zákoníku, ač věcně jde v zásadě o totéž. Je otázkou, zda jde o jednání *praeter legem* či *in fraudem legis*. Domnívám se, že je třeba respektovat autonomii vůle v soukromém právu; nic by však nemělo bránit tomu, aby subjekt, který utrpěl škodu účastí v tendru, žaloval o její náhradu, třeba s poukazem na to, že podmínky tendru byly zcela nespravedlivé, či diskriminační... v konkrétním případě rozhodne soud..

Další příklad se týká trestního práva, konkrétně mezinárodní justiční spolupráce; jde o krásný příklad právní úpravy, která na papíře vypadá nádherně, ovšem v praxi zatím způsobila mnohem víc škody než užitku. V rámci třetího pilíře EU dochází k prohloubení spolupráce mezi členskými státy při stíhání pachatelů trestné činnosti. Odrazem v českém trestním řádu je novela 539/2004 Sb., která mimo jiné zavedla zjednodušený režim *předávání* trestního stíhání (§ 403 a násl. tr. řádu) obviněných mezi orgány členských států EU. (Pro státy mimo EU platí nadále diplomaticky složitější režim *vydávání* - § 383 a násl. tr. řádu .)⁵³ Praktické je to zejména v případě, kdy český občan spáchá trestný čin v ČR, a uteče do jiného státu EU; v těchto případech jiný stát nebude sám mít zájem ho trestně stíhat, pouze ho předá k stíhání do ČR. Zmíněná novela ovšem obsahovala ustanovení o tom (čl. II), že úpravu *předávání* je možné aplikovat pouze pro skutky spáchané po její účinnosti (tj. 1.11. 2004), což se ukázalo být kamenem úrazu. Orgány některých států EU

⁵³ O této problematice např. Jelínek, J. a kol.: Trestní právo hmotné, Obecná část. Praha, Linde, 2005, str. 57 a násl.

(např. Španělsko, Irsko), odmítly podstoupit náročné *vydávací* řízení (dle žádosti českých orgánů) u obviněných ze skutků spáchaných před účinností úpravy; namítaly, že je třeba uplatnit nově zavedený režim *předávání*. Když české orgány trvaly na *vydávacím* řízení, dotčené orgány (např. ve zmíněném Španělsku) jednoduše začaly propouštět české zločince na svobodu.⁵⁴ Před trestním stíháním za skutky spáchané před účinností zmíněné novely se není třeba skrývat v zemích, se kterými ČR nemá mezinárodní dohodu o vydávání pachatelů (např. oblíbené Seychelly); při znalosti *fakticity* této právní úpravy postačí území některých zemí EU. Není nejmenšího důvodu odmítnout případnou nepravou retroaktivitou trestněprocesního předpisu. Jde o jedno z mnoha opatření českého trestního práva, které chrání zločince.

U celkem bezproblémových právních úprav dochází k určitému společenskému přizpůsobovacímu procesu. Lidé mají totiž tu schopnost, že se jako chameleóni uzpůsobují právu a omezením, které stanoví. Nemám zde na mysli pouze schopnost odhalit mezeru v konkrétní právní úpravě. Společenská praxe se vždy přizpůsobí právní situaci tak, že odhalí určité uzlové body práva, na jejichž překonávání se pak jednotlivci soustředí, aby mohli dosahovat svých zájmů způsobem, právem více či méně dovoleným. Někdy tento proces trvá déle, jindy proběhne rychleji. Často se tak děje v rozporu s dlouhodobým cílem práva, jindy i mimo tento cíl.

Například v oblasti procesního (formálního) práva, se vše podstatné ve společenské praxi točí okolo klíčových bodů a zároveň „slabých“ míst právních procesů: zejména dokazování, výkonu rozhodnutí, nebo doručování do vlastních rukou. Jedinci páchající trestnou činností vždy přemýšlí jak zničit důkazy; v civilním řízení si potenciální dlužníci vždy dávají velký pozor, aby neměli žádný majetek, aby nebylo co exektovat; žalovaní či obžalovaní si dávají pozor, aby nebyli k zastížení na doručovací adrese; jde dnes o naprosté samozřejmosti. Jiným příkladem z praxe soukromého práva mohou být složité mnoha-stránkové návody k použití výrobků. Tyto popisují do nejmenšího detailu způsob použití a „nutnou“ náročnou péči o výrobek. Slouží mimo jiné k určité „neutralizaci“ relativně přísných ustanovení o odpovědnosti za vady ať v občanském, nebo obchodním zákoníku. Je

⁵⁴ Tyto poznatky čerpám z přednášky JUDr. S. Kloučkové, PhD., vedoucí mezinárodního odboru Nejvyššího státního zastupitelství, konané na PFUK v listopadu 2005.

to samozřejmě právem dovolené; většina lidí nemá čas studovat sto stránkové návody ke každému výrobku který si koupí, a následně se věnovat náročné péči o výrobek. (Takto ušetřený čas se využije k vydělání peněz, třeba na koupi výrobku nového.) Též v podnikatelské praxi se mnoho činností přizpůsobuje znění § 24 a 25 zákona o dani z příjmu (které určují, jaké výdaje lze či nelze uznat za vynaložené na dosažení příjmů), aby byl daňový základ co nejnižší. Např. drogoví dealeri si vždy dávají pozor, aby měli u sebe (pouze) *malé množství* omamné látky (viz § 187a TZ.).

Z dalších příkladů, které však mají spíše blíž k jednání *in fraudem legis*, nebo přímo *contra legem* lze připomenout známý „švarc systém“ nebo tzv. klub spolumajitelů CD, ve kterém desítky členů spoluvlastní tisíce CD, čímž „legalizují“ jejich kopírování pro osobní potřebu svého člena v případě, že je člen spoluvlastníkem podílu o velikosti např. jedné padesátiny kopírovaného CD. V oblasti dopravy je zažitá praxe, že rozhlasové stanice (nebo internetové servery pomocí SMS) pohotově hlásí řidičům, kde jsou umístěny policejní radary na měření rychlosti.

Právo na tento popsaný společenský přizpůsobovací proces často reaguje jedinečně tak, jak umí: novou, rozsáhlejší a komplikovanější úpravou, které se ovšem společenská praxe po čase opět přizpůsobí. Tento sociální jev můžeme označit jako *bludný kruh rostoucí complexity práva*. Domnívám se, že uvedený přirozený jev historicky výrazně přispěl (a nadále přispívá) k podobě moderního práva; zejména k jeho rozsáhlosti a složitosti.

Uvedené příklady ukazují, že vynalézavost adresátů právních norem často nezná meze („přechytračení“ zákonodárce je jakýmsi oblíbeným sportem), a že právo napsané v právní normě (Poundovo *law in books*), jež se snaží regulovat chování lidí, má často velmi málo co do činění s reálným chováním lidí ve společenské praxi, ve vztazích právní normou upravených (*law in action*). Mám za to, že složitost soudobé společnosti a složitost soudobého práva tento jev ještě prohlubují. Dnes se tak stává stále náročnější dosáhnout právní úpravou zamýšlených cílů; neboť sotva lze dosáhnout *vzdálených* cílů, aniž bychom dosáhli nejprve cílů *bezprostředních*, tedy žádoucího lidského chování (o cílech v právu viz dále kap.3).

Nepochybuji o tom, že je zde otevřen obrovský prostor pro právní vědu a právněteoretické bádání. Nelze se ovšem předem omezovat čistě juristickým, ryze

pozitivistickým pohledem. Právo totiž není samoučelné, nereguluje chování proto, aby jej regulovalo. Má však v soudobé společnosti, jak ukazují výše uvedené příklady, velmi omezené možnosti jako regulátor lidského chování. Zkoumat tyto možnosti a meze práva v moderní společnosti je velkou výzvou pro právní vědu, nelze se ovšem vyhnout empirickým sociologickým metodám, a vůbec interdisciplinárnímu přístupu k právu. Právo vzniká skrze politiku, jeho implementace je otázkou ekonomickou, jeho působení je otázkou sociologickou a psychologickou atd.⁵⁵ Právo by nemělo ztrácet kontakt s těmito obory.⁵⁶ Současná tendence k izolaci jednotlivých právních odvětví též není nijak přínosná; např. prodej domu není zdaleka jen záležitostí občanského práva. Právo a právní věda by měly být co nepraktičtěji zaměřené.

2.3 Obecně o normativních systémech ⁵⁷

Chování lidí je determinováno celou řadou faktorů, nejen *pravidly chování*. Fyziologické potřeby člověka ho nutí dýchat, jíst, vylučovat, spát. Je zřejmé, že tyto jevy probíhají zcela mimo právo, a že jejich podstata tkví v obecných zákonitostech přírody, a tyto nebudou nadále předmětem zkoumání. Úloha práva a ostatních normativních systémů, nastupuje přirozeně tehdy, když vedle jednoho člověka, postavíme člověka druhého, respektive celou společnost lidí.⁵⁸ Ve společenském životě řeší člověk dále zejména potřebu bydlení, získání prostředků na obživu prací, rodiny, přátel, společenské seberealizace.⁵⁹ Již výše (2.1) bylo uvedeno jako

⁵⁵ Např. již E. Chalupný píše: „Kdo chce zůstat člověkem, nemůže se redukovat na pouhého právníka, ani ovšem na pouhého moralistu, pouhého politika, pouhého učitele, pouhého umělce, pouhého kněze, pouhého teoretika, pouhého ekonoma nebo technika. Veškeré jednání lidské musí bez odmlouvání přihlížet k celku civilizace, to jest, ke všem jejím složkám, které v konkrétním případě přicházejí v úvahu;...“ Chalupný, E.: Sociologie a filozofie práva a mravnosti, str. 160.

⁵⁶ Nejde samozřejmě o myšlenky nové; viz např. Bystřina, I.: Právo a společnost (Úvahy in margine) Právník, č. 7/1966, str. 569-70; též Posner, R.: The Decline of Law as an Autonomous Discipline, Harvard Law Review, 2/1987.

⁵⁷ Je obtížné přesně definovat pojem „normativní systém“. Ačkoliv je celkem běžně užívaný v právní literatuře, autoři se spíše vyhýbají jeho definici (může být otázkou, zda je jeho definice potřebná). V obecné rovině je jasné, že jde o soubor nějakých pravidel chování. Lze uvést definici P. Maršálka: „Ty (normativní systémy) můžeme definovat jako soubory norem formalizovaných nebo zcela neformálních, jimž přísluší různý stupeň obecnosti a jež působí ve směru udržování společenské konformity, popř. i k prosazování některých dalších z hlediska společnosti či individua významných hodnot, resp. jiných účelů.“ Maršálek, P.: K otázce utváření vztahu práva, morálky a náboženství od minulosti k dnešku. AUC – Iuridica č.1/2002, str. 79.

⁵⁸ „Pro Robinsona, jak bylo správně napsáno, není třeba práva, leč až tehdy, když se kolem něho seskupí Pátkové.“ Bláha, I. A.: Sociologie, Academia, Praha 1968, str. 248.

⁵⁹ Viz např. známou teorii motivace A. Maslowa. Dle jeho hierarchie lidských potřeb, jsou základem fyziologické potřeby, na dalších stupních následují postupně existenční jistota a bezpečnost, sociální

východisko dalších úvah, že naplňování potřeb a zájmů ve společenském životě si vyžaduje existenci určitých pravidel.

Na chování lidí působí například tyto další společenské regulativní normativní systémy: náboženství, morálka⁶⁰, principy spravedlnosti, tradice a zvyklosti, pravidla slušnosti, společenská etiketa, vnitřní předpisy (které pojmově nelze zařadit pod pojem právo), technické normy, autonomní právo⁶¹ (tj. např. *lex contractus* – právo vytvořené mezi smluvními stranami), jistě bychom našli i další.

Obvykle se normativní systémy člení na:

- právní a neprávní,⁶²
- obsahující normy hodnotového významu (zejména morálka a náboženství), či technického charakteru (např. pravidla fotbalu, či pravidla českého pravopisu).⁶³

Dále se liší podle:

- okruhu upravovaných společenských vztahů, lze je podle toho členit na univerzální (právo – může upravovat v zásadě cokoliv, týkající se kohokoliv) a partikulární (pravidla místních kulturních zvyklostí),
- charakteru sankcí při porušení norem⁶⁴,
- způsobu vzniku norem, které mohou vznikat spontánně (de facto mimovolně – např. zvyklosti), či záměrně (cíleně – právo).⁶⁵

potřeby, uspokojení z práce a na vrcholu stojí seberealizace; Truneček, J. a kol.: Management v informační společnosti, VŠE Praha, 1997, str. 168.

⁶⁰ K odlišení pojmů morálka, etika, mravy, etiketa, viz Maršálek, P. K otázce utváření vztahu práva, morálky a náboženství od minulosti k dnešku, str. 81: Morálku lze charakterizovat jako proměnlivý, kulturně podmíněný neformalizovaný soubor norem (tj. pravidel chování), z velké části vzniklých jako obyčej, vyjadřujících, co je ve společnosti považováno za dobré, a korigující v tomto směru chování člověka. Etika se většinou chápe jako věda o morálce, mravy se chápou jako pravidla dána spíše kulturně a regionálně, etiketu tvoří pravidla chování při různých společenských příležitostech.

⁶¹ O autonomním právu viz zejména Knapp, V., Teorie práva, str. 52-53. Je třeba mít na paměti možnou problematičnost tohoto pojmu; normy autonomní regulace totiž *nejdou právními normami*. O tom též Rychlý, T.: Právní normy a společenská praxe, Ediční středisko PFUK, 1998, str. 85.

⁶² Večeřa, M., Urbanová, M., Základy sociologie práva, str. 97 a násl., Rychlý, T., Právní normy a společenská praxe, str. 80 a násl. Tito autoři nedávají jasnou odpověď na otázku (asi nikterak fundamentální důležitosti), zda mezi *právní* normativní systémy patří též 1. normy vzešlé z autonomní regulace, 2. vnitřních předpisů, jejichž porušení může též mít právní následky. Tyto normativní systémy nejsou tvořeny *právními normami*, chovají se však podobně, ne-li stejně jako právo.

⁶³ Gerloch, A., Teorie práva, 3. vydání, Nakladatelství a vydavatelství A. Čeněk, Plzeň, 2004, str.29.

⁶⁴ Viz např. Večeřa, M., Urbanová, M.: Základy sociologie práva, str. 97.

⁶⁵ Samozřejmě, *právní* obyčej či zvyklosti vznikají do značné míry živelně; jejich význam dnes ve vnitrostátním právu je spíše marginální, mohou se uplatnit tehdy, když na ně odkáže právní předpis; např. § 1 odst. 2 ObchZ. Též soudní rozhodování má znaky spontánnosti; viz Gerloch, A.: Záměrnost a spontánnost v působení práva, in: Právnícká fakulta UK 1348-1998, jubilejní sborník, Praha 1998,

2.4 Právo jako normativní systém

Je třeba pro pořádek uvést specifika, která odlišují právo od ostatních normativních systémů. Právo v objektivním smyslu se obvykle vymezuje jako soubor právních norem platných ve státě.⁶⁶ (Necháváme stranou fakt, že se za právo, resp. za jeho součást, často považují i *obecné právní principy*; na tomto místě nám jde však především o *právní normy*. Lze uvést několik vcelku nesporných znaků právních norem jako pravidel, regulujících chování ve společnosti:

1. Obecná závaznost.

Právní normy stanoví (subjektivní) *práva a povinnosti* subjektům určeným obecnými znaky. Každý, kdo je nositelem takovýchto znaků, má *právo* nebo naopak *právní povinnost* se chovat podle pravidla stanoveného právní normou. (Subjektivní právo je tedy „možnost chování, zaručená právním subjektům objektivním právem“.⁶⁷ „Právní povinnost znamená právní nutnost chovat se stanoveným způsobem.“ přičemž „plnění těchto povinností je vynutitelné“.⁶⁸)

2. jsou vydávány ve zvláštní, státem uznané formě (tj. v *pramenech práva*),

3. možnost uplatnění státní moci v případě jejich nedodržení, a to v podobě uvalení sankce, anebo vynucení chování stanoveného právní normou, v případě nutnosti použitím fyzického násilí.

Z hlediska společenské praxe je nejpodstatnější, i nejproblematictější znak uvedený na třetím místě, a je třeba se u něj pozastavit. A to zejména proto, že úzce souvisí s kategorií subjektivního práva a právní povinnosti. Domnívám se, že leckterá právněteoretická literatura tomuto znaku právních norem nevěnuje dostatek pozornosti, přitom jde o znak nejdůležitější pro fungování práva v praxi.

Je třeba uvedené zrekapitulovat. Nelze nevidět, že klíčové jsou tyto momenty:

Při porušení práva (tedy při nesplnění právní povinnosti), buď:

1. chováním se v rozporu s právní normou (obecně objektivním právem), tedy porušením normy, která nezakládá ničí subjektivní právo, respektive zakládá pouze právo státu uplatnit sankci (typicky např. překročení nejvyšší povolené rychlosti při jízdě autem), nebo

str.186-7. Hlavní masa moderního práva spočívá v cílené normotvorbě; avšak jde o otázku, která si vyžaduje další rozbor (viz dále sub 3.1).

⁶⁶ Boguszak, Čapek...

⁶⁷ Gerloch, A.: Teorie práva, str. 20-21.

⁶⁸ Boguszak J., Čapek, J. Gerloch, A.: Teorie práva. Praha: ASPI Publishing, 2004, str. 116.

2. porušení něčího absolutního nebo relativního subjektivního práva vzniklého buď přímo ze zákona, nebo na základě právní skutečnosti stanovené objektivním právem (typicky na základě smlouvy),

je zde *možnost* a v některých případech *povinnost* ingerence státu. Tato ingerence spočívá v uplatnění mocenských prostředků, jimiž stát (pouze stát) je podle práva (viz čl. 2 odst. 3 Ústavy) oprávněn disponovat. Tyto mocenské prostředky použije stát k tomu, že buď:

- a. vynutí splnění povinnosti (i třeba pomoci fyzického násilí, což je nejdůležitější mocenský prostředek, na jehož užití má stát monopol),⁶⁹ tj. *přímé donucení*; nebo
- b. uvalí sankci na subjekt, který porušil právo, resp. svou právní povinnost (přičemž sankce spočívá v uvalení nové povinnosti na dotčený subjekt právním rozhodnutím státního orgánu, tedy individuálním právním aktem).

V případě sub 1. přichází v úvahu *možnost* nebo *povinnost* ingerence státu způsobem uvedeným sub a. nebo sub b. V případě sub 2. je zde v zásadě *povinnost* ingerence státu (především oblast veřejného práva), v některých případech pouze tehdy, požádá-li o to oprávněný subjekt (oblast soukromého práva).

Je třeba ale poukázat na to, že ne zdaleka ve všech případech je možné postupovat způsobem uvedeným sub a. Dokonce velkou většinu povinností nelze vynutit fyzicky, a je to tudíž jedině hrozba sankce, jež působí tak, že se snaží přesvědčit potenciálního rušitele aby se určitého jednání zdržel (tj. *nepřímé donucení*). Vyjdeme-li například z toho, že poškozování cizí věci je zakázané, tak není možné vynutit splnění obecné povinnosti nepoškozovat cizí věc (viz § 415 ObčZ), lze pouze stanovit sankci za takovéto poškození, a to skrze institut právní odpovědnosti (ať již občanskoprávní § 420 ObčZ, trestněprávní, § 257 TZ, nebo správněprávní např. § 50 PřestZ). Obdobně, v zásadě není možné vynutit splnění povinnosti nepřekračovat nejvyšší povolenou rychlost při jízdě automobilem, nýbrž pouze uložit za takovouto jízdu pokutu. Bohužel, nelze ani vynutit, aby lidé

⁶⁹ O moci státu a násilím jako jeho nejdůležitějším prostředku, viz např. Bárány, E.: Moc a právo, str. 74.

nepáchali vraždu.⁷⁰ Právo spoléhá především na donucení *nepřímé*, což je do značné míry jeho slabým místem.

Jednání v souladu s právem lze v těchto případech vynutit pouze tím, že právní norma adresáty *přesvědčí*, aby se v souladu s ní chovali. Toho lze dosáhnout například tak, že stanoví dostatečně přísnou sankci. (Ponechám prozatím stranou fakt, že ve většině případů 1. adresáti se chovají v souladu s právní normou aniž by ji konkrétně znali, nebo znali přesnou sankci za její porušení; 2. že množství lidí víceméně uznává autoritu práva a proto se chovají v souladu s normou - Austinův *zvyk poslušnosti* – nebo 3. adresáti se chovají v souladu s normou protože jsou *přesvědčeni* o její *správnosti*. Obecně řečeno: nechávám stranou případy, kdy se lidé chovají v souladu s právem z jiných důvodů, než ze strachu z hrozící sankce.) Jakákoliv sankce je pochopitelně bezvýznamná, není-li skutečně ukládána a efektivně vynucována státními orgány.

Lze tedy říct, že norma je schopna působit na chování adresátů svou přesvědčivostí tehdy, když 1) je podepřena dostatečně přísnou sankcí, a 2) sankce je skutečně efektivně uplatňována.

Důsledky uvedených myšlenek ožívají v případech, kdy adresát právní normy 1) je s normou seznámen, 2) *chce* jednat v rozporu s ní. Pak tedy platí, že odradit ho může pouze 1. dostatečně přísná sankce, a 2. *dostatečně vysoká pravděpodobnost*, že sankce bude státním orgánem skutečně uplatněna.

Uvedené je vhodné osvětlit na příkladu z oblasti trestního práva, kde porušování norem mívá nejzávažnější následky. Sankce (tedy prostředek nepřímého donucení, který působí pouze *následně*) uvalená na pachatele může sotva být útěchou např. pro pozůstalé po usmrceném. Mějme potenciálního zločince, který je *zcela odhodlán* někoho zavraždit, kterému právní sankce (trest 10-15 let odnětí svobody; viz § 219 odst. 1 TZ) nebude na překážku (navíc, je zde šance, že nebude po svém činu odhalen a usvědčen). Otázkou je, jak by se změnilo jeho odhodlání v případě, 1. kdyby měl 100% jistotu, že bude potrestán, nebo 2. kdyby místo trestu odnětí svobody ho čekalo kruté mučení spočívajícím např. v lámání končetin a následném zahrabání zaživa. V prvním případě, jak vyplývá z našeho modelu, se

⁷⁰ Srov. Hart, H.L.A.: *The Concept of Law*, 2nd Edition. Clarendon Press, Oxford 1994, str. 35-36, kde autor uvažuje, zda vlastně existuje norma, která by zakazovala *vraždu*; zda-li neexistuje pouze norma, která příkazuje státním orgánům se určitým způsobem chovat – (tj. potrestat pachatele) spáchá-li někdo vraždu. Je totiž faktem, že např. v našem TZ není nikde *výslovně* napsáno, že je páčání trestných činů zakázáno; což je podle mého názoru ke škodě věci.

situace nemění; vražda bude provedena. V druhém případě je zde značná šance, že si čin rozmyslí; v kombinaci s prvním případem je to dokonce velmi pravděpodobné. (Je zde ovšem ještě možnost, je-li potenciální pachatel ochoten obětovat svůj život, spáchá vraždu a následně sebevraždu. Lze však mít za to, že je takový případ pro společnost lepší variantou, než pachatele vydržovat ve věznici.) V demokratických právních státech západního světa založených mj. na hodnotách humanismu jsou mučení, a většinou i trest smrti, nepřipustné, tudíž možnosti práva, pokud jde o případ sub. 1, tedy zpřísnění sankcí, jsou omezené. Právu v podstatě nezbývá než pracovat s případem sub 2., totiž zvýšit pravděpodobnost potrestání pachatele, což je ovšem velmi náročnou a nákladnou činností. (Zločinci to vědí moc dobře, a reagují na to tím, že různými způsoby paralyzují možnosti trestního procesu: zastrašování svědků a ničení ostatních důkazů, znemožňují doručení obžaloby do vlastních rukou atd.)

Celkově však nelze nevidět, že možnosti práva jsou velmi omezené v případech, kdy pachatel není právní normou *přesvědčen*, a je odhodlaný ji porušit - tedy při selhání *nepřímého donucení*. (Jak se změní uvedený případ, když je pachatel dobře obeznámen s trestněprávními předpisy? Lze si představit takovýto průběh událostí: úmyslně usmrtí oběť, čímž naplní skutkovou podstatu vraždy podle § 219 odst. 1 TZ - dále uvedené paragrafy TZ. Čin oznámí úřadům, napomůže při jeho objasnění, a před soudem bude činu „upřímně“ litovat; tím jsou dány polehčující okolnosti podle § 33 pís. ch), i) a j). Pokud soud nevyužije např. § 40 odst. 1, 4 k tomu, aby uložil trest dokonce pod dolní hranici trestní sazby, bude trest při dolní hranici trestní sazby, tj. 10 let. Při „dobrém chování“ ve výkonu trestu je možné (a pravděpodobné, vzhledem k přeplněnosti věznic) podmíněné propuštění po dvou třetinách trestu podle § 62 odst. 1, tedy po 6 letech a 8 měsících. Za chladnokrevnou vraždu může práva znalý pachatel být volný za 6 let a 8 měsíců; to sotva odradí odhodlaného pachatele v našem modelu. Chci tím demonstrovat, jak nebezpečně, především málo preventivně můžou působit normy na toho, kdo je dobře zná. A to jsem ještě nechal stranou procesní právo. Je vhodné ještě dodat, že návrh nového českého trestního kodexu v § 113 rozlišuje vraždu „spontánní“ podle odst. 1 se sazbou 10-18 let a „promyšlenou“ podle odst. 2. se sazbou 12-20 let. Toto zpřísnění lze jednoznačně považovat za změnu k lepšímu; avšak nového kodexu se dočkáme zřejmě až za velmi dlouho.)

Z uvedeného rozboru plynou tyto závěry:

1. Chování v souladu s právní normou není v mnoha případech vůbec vynutitelné fyzicky (násilím). A to z ryze objektivních důvodů. Domnívám se proto, že je ze sociologického pohledu poněkud nedostatečně výstižné, když se jako znak právní normy uvádí její *vynutitelnost státní mocí* (tedy vynutitelnost chování, které stanoví). Vynutitelnost totiž není totéž, co uplatnění sankce a její vynucení. Buť můžeme pod znakem „vynutitelnosti“ rozumět i uvalení sankce, tedy vynutitelnost nepřímou, tak platí, že většinu primárně přikázaného chování nelze vůbec vynutit.
2. Ze závěru 1. plyne, že je poněkud problematické definovat subjektivní právo jako možnost chování *zaručenou* objektivním právem, neboť je celá řada povinností, subjektivnímu právu odpovídajících, které nelze vynutit. (Příklad: mám-li absolutní subjektivní právo na život (viz čl. 6 Listiny), tak není objektivně v silách práva a státu, zajistit, aby mě nikdo nezabil; toto právo tedy není zaručené. Další příklad: mám-li ze smlouvy o dílo podle § 61 AutZ relativní subjektivní právo na namalování svého portrétu malířem, není v silách práva za pomoci státní moci donutit onoho malíře, aby dílo skutečně vytvořil. Právo v těchto případech pomáhá tak, že způsobí zánik onoho subjektivního práva jiným způsobem... totiž jsem-li zabit, nejsem již subjektem práva, nemám pak ani tudíž právo na život. V případě povinnosti ze smlouvy, je nahrazena (či doplněna) sekundární povinností z vzniklé právní odpovědnosti, jejíž splnění způsobí zánik závazku.) Slovo „zaručené“ podle mého názoru má tendenci přisuzovat právu něco, čeho objektivně není vždy schopno; to co hmotné právo stanoví, státní moc nedokáže vždy zaručit. Proto se mi jako vhodnější jeví výraz „chráněné“.⁷¹
3. Obdobně, je třeba definovat právní povinnost odpovídajícím způsobem: jde o určité, právem přikázané chování, které je možno 1. fyzicky vynutit státní mocí použitím násilí, 2. nebo při nedodržení tohoto přikázaného chování uplatnit objektivním právem předvídanou sankci.
4. Možnosti práva jsou velmi omezené, pokud jde o přímé vynucování chování v souladu s právní normou (lze říct primární povinnosti). Je mocnější, pokud jde o možnost uplatnění sankcí a jejich vynucování (sekundární povinnosti). Sankce

⁷¹ Srov. Knapp, Teorie práva, str. 194.

však bohužel v mnoha případech nemohou adekvátně „nahradit“ nesplnění (primární) právní povinnosti, (zejména v oblasti trestního práva – vraždu nelze „napravit“ či „vrátit“), a proto je v moderní společnosti potřeba klást důraz na *přesvědčivost* normy,⁷² nikoliv na její *vynutitelnost*.⁷³ Jednak na hrozbu sankcí, a její co nejdůslednější vymáhávání – řekněme *právní přesvědčivost*; ale též na jiné, mimoprávní okolnosti, které přesvědčivost normy zvyšují – *mimoprávní přesvědčivost*; patří sem všechny formy prevence - viz dále o roli nepravých normativních systémů. Pokud by právo spoléhalo pouze na vynutitelnost každé povinnosti, znamenalo by to zhroucení právního systému.

Je třeba uvést ještě několik znaků, které charakterizují právo (řekněme věcně – nejde o definiční znaky) jako normativního systému v soudobé moderní společnosti:

- díky své komplexnosti je právo poměrně odcizené od lidí, jimž má sloužit. Jeho pravidla jsou laikovi obtížně seznatelná (což je samozřejmě paradoxem, neboť platí *ignorantia legis non excusat*), k získání jejich spolehlivé znalosti je třeba využít právního profesionála (ať již jde o advokáta, který poradí za příslušný poplatek, nebo orgán státu, který má poučovací povinnost viz § 4 odst. 2 (nového) správního řádu č. 500/2004 Sb. (dále jen SR), též § 5 OSŘ...). Právní pravidla jsou totiž relativně velmi přesná; stejně tak sankce za jejich porušení; jejich znalost částečně rovná se jejich neznalosti. Lze říct, že jde *do jisté míry* o daň za jinak pohodlný život v moderní společnosti.
- státní orgány mají monopol nejen na tvorbu, ale i na „správný“ výklad právních norem (přitom je třeba mít na zřeteli, že se situace výrazně komplikuje v podmínkách EU a členství v mezinárodních organizacích; viz výše kap. 1).
- ochrany naprosté většiny svých (hmotných, ovšemže i procesních, absolutních nebo relativních subjektivních) práv se lze domáhat jedině u

⁷² O *přesvědčení (persuasion)* a *donucení (compulsion)* v právu viz poněkud populárně, (leč názorně) oxfordským profesorem sepsané pojednání o právu ve Spojeném království, Atiyah, P.S.: *Law & Modern Society*, 2nd edition, Oxford University Press, 1995, str. 81-89.

⁷³ Např. „Primární funkcí moderního pozitivního práva podle N. Luhmanna je posílení určitých očekávání chování, nikoli již vynucení přesně určeného chování, jak tomu bylo u práva předmoderního.“ Příbáň, J.: *Suverenita, právo a legitimita*, str. 167.

orgánů veřejné moci, ve formalizovaném, objektivním právem upraveném procesu (viz čl. 36 odst.1 Listiny);⁷⁴

- v právu se neuplatňují tzv. pozitivní sankce (nikdo nebude právem pochválen, či jinak odměněn za to, že se choval v souladu s právní normou; právo de facto „ožívá“ - resp. může ožít - až tehdy, když je norma porušena. Například chování v souladu s morální normou může být oceněno kladným veřejným míněním).

Z uvedeného plyne nepřekvapivý závěr, že tvorba, interpretace, a aplikace těchto právních pravidel, podle kterých jsme všichni nuceni žít, je do značné míry v rukou specializovaného společenského stavu – *právníků*. Nejde o jev nový, ovšem při rostoucí komplexnosti moderní společnosti a jejího práva, nabývá na důležitosti a aktuálnosti. Lze souhlasit s názorem, že je tendencí právníků význam právních norem (vedle norem ostatních normativních systémů) výrazně nadsazovat⁷⁵ (více viz níže sub 3.4).

Z řečeného dále vyplývá, že v právu obecně hraje enormně důležitou roli *lidský faktor*. Platí to mj. při rozhodování ve veřejné správě, kde zdaleka ne všichni pracovníci mají právnícké vzdělání. Značně rostou i nároky na samotný postup ve správních řízeních (srov. nový SŘ) a na odbornost rozhodujících osob. Celkově totiž roste diference mezi *obecným případem*, který vymezuje právo, a *individuálními případy*, které v realitě nastávají. Vysoké jsou požadavky na morální vyspělost rozhodujících osob, které jsou nadány mocí a vystaveny možnostem úplatkářství.

Je třeba nepřeceňovat úlohu práva při regulaci společenských vztahů.⁷⁶ Právo by mělo být do značné míry *ultima ratio*. (Právo je *minimem morálky*⁷⁷ - více o

⁷⁴ Např. *svémoc* podle § 6 ObčZ lze využít za velmi omezených podmínek. V trestním právu jsou po novele podmínky *nutné obrany* podle §13 trestního zákona naštěstí mnohem volnější. Je vhodné zmínit, že na významu a popularitě roste rozhodčí řízení a další způsoby alternativního řešení sporů (Alternative dispute resolution – ADR). O tom např. Winterová, A. a kol.: *Občanské právo procesní*, 3. vydání. Praha: Linde 2004, str. 627 a násl.

⁷⁵ Večeřa, M., Urbanová, M.: *Základy sociologie práva*, str. 99. Domnívám se, že je toto symptomatické pro mnoho studentů práv. Při horlivém studiu velkého množství předpisů není čas se zamyslet nad smyslem normy, možnostmi a mezemi její praktické aplikace; znění normy se chápe dogmaticky jako jediné možné...

⁷⁶ Lze citovat z často citované práce A. Gerlocha: „...právo je efektivním nástrojem regulace takových společenských vztahů, kterým jsou imanentní hromadně se opakující rozpory, jež mohou být řešeny stanovením relativně přesných oprávnění a povinností subjektů těchto vztahů a kde nedodržování požadovaného chování je kontrolovatelné a účinně postižitelné sankcí.“ Gerloch, A.: *Zamýšlení nad možnostmi zjišťování a zvyšování efektivnosti právní regulace*, Právník č. 7/1986, str. 602. (Pro zajímavost, tutéž citaci má Rychlý v pozn. 150, str. 109, i Bárány, str. 58!)

morálce a vztahu k právu viz níže.) Tedy tam, kde objektivně postačí *mírnější* prostředky regulace, mělo by být využito jich. V mnoha případech (z psychologického hlediska) působí na chování adresáta efektivněji *doporučení* než stanovení *povinnosti*. Na právní příkazy a zákazy reaguje pochopitelně každý jinak, v literatuře lze nalézt psychologickou kategorizaci osobností podle tohoto hlediska.⁷⁸ Stejně tak je vhodné nechat širokou sféru pro autonomní regulaci, resp. smluvní volnost, i když je zcela nepochybné, že v dnešní složité společnosti je silná tendence omezovat smluvní volnost, o čemž svědčí například oblast soukromoprávní ochrany spotřebitele (zejm. §52 a násl. ObčZ – transponováno z příslušných směrnic ES). (Je otázkou, jestli je vhodné, aby stát takto vedl občany za ručičku, za cenu komplikovanější právní úpravy, když máme korektiv §39 ObčZ, tedy *absolutní* neplatnost úkonu pro rozpor s *dobrými mravy* – více o *dobrých mravech* níže. Navíc, díky nesprávné transpozici je konstruována *relativní* neplatnost (!) nespravedlivých smluvních ujednání; viz § 55 odst. 2 a § 40a ObčZ. Tato opatření, chránící „hloupého“ spotřebitele před nepoctivými podnikateli často nadměrně zatěžují poctivého podnikatele. Např. teleshoppingové reklamy se právní úpravě spotřebitelských smluv stejně *přizpůsobují* tak, že ji využívají ve svůj prospěch; uvádějí jako součást svých skvělých podmínek, že je možno objednaný výrobek do 14-ti dnů vrátit, a to dokonce bez uvedení důvodu! Toto právo spotřebitele ovšem vyplývá přímo ze zákona; viz § 53 odst. 7 obč. zák.)

2.5 Význam ostatních normativních systémů pro působení práva

Jde o značně komplikovanou problematiku, která je stále aktuálnější ve složité a diferencované moderní společnosti. Lze se omezit jen na některé aspekty, a uvést některé obecné poznatky. V minulosti se pravidla jednotlivých normativních systémů (zejména práva, morálky, náboženství, zvyklosti) do značné míry překrývaly, v moderní společnosti dochází spíše k jejich osamostatnění.⁷⁹ Navíc, v podmínkách rozsáhlé společenské plurality, dochází k určitému rozpadu *obecnosti*

⁷⁷ K této často uváděné formulce G. Jellineka, (kterou např. V. Knapp důsledně logicky vyvrací, Teorie práva, str. 85-6,) bych uvedl, že ač to nemusí být vždy pravdou, jedná se o názorný výrok, který dobře poslouží především studentům na začátku studia, aby si uvědomili, že právo není všemocné, a že momentálně platné právo není to jediné možné a správné.

⁷⁸ Např. Večeřa, M., Urbanová, M., Základy sociologie práva, str. 138-141.

⁷⁹ O tom viz Maršálek, P.: K otázce utváření vztahu práva, morálky a náboženství od minulosti k dnešku, str. 82 a násl.

morálky,⁸⁰ lze rozlišit morálku obecnou, skupinovou, individuální.⁸¹ V podmínkách náboženské svobody (viz čl. 15 a 16 Ústavy) se značně štěpí i náboženství, zejména křesťanské.⁸² Jde zřejmě o jevy přirozené v moderní demokratické společnosti. Je však otázkou, zda přispívají k harmonickému rozvoji společnosti. Svobodu tržní je zcela nutné podpořit a chránit, svoboda v liberální společnosti však přináší též rozdrobenost morálky, která podle mého názoru má tendenci vést spíše k jejímu všeobecnému společenskému poklesu.⁸³ A přitom platí Horatiovo „*Quid leges sine moribus vanae proficunt?*“.⁸⁴ (Slabá morálka a nízká religiozita v současné české společnosti jsou jednou z deformací fungování politického mechanismu a státní byrokracie. Totéž, bohužel, lze říct o trhu. Vysoce postavený úředník s miliardovým rozpočtem tvořeným penězi daňových poplatníků se spoustou „konekcí“ má ohromnou moc, cítí se zcela neohrožený, nebojí se ničeho, nikoho. Lze připomenout trapné kauzy typu Grippen nebo Pendolino. Bohužel i na trhu lze vidět spoustu extrémně pokleslých praktik, viz například nedávné kauzy Julius Meinl, Hypernova a další, kdy docházelo k omývání plesnivých salámů a k jejich vracení na pult k prodeji...)

Tak se zdá, že zcela univerzálním normativním systémem dnes zůstává pouze právo, v tom panuje celkem shoda. To však zdaleka neznamená, že by lidé znali pravidla, která jej tvoří, lépe, než pravidla jiných normativních systémů. Jak bylo již řečeno výše (sub 2.4), právní pravidla jsou běžnému člověku dost obtížně seznatelná bez pomoci právníka. Též ze sociologických empirických průzkumů plyne, že znalost práva mezi obyvatelstvem není valná.⁸⁵ K tomu je třeba dodat, že lidé získávají znalosti o právu především 1) vlastní životní zkušeností (zejména při styku se státní byrokracií; například při vyřizování stavebního povolení), 2)

⁸⁰ Tamtéž, str. 87.

⁸¹ Knapp, V.: Teorie práva, str. 85.

⁸² Viz zák. č. 3/2002 Sb., o církvích a náboženských společnostech. V příloze tohoto zákona se lze dozvědět, že je v ČR registrováno 18 křesťanských církví nebo náboženských společností.

⁸³ Například E. Chalupný upozorňuje na význam mravnosti ve společnosti, a ukazuje, jak pevné a přísné (a tedy i jednotné) mravy hrály klíčovou roli v rozvoji a růstu mnoha světových mocností: Spartanů, Římanů, a v současnosti (tj. v jeho době - 20. léta 20. století) Angličanů. Chalupný, E.: Sociologie a filozofie práva a mravnosti, str. 151-2.

⁸⁴ „Co zmohou jalové zákony bez dobrých mravů?“ cituji podle uv. práce P. Maršálka.

⁸⁵ O tom viz zejména Večeřa, M., Urbanová, M., Základy sociologie práva, str. 133-135, kde autoři poukazují na výsledky průzkumů provedených ve směr v letech šedesátých a sedmdesátých. Lze mít za to, že znalost práva dnes bude spíše ještě nižší při rostoucím množství předpisů a komplikovanosti úprav.

z doslechu od známých, na základě jejich zkušeností s právem, 3) z médií, mnohdy nepřesně a zkresleně; mnohem spíše než studiem právní normy.⁸⁶

Přesto, je v celku spolehlivým tvrzením, že se většina lidí nejčastěji chová v souladu s právem. Přitom právní normu neznají buď vůbec,⁸⁷ nebo budou mít pouze jakousi představu o jejím obsahu. Necháme-li stranou obecné věcné motivy lidského jednání v každodenním životě, pak význam ostatních normativních systémů pro působení práva je především v tom, že tam, kde se právní a jiná pravidla překrývají, je dosažení žádoucího chování pravděpodobnější.⁸⁸ Lze říct, že v těchto případech znalost mimoprávních norem supluje znalost práva.⁸⁹ Tyto případy, kdy je právo dodržováno „díky“ působení jiných normativních systémů jsou sice důležité, avšak nejsou z hlediska působení práva příliš zajímavé. Je třeba zaměřit pozornost na tyto případy:

1. působení práva v případě absence „podpory“ ze strany jiných normativních systémů,
2. působení práva v případě přímého rozporu s neprávními normami.

Ad 1. Jak vyplývá mj. z výše uvedených příkladů z české praxe, právo je často bezmocné, není-li podepřeno alespoň například minimální morální vyspělostí adresáta normy (viz výše uvedený výrok Horatiův.) . K čemu je pak ale právo dobré? Vždy existují ve společnosti jedinci (nechme stranou psychicky narušené, patologicky nemocné jedince) jimž jejich svědomí nebrání krást, podvádět, vydírat, zabíjet (sociální *prevence* kriminality má svoje meze). Je přeci úkolem práva jim zabránit v tom, aby tak činili. V případech, kdy právní norma nedokáže vynutit žádoucí chování svou *mimoprávní přesvědčivostí* (která je mj. nepochybně posílena právě souladem s neprávními normami) nezbyvá, (jak vyplývá z výše uvedených závěrů – sub 2.4), než 1. zpřísnit sankci, ale především 2. zvýšit efektivitu jejího uplatňování (což samozřejmě zahrnuje i zvýšení úspěšnosti vlastního odhalování

⁸⁶ Obdobně Boguszak, Boguszak J., Čapek, J. Gerloch, A.: Teorie práva, str 33.

⁸⁷ Tamtéž, str. 33.

⁸⁸ Např. J. Příbáň píše: „Rezidua zvyků, obyčejů a především mravů však umožňují občanům orientovat se v právu a chovat se podle právních norem, aniž by měli podstatné znalosti práva. ...tyto právní normy... se nazývají... *habituální normy*.“ Příbáň, J.: Sociologie práva, str. 164-5.

⁸⁹ Pro morálku platí, že zvyšuje efektivitu společenského působení práva takto:

- často supluje znalost práva;
- u řady jedinců právo nabývá morální hodnotu a jeho porušování za nemorální (řekněme při morální indiferenci samotné normy);
- sankce doprovázející morální normu často posiluje chování v souladu s právní normou. (ruku vraha často zadrží jeho svědomí spíše než znalost sankce podle § 219 trestního zákona...)

Večeřa, M., Urbanová, M., Základy sociologie práva, str. 98, s mým doplněním v závorkách.

protiprávních jednání...). Nelze nevidět, že právě efektivní uplatňování sankcí státními orgány je zcela kardinálním momentem pro fungování práva.

Ad.2. Jde o problematiku, která zajímá právníky a filozofy od pradávna. V těchto případech se může právo samozřejmě setkat s neposlušností; právní norma může být málo efektivní, respektive zcela neefektivní. Např. T.Rychlý upozorňuje, že právní normy, které nerespektují některé biologické, antropologické a kulturní danosti společnosti, často nezpůsobí zamýšlené následky.⁹⁰ Jeho závěr lze podepřít například neefektivností ustanovení § 135 odst. 4 pís. e) zákoníku práce, kterou lze přičíst právě biologické a kulturní danosti Čechů.⁹¹ Lze též připomenout, A. Podgóreckého, který říká, že právo, aby bylo efektivní, musí odrážet *právní citění* společnosti.⁹²

Jde ovšem i o otázky ryze ekonomické; např. zavedení příliš vysokých daní může pochopitelně vyvolat všeobecný odpor; z ekonomického hlediska tuto závislost znázorňuje známá *Lafferova křivka*.⁹³ Tato křivka ukazuje, že celkové množství peněz vybraných na daních v dané společnosti (či státu) se zvyšuje s rostoucí mírou daňového zatížení (vyjádřenou procentem z příjmů) pouze do určitého vrcholu, který představuje maximální míru daňového zatížení. Při dalším zvyšování míry daňového zatížení, celkové množství vybraných peněz začne prudce klesat, až do nuly při daňovém zatížení 100%.⁹⁴

Je tedy žádoucí soulad norem právních a norem neprávních. Tato problematika vystupuje v současnosti velmi zřetelně, a působí obtíže. Dnes jsou v mnoha zemích velmi aktuální otázky interrupcí, euthanasie, genetického inženýrství, trestu smrti, právní úpravy otázek týkající se partnerství osob stejného pohlaví... není zde ovšem prostoru pro podrobné pojednání o těchto otázkách.⁹⁵

Pokud jde o složitou otázku *legality* občanské neposlušnosti, nelze nepřipomenout čl. 23 Listiny, který zakotvuje právo občanů na odpor v případě, že by někdo odstraňoval demokratický řád lidských práv a základních svobod, jestliže

⁹⁰ Rychlý, T., cit dílo, str. 84.

⁹¹ Uvedené ustanovení zakazuje zaměstnanci požívat alkoholické nápoje v pracovní době (kdekoliv) a na pracovišti (kdykoliv). Porušování tohoto zákazu lze vidět např. každý všední den v zaměstnanecké jídelně menzy na PFUK.

⁹² Podgórecki, A.: Sociologie práva, Svoboda, Praha 1966, str. 50 a násl.

⁹³ Viz Hamerníková, B., a kol.: Veřejné finance. Victoria Publishing, Praha 1996, str. 93-94.

⁹⁴ Např. již vzpomenutý P.S. Atiyah uvádí příklad místní daně zavedené v Anglii v r. 1989, které se setkalo s absolutní neposlušností... cit. dílo, str. 84 a násl.

⁹⁵ Vcelku velmi liberální názor na genetické inženýrství a euthanasii viz Boguszak, J.: Právo a postmoderní situace. Autor se v této práci bohužel nevěnoval problematice trestu smrti; jeho názor by byl jistě zajímavý.

činnost ústavních orgánů a účinné použití zákonných prostředků jsou znemožněny. Podle čl. 9 odst. 2 Ústavy je totiž změna podstatných náležitostí demokratického právního státu nepřipustná.

Pokud jde o ještě složitější otázku *legitimity* občanské neposlušnosti, lze citovat z dopisu, který napsal Martin Luther King Jr. v birminghamském vězení představitelům církví jako odpověď na kritiku svého protizákonného jednání:

„...jsou dva typy zákonů, *spravedlivé a nespravedlivé*. ...*Jedinec má nejen právní, ale i morální povinnost uposlechnout spravedlivý zákon. Naopak, má jedinec morální povinnost neuposlechnout zákon nespravedlivý. Souhlasil bych se sv. Augustinem, že nespravedlivý zákon vlastně zákonem vůbec není. A nyní, jaký je mezi nimi rozdíl? Jak lze určit, zda je zákon či spravedlivý, či nespravedlivý? Spravedlivý zákon je takový člověkem vytvořený zákon, který se shoduje se zákonem morálním, či zákonem božím. Nespravedlivý zákon je takový, který není v harmonii s morálním zákonem. Slovy sv. Tomáše Akvinského: Nespravedlivý zákon je lidský zákon, který nemá kořeny v právu věčném a přirozeném. Jakýkoliv zákon, který pozdvihuje lidskou osobnost je spravedlivý. Jakýkoliv zákon, který ponižuje lidskou osobnost je nespravedlivý...*“⁹⁶

Pro pořádek je třeba ještě uvést konkrétní odkazy na neprávní normativní systémy v platném právu a jejich význam. Jak známo, občanský zákoník v § 3 prohlašuje, že výkon práv a povinností nesmí být v rozporu s *dobrymi mravy*. §39 prohlašuje za (absolutně) neplatný právní úkon učiněný v rozporu s *dobrymi mravy*. Též obchodní zákoník v §44 zakazuje jednání, které je v rozporu s *dobrymi mravy* (hospodářské) soutěže, a tentýž zákon v § 265 říká, že výkon práva v rozporu se zásadami poctivého obchodního styku nepoživá právní ochrany. Kategorie *dobrych mravů* (resp. *zásad poctivého obchodního styku*) je jednoznačným kladem platného práva, jež je schopno, při vhodné aplikaci soudcem, napravit křivdu v případě, kdy chybí jiný právní podklad. Jako krásný příklad ze soudní praxe poslouží judikát Nejvyššího soudu (viz Právní rozhledy č.12/2002), který připouští, že ve výjimečných případech může být vznesení námitky promlčení v rozporu s *dobrymi mravy*. Vznesení námitky promlčení lze tudíž v takovém případě prohlásit za neplatné, k promlčení nepřihlédnout, a „promlčený“ nárok *přiznat*. (Toto je třeba hodnotit jednoznačně kladně. V době kdy slova *právní jistota*, více než cokoliv jiného vzbuzují úsměv na rtech, by bylo vhodné uplatňovat tuto možnost ještě širěji. Institut promlčení je jeden z mnoha, který dává často nesprávně přednost *jistotě* před

⁹⁶ Vlastní překlad autora. Pramen nemohu uvést, dostal jsem pouze fotokopii úryvku z uvedeného dopisu na semináři z výběrového předmětu „Legal and Political Writing in the Middle Ages“ vedeného na K. Gibbonssem.

spravedlností - viz dále sub 3.2 D. Bylo by vhodné tuto právní úpravu přehodnotit, nebo i zrušit v některých právních odvětvích – určitě ne např. v právu daňovém, kde by bylo vhodné uvažovat o zkrácení lhůt. Jde o institut, který má v současné praxi komě jiných tyto dva důsledky: 1. ulehčuje práci právníkům, 2. chrání *a.* dlužníky – v případě soukromého práva – tedy dává *jistotu* oprávněnému, že nedostane to, co mu náleží,⁹⁷ a *b.* zločince – v případě trestního práva - přičemž zde jde vlastně o prekluzi, nikoliv promlčení. Kromě toho se domnívám, že v rámci trestního práva působí preventivněji představa, že se s pachatelem potáhne jeho čin „celý život“, ne možnost, že za pár let bude jeho čin odpuštěn a zapomenut. Taková možnost může hrát roli při nápravě pachatele teprve *až poté*, kdy je čin spáchán.)

Je třeba připomenout též § 1 odst. 2 a § 264 ObchZ, které odkazují na obchodní zvyklosti a z poslední doby lze uvést § 4 odst. 1 (nového) SŘ, podle kterého „Každý, kdo plní úkoly vyplývající z působnosti správního orgánu, má povinnost se k dotčeným osobám *chovat zdvořile...*“ (Prostředkem ochrany je stížnost podle § 175 SŘ; legendární vyhláška č. 150/1958 Úl.,⁹⁸ jež stížnost upravovala, avšak byla v praxi ignorována, byla konečně zrušena:) Je svým způsobem směšné, že právní předpis musí nakázat lidem, aby se k sobě chovali hezky. V české veřejné správě je to však zřejmě potřebné, na rozdíl od soukromého sektoru, kde by si s pracovníkem, který se „nechová zdvořile“, měl poradit trh.

2.6 Závěry

Je vhodné shrnout myšlenky o postavení práva a jiných normativních systémech ve společnosti. Autoři často uvádějí, že v soudobé moderní společnosti dochází k posílení úlohy práva, a že se rozsah působení ostatních normativních systémů snižuje.⁹⁹ Nepochybně je pravdou, že je tendence právem upravovat další a

⁹⁷ Např. autoři Knappová, M., Švestka, J., Dvořák, J. a kol.: *Občanské právo hmotné*, Svazek I., 4. vydání. ASPI, Praha, 2005 píší na str. 244, že institut promlčení je v souladu se zásadou *vigilantibus iura*, která říká, že každý má náležitě pečovat o svá práva. Domnívám se, že je na každém jednotlivci, jak a kdy o svá práva bude pečovat. Když někdo žaluje opožděně a nemá důkazy, jeho problém. Vezmeme-li mu apriorně reálnou možnost se svých práv domct, tak se domnívám (aniž bych byl expertem na římskoprávní zásady a na latinu), že je to s uvedenou zásadou spíš v rozporu. Činíme totiž z práva domáhat se svého práva (čl. 36 odst. 1 Listiny) *de facto* povinnost.

⁹⁸ Jde o drobnou zajímavost našeho právního řádu; viz Kindl, M.: *Co platí?* in: *Ve službách práva*, Sborník příspěvků k 10. výročí založení pobočky nakladatelství C.H. Beck v Praze. 1. vydání. Praha : C. H. Beck, 2003, str. 22.

⁹⁹ Např. Gerloch, A., *Teorie práva*, str. 291, nebo Maršálek, P.: *K otázce utváření vztahu práva, morálky a náboženství od minulosti k dnešku*, str. 89.

další společenské vztahy. To však *samo o sobě* neznamena, že by byla posílena jeho důležitost ve společnosti, jako regulátora společenského života. Celá řada (nových) norem totiž váže pouze specifické skupiny lidí při specializovaných činnostech.¹⁰⁰ S obsahem těchto specifických právních norem se lidé setkávají při výkonu svých povolání¹⁰¹ apod., přičemž často půjde o předpisy podzákonné a vnitřní.

Naproti tomu v každodenním životě se běžný člověk o právní normy z vlastní iniciativy vůbec nezajímá, činí tak až když je to nutné (např. když přijde do styku s veřejnou správou). Média sice v zpravodajských pořadech referují o změnách v právu nebo o soudních případech, avšak často velmi zkresleně a povrchně, téměř vždy právnicky nepřesně.¹⁰² V každodenním životě je běžný člověk konfrontován spíše pravidly morálními. V současné dynamicky se vyvíjející společnosti, kdy dochází k mnoha změnám v právu, většina lidí nemá hlubší znalost momentálně platného práva, často ho totiž nemají ani právníci. V mnoha ohledech platí, že morálka je důležitější pro dodržování práva, než-li samo právo, resp. jeho znalost. V současné společnosti je ovšem charakteristické, že dochází ke značné diferenciaci morálky, a tím i jejímu značnému uvolnění. Jde o jev pro současnou společnost do určité míry nevyhnutelný,¹⁰³ avšak celkově neblahý. Jak řekl papež Jan Pavel II., uvolnění morálky není to, co přinese lidem štěstí. Domnívám se, že morálka může a měla by být nejdůležitějším normativním systémem (jednoduše řečeno: morálka je

¹⁰⁰ Srov. Fuller, L. L.: *Morálka práva*, Oikúmené, Praha 1998, str. 52.

¹⁰¹ Ovšem často ani nejpovolanější osoby neznají nejdůležitější předpisy ovládající své povolání. Např. v nedávné době při jedné kauze prohlásoval v médiích policejní prezident že „...státní zástupkyně hodnotila důkazy, což neměla, protože to přísluší jen soudu...“ Až jeden docent z naší fakulty musel v pořadu „Události, komentáře“ televizní redaktorce a veřejnosti osvětlit, že policejní prezident trestnímu řízení zřejmě vůbec nerozumí, každopádně není seznámen s § 2 odst. 6 trestního řádu, ze kterého plyne, že důkazy (samozřejmě a pochopitelně) hodnotí *všechny* orgány činné v trestním řízení, tj. policie, státní zástupce, a samozřejmě soud. K tomu není třeba dalšího komentáře.

¹⁰² Viz např. z poslední doby primitivní společenskou debatu o snížení tzv. „věkové hranici pro legální pohlavní styk“ na 14 let. Myšlenka, že jde o „odpovědnost mladých za svůj sexuální život“ nerozumím; vždyť jde o ochranu mladých, ne o jejich postihování. Úprava má samozřejmě postihovat dospělého za „sex s mladistvými“ a ne naopak. Navrhovatel, tzv. ministr „spravedlnosti“, své sympatie k pedofilům zcela zřetelně projevil též při tzv. kauze „katarského prince“. K tomu též není třeba dalšího komentáře.

¹⁰³ *Nevyhnutelnost* uvolnění morálky v diferencované společnosti je však přinejmenším diskutabilní; dochází totiž v mnoha případech přímo k systematické demoralizaci obyvatelstva. Viz např. populární reality show „Big Brother“ či „Vyvolení“, které lidem (bohužel zejména mládeži) představují jako novodobé hrdiny amorálně se chovající devianty pocházející často z rozvráceného sociálního prostředí, kteří v přímém přenosu hovoří sprostě, kouří a pijí alkohol, a souloží. (Smutně paradoxní je, že většině mladých fanoušků Velkého bratra jméno George Orwell vůbec nic neříká.) Též seriál „Sex ve městě“ usiluje o demoralizaci obyvatelstva. Kromě sexuální explicity a vulgární mluvy prezentuje sexuální promiskuitu i nevěru jako zcela běžnou věc, a vztahy mezi lidmi redukuje na fyzický sexuální prožitek.

důležitější než právo). Avšak z naznačených důvodů, tomu tak v současné společnosti není.

Pokud jde o náboženství, domnívám se, že z širšího geopolitického pohledu udává náboženství (resp. jeho nepochopení fundamentalisty) ráz současnému světovému dění více než fenomén právo; v globalizovaném světě to zasahuje velmi i naší západní společnost. Pokud jde o ČR, došlo sice po převratu v roce 1989 k jisté (mírné) renesanci náboženství, avšak celkově je ČR *naprostou světovou výjimkou, pokud jde o absenci náboženské víry ve společnosti*. (Nejde však pouze o důsledek čtyřicetileté vlády komunistického režimu, pro který představuje víra v imateriální hodnoty nebezpečí; stačí pohledět na naše severní sousedy, kde se silný katolicismus udržel.) V EU např. Řecko a Irsko mají přímo v ústavě, že moc pochází od Boha. V USA stojí na každé minci a bankovce „In God We Trust“; a vůbec tamní společnost prožívá v současnosti nový náboženský „boom“. Na zemi je zcela nepochybně stále drtivá převaha lidí, kteří věří, že *myšlenka* je prvotní a znamená víc než *hmota*. Je nesmírně obtížné zhodnotit postavení náboženství v západní společnosti, avšak v žádném případě se nedomnívám, že by výrazněji ustupovalo.

Mám za to, že právní normy (mezi normami ostatních normativních systémů) nejsou zdaleka hlavním motivátorem lidského chování, avšak právo je nepochybně velmi důležitým společenským normativním systémem. Způsob jeho působení se však modifikuje; jde totiž o to, že v současné moderní společnosti právo nepůsobí na adresáty tak, že jim sdělí, přesně jak se mají chovat. To dnes mnohdy není možné, s ohledem na jeho složitost. (Lidé nepochybně mají povědomí o nejdůležitějších normách o krádeži a náhradě škody. Avšak co přesně je loupež, nebo zda a jak odpovídá majitel restaurace za odložené věci, už mnohdy netuší. A jak každý právník dobře ví, částečná, či neúplná znalost normy je její neznalostí.) Právo mnohdy zanechává u lidí pouze jakýsi dojem o tom, jak se mají chovat; zbytek si v mysli dotvoří podle svých zkušeností a vlastní intuice. Právo tedy usměrňuje chování lidí v mnoha případech tak, že je odrazuje od určitých chování (či vede je k určitým chováním) čistě svou *přítomností*. (A naopak, když lidé mají dobrou znalost práva, často své chování přizpůsobí, ale ne nezbytně tak, že se chovají v souladu s právem; často se seznamují s normou, aby ji obcházeli.¹⁰⁴ Viz též např.

¹⁰⁴ Srov. např. Novotný, O.: Právní řád a prevence kriminality, in: Pocta Františku Šamalíkovi. Praha: ASPI Publishing, 2003, str. 83.

še zmíněný jev přesouvání těžiště sporů z oblasti hmotného práva do oblasti práva procesního.)

Toto, se domnívám, je charakteristické pro působení práva v moderní společnosti. Jde o působení *práva* jako takového, nejen působení konkrétních *právních norem*. V tomto světle je pak třeba hodnotit právo jako společenský normativní systém a jeho význam pro chování lidí.

3. FUNKCE PRÁVA V SOUDOBÉ MODERNÍ SPOLEČNOSTI

Mám za to, že v nejobecnější rovině, je základní funkcí práva, od které se odvíjí všechny ostatní, je funkce *pomocná*. Právo je výtvozem civilizace, a má napomáhat poklidnému rozvoji jednotlivců, jež vstupují do vzájemných vztahů ve společnosti. Právní *regulace* není (neměla by být) samoúčelná; nelze říct, že *funkcí* práva je *regulovat* lidské chování; to je přímo jeho imanentní vlastností jako normativního systému. (Lze však říct, že reguluje společenské vztahy, tím že stanoví chování subjektů – viz dále.) Ať právo vzniká jakýmkoliv způsobem, jakkoliv je obtížné zdůvodnit legitimitu platného práva, ať jsou v právu zakotvené jakékoliv hodnoty, mělo by stále platit, že je jeho primární funkcí lidem pomáhat. Z těchto úvah bude vycházet můj přístup k právu nejen v této kapitole.

3.1 Vyjasnění pojmů

Před zahájením vlastní *funkcionální analýzy*,¹⁰⁵ je vhodné věnovat pozornost pojmosloví. V literatuře se lze setkat s pojmy *funkce* práva, *cíle* práva, *účel* práva, *ideje* práva. Při určitém zjednodušení lze říct, že *funkce* je kategorií sociologickou, *cíl* neboli *účel* je kategorií teleologickou, a *idea* je kategorií filozofickou.

A. Začněme idejí práva (někdy též *obecné cíle* práva¹⁰⁶). Ideou práva je *spravedlnost*.¹⁰⁷ Již římský právník Iuventius Celsus před více než osmnácti sty lety prohlásil, že právo je *umění dobrého a spravedlivého* (*ius est ars aequi et boni*).¹⁰⁸ Zdá se, že jsou jeho slova v reálném právním životě dnes téměř zapomenuta; slova *právo* a *spravedlnost* nejsou zdaleka považována za synonyma, zejména právníky samotnými.

Bývá poukazováno na to, že neexistuje všeobecná představa o tom, co je spravedlivé. Jak poznamenává Fuller, je velmi obtížné určit, co je dokonale spravedlivé, avšak poměrně velmi snadno lze určit, co je nespravedlivé.¹⁰⁹ Je tedy

¹⁰⁵ Jak upozorňuje J. Příbáň, jsou myslitelé, kteří odmítají takovýto přístup, pro pochopení podstaty práva; viz Sociologie práva, str. 176-7.

¹⁰⁶ Např. Weinberger, O.: Norma a InSTITUTE, MU Brno, 1995, str. 24.

¹⁰⁷ Tak V. Knapp, Teorie práva, str. 41, I. A. Bláha, cit dílo, str. 254, i O. Weinberger, který uvádí jako ideu práva též *právní jistotu*, cit dílo, str. 24-25; k tomu lze vznést jisté výhrady (viz dále).

¹⁰⁸ Kincl, J., Urfus, V., Skřejpek, M.: Římské právo. 2. vydání. Praha, C. H. Beck 1995, str. 31.

¹⁰⁹ Srov. Fuller, L. L.: Morálka práva, str. 19.

zřejmě nemožným úkolem vytvořit právní řád, který by byl spravedlivý pro všechny, to je právě nedosažitelnou ideou; přesto však lze v obecné rovině souhlasit s tvrzením, „že by právo mělo být vždy v souladu s obecnými představami spravedlnosti.“¹¹⁰ Reálně v silách práva však *je*, zajištění formální *procesní spravedlnosti*. (V zemích Rady Evropy to požaduje známý čl. 6 EÚLP.)

Slova Iuventia Celsa by však za všech okolností měla vázat *právníky* při rozhodování v právních procesech, nebo při poskytování právní pomoci. Nelze přitom opomíjet důležitou součást uvedeného výroku, a sice slovo *umění*. Může se totiž jevit, že v soudobé moderní společnosti je stále náročnější výzvou pro právníka činit *dobro a spravedlnost*, ale není tomu tak (více níže sub 3.4).

B. *Cíl*,¹¹¹ neboli *účel* práva (nebo lépe řečeno právní normy) jednoduše vyjadřuje to, čeho má být dosaženo. Některé právní normy mají přímo strukturu „má být *x*“, a nazývají se *teleologické* neboli *finální*.¹¹² (Ve vnitrostátním právu nejsou příliš běžné, uplatňují se celkem hojně v komunitárním právu.¹¹³)

Všechny právní normy (tj. nejen s teleologickou strukturou) mají (měly by mít) nějaký cíl.¹¹⁴ I když není explicitně vyjádřený v normě; často bude uvedený v důvodové zprávě k návrhu zákona. Kromě *explicitních* cílů se někdy „pod povrchem“ skrývají cíle *latentní*.¹¹⁵ Lze též rozlišit cíle *bezprostřední*, jimiž je vždy žádoucí chování právních subjektů, a cíle *vzdálené*, tedy dosažení či zachování nějakého stavu.¹¹⁶ *Míra* dosažení cíle zamýšleného právní normou se obvykle nazývá *efektivita* právní normy.¹¹⁷

¹¹⁰ Pelikánová, I.: Hledání práva – nesprávnost v právu, in: Teoretické problémy práva na prahu 21. století. Pocta k 75. narozeninám prof. JUDr. Jiřího Boguszaka, DrSc., str. 89.

¹¹¹ Podrobně o cílech v právu a jejich možné klasifikaci viz Čapek, J., Gerloch, A.: Význam kategorie cíle v právní regulaci společenských vztahů, Právník č. 5/1986.

¹¹² Viz Boguszak, J.: Právní principy, hodnoty, finalita, in: Právní principy, Vydavatelství 999, Pelhřimov, 1999, str. 29-31, nebo Gerloch, A.: Teorie práva, str. 66.

¹¹³ Viz zejm. Boguszak, J.: Právo a postmoderní situace, str. 1205-1208; též Wintr, J.: Právně politická metoda evropské integrace a návrh evropské ústavy, str. 34-35.

¹¹⁴ V. Knapp to uvádí přímo jako znak práva jako normativního systému; cit. dílo, str. 46, s tím lze jen souhlasit, avšak je třeba tuto myšlenku rozvést (viz dále). Srov. též.: Večeřa, M.: Platnost nejen jako právně normativní existence. in: Teoretické problémy práva na prahu 21. století. Pocta k 75. narozeninám prof. JUDr. Jiřího Boguszaka, DrSc., (editor A. Gerloch), Karolinum, Praha 2002, str. 53.

¹¹⁵ K tomu viz Rychlý, T.: Právní normy a společenská praxe, str. 64-65.

¹¹⁶ Viz Knapp, V.: Teorie práva, str. 32-33.

¹¹⁷ K různým pojetím *efektivity* práva viz Gerloch, A.: Teorie práva, str. 304-5.

Stanovení cílů právních norem je pochopitelně záležitostí politiky, resp. *právní politiky*.¹¹⁸ Cíle právních norem by pochopitelně měly odrážet společenské zájmy a potřeby¹¹⁹ jakkoliv může být obtížné je určit. Není vyloučeno, že na cíl normy může být hleděno jinak po proběhnutí společenské změny, (aniž by se změnilo samotné znění normy), a může dojít tak k jeho reálné modifikaci ve společenské praxi.¹²⁰

Ve značně diferencované soudobé moderní společnosti je však stále obtížnější artikulovat *obecné zájmy* společnosti (nebo řekněme, *vůli většiny* – viz čl. 6 Ústavy). I když se to podaří, může často dojít k jejich deformaci v politickém normotvorném mechanismu, a to tak, že právní norma 1. nelegitimně odráží zájem pouze úzké skupiny, nebo 2. je výsledkem politického kompromisu, je vnitřně rozporná, a cíl úpravy se stává nejasný, nebo 3. stanoví cíl objektivně nesprávný, díky nedostatečné promyšlenosti návrhu resp. omylu zákonodárce¹²¹ (srov. též pasáž o právu a politice výše sub 1.4). Pochopení cílů právní úpravy, potřeb a zájmů, které odrážejí, je klíčové pro pochopení právní úpravy samotné. (To je závěr, který opět svědčí pro nutnost interdisciplinárního přístupu k právu - viz výše sub 2.2.)

Z jiného úhlu pohledu nelze nevidět, že ač je právo z logiky věci především cíleným normativním systémem, často jsou konkrétní ustanovení právních předpisů nejasná, a připouští různý výklad. Jestliže pravý „význam“ právních norem odhalí a konstatují až soudy v aplikační praxi, lze ještě vůbec hovořit o cílech zákonodárce?¹²² Vlastní určení cílů právní úpravy bude tedy často předmětem *teleologického výkladu* soudce.¹²³

Nejenže zákonodárce nemůže pamatovat na všechny případy, které mohou v praxi nastat (to pochopitelně není možné, a nikdo to po něm nemůže chtít), ale je

¹¹⁸ Je vhodné připomenout pojetí F. A. von Hayeka. Podle něj má právo především udržovat ve společnosti vytvořený *spontánní řád* (viz *Právo, zákonodárství a svoboda*, 1. díl, druhou kap.), a ne tvořit nové normy (typu „*thesis*“), kterými se vlády snaží dosáhnout cílů, které samy uznávají za vhodné. S celou řadou jeho myšlenek a názorů lze naprosto souhlasit, vycházím však z dnešní reality permanentních „legislativních smrtí“ zejména v ČR, ovšemže i v EU.

¹¹⁹ Srov. např. uvedenou práci J. Čapka a A. Gerlocha, str. 443-4.

¹²⁰ Srov. Večeřa, M., Urbanová, M.: *Základy sociologie práva*, str. 157.

¹²¹ Tamtéž, str. 157: „...řada právních norem nemá specificky vyjádřitelný cíl a existují díky tradici, legislativní nečinnosti, nebo jako výsledek potřeby kompromisu k uspokojení požadavků některých zájmových skupin.“ Viz též uvedenou práci J. Čapka a A. Gerlocha, str. 452.

¹²² E. Bárány píše, že „Právo se vůči svému politickému prostředí relativně osamostatňuje... ..po svém vytvoření žije vlastním životem.“ *Moc a právo*, str. 82.

¹²³ Růst úlohy soudů v současných právních systémech zdůrazňují mnozí. Snad dvojnásobně to platí pro Evropský soudní dvůr v EU (pro nějž je teleologický výklad typický), jehož činnost je klíčová pro právní vývoj EU.

velmi často nejasné, co chtěl zákonodárce vlastně říct, přičemž nikdo (tj. z členů zákonodárského orgánu) se k uvedené úpravě či konkrétnímu ustanovení „nehlásí“.

Domnívám se, že při 1. rostoucí komplexitě moderního práva, 2. složitosti politikou postiženého legislativního procesu, a 3. stále se zvyšujícími obtížemi spojených s implementací právních norem se právo stává stále méně spolehlivé jako prostředek dosahování cílů zákonodárce, stále více je třeba se spoléhat na jiné nástroje a prostředky. Tento trend lze pozorovat téměř ve všech právních odvětvích; zde je možno zmínit například prostředky k prevenci běžné kriminality v oblasti trestního práva jako je používání nápisů v prostředcích hromadné dopravy varujících před kapesními zloději; nebo v oblasti práva životního prostředí jsou právní normy pochopitelně jen jedním z nástrojů ochrany životního prostředí; dalšími jsou nástroje ekonomické, osvětové, aj.¹²⁴

Jiné (řekněme *klasické*) obory práva v tomto ohledu poněkud zaostávají, jako je právo občanské či obchodní; představa, že dobře fungující trh lze zajistit jeho co nejpodrobnější právní regulací je mírně řečeno omezená. (Za prvé, podstatně důležitější než samotný obsah norem hmotného práva, je kvalitní (tj. především rychlá) práce soudů. Za druhé, kvalita právního prostředí prostě není jedinou důležitou podmínkou dobře fungujícího trhu, jde dále například o dostupnost informací pro uskutečnění tržních rozhodnutí, morální vyspělost a poctivost aktérů trhu, dostatek výrobních faktorů, atd. Právo naopak může být pro trh největším nepřítelem – viz např. katastrofické důsledky regulace nájemného pro trh s byty v ČR; navíc, až bude České republice uloženo odškodnit majitele domů v ČR Evropským soudem pro lidská práva, daňoví poplatníci budou muset podruhé – poprvé tím, že léta platili vyšší nájemné kvůli nerovnováze na trhu - zaplatit na místo těch osob, které dosud bydlely téměř zadarmo v bytech s regulovaným nájemným.)

C. *Funkce práva vyjadřují, jakou úlohu plní právo jako společenský fenomén ve společnosti. Obvykle se tak hovoří o sociálních funkcích práva,*¹²⁵ což je odrazem systémového přístupu ke společnosti a k právu.¹²⁶ Funkce práva se pak zkoumají

¹²⁴ Viz Damohorský, M. a kol.: Právo životního prostředí, str. 36 a násled.

¹²⁵ Např. Příbáň, J.: Sociologie práva, str. 163 a násled., nebo Bláha, I. A.: Sociologie, str. 256-7.

¹²⁶ „Funkcí lze potom rozumět jako činnost určitých jednotlivých nebo skupinových faktorů nebo celých částí sociálního systému, která působí v rámci systémového celku. Funkce určitého systému

v relaci k jiným společenským jevům a jejich úloze v socio-kulturním systému, a jejich vzájemného působení v něm.¹²⁷ Lze se setkat i s přístupem *antropologickým*, který zkoumá funkce práva z hlediska lidské danosti.¹²⁸ Dále pak s vymezením funkcí práva ve vztahu k jednotlivci.¹²⁹

Budu vycházet z určité syntézy těchto přístupů, což může být poněkud nevědecké, avšak necítím potřebu si předem ohraničit vlastní pohled na právo ve společnosti. To, které funkce právo plní v dané společnosti, je přirozeně do značné míry určeno politickým systémem této společnosti, avšak jak již bylo výše řečeno, tato práce zkoumá právo v moderních západních demokraciích.

Pojem funkce práva se blíží pojmu cíl (vzdálený), je však širší v tom, že reflektuje jeho působení nikoliv jen z hlediska efektivnosti (dosažení cílů), ale též z hlediska reálné podoby právních institutů a činnosti právních institucí.¹³⁰ Pojem funkce práva se tak používá spíše v relaci k právu jako celku, tedy k právnímu řádu (ev. právnímu odvětví nebo právnímu institutu), kdežto o cílech se hovoří obvykle v souvislosti s konkrétní právní úpravou. V běžné právníkové řeči se hovoří o funkčnosti (či nefunkčnosti) té které právní úpravy, má se tím obvykle na mysli, že právní úprava je schopna aplikace, z hlediska vnitřní nerozpornosti, ekonomické únosnosti, věcné smysluplnosti a efektivnosti jejího působení. V této práci budu pojem *funkčnost* používat k hodnocení, zda právo plní své společenské funkce či nikoliv.

3.2 Jednotlivé funkce práva

Jak bylo řečeno v úvodu této kapitoly, právo není samoúčelné; ať je jeho původ jakýkoliv, mělo by lidem pomáhat. V konečném důsledku, základní funkcí práva je pomáhat zajistit zachování lidstva jako takového; resp. zajistit reprodukci života ve společnosti.¹³¹ Otázkou pak ale může být, zda si právo dává společnost

jsou zaměřeny na zachování existence systému, na jeho rozvoj, proměnu a ohraničení vůči ostatním sociálním systémům.“ Mucha I., Příbáň, J. Texty k sociologii práva, Všehrad, Praha, 1991, str. 40.

¹²⁷ Večeřa, Urbanová...??

¹²⁸ Tak Weinberger, O.: Norma a Instituce, str. 23-4, kapitola nazvaná „Základní úkoly právní regulace“.

¹²⁹ Např. Harvánek a kol: Teorie práva, str. 16-17, subkapitola nazvaná „Právo a osobnost“ nebo H. Schelsky; kterého zmiňuje J. Příbáň; viz Příbáň, J.: Sociologie práva, str. 176-177.

¹³⁰ Večeřa, M., Urbanová, M.: Základy sociologie práva, str. 157.

¹³¹ Knapp, V. Teorie práva, str. 29-30, s tím, že autorem partie o reprodukci života ve společnosti je P. Holländer, jak plyne z předmluvy, str. VII.

jako celek, cestou jakési přirozené, automatické seberegulace, v rámci svého reflexivního pudu vlastní sebezáchovy, nebo zda jde o vědomou vymoženost jednotlivců, kteří se potřebují ochránit před ostatními členy společnosti. Přikláním se k variantě druhé.

Předesílám, že jednotlivé funkce, o kterých bude pojednáno, se mohou do značné míry překrývat; mnohdy záleží na úhlu pohledu. Systematika, kterou jsem zvolil, vychází z následujících úvah, které vyplývají z naznačeného filozofického přístupu.

1. Především, z myšlenky, že společnost potřebuje regulační mechanismus v podobě normativního systému podepřeného donucovací mocí, jakým je právo, vyplývá myšlenka, že tato potřeba vyplývá především z pudu po vlastním sebezachování. U jádra této úvahy je, dle mého názoru, potřeba *ochrany*. Proto na prvním místě mého rozboru stojí *ochranná* funkce práva, které přisuzují základní, nejdůležitější roli.

2. Dále, z myšlenky, že *k dosažení účinné ochrany* jednotlivce a společnosti jako celku musí právo vytvořit určitý *řád chování* ve společnosti, dovozují jeho další funkci. Tuto funkci práva, kterou mnozí považují za jeho funkci základní,¹³² jsem nazval (možná poněkud krkolomně, avšak dle mého názoru výstižně) *funkcí práva jako udržovatele pořádku ve společnosti*. V čem přesně spočívá uvedený „pořádek“, může jistě být předmětem diskuse. Vytvoření jakéhosi společenského řádu či pořádku však není v mém pojetí hodnotou *samo o sobě*, ale velmi důležitým prostředkem pro *ochranu* jednotlivců, i celé společnosti. Další rozdíl od funkce ochranné lze spatřit v tom, že ochranná funkce práva se manifestuje zejména prostřednictvím tzv. *absolutních subjektivních práv*, k jejichž výkonu není třeba interakce s dalšími subjekty. Naproti tomu funkce práva jako udržovatele pořádku ve společnosti se vztahuje právě k takové společenské interakci subjektů, kdy k uspokojování životních potřeb jednotlivců je využívána kooperace s jinými

¹³² Viz např. Večeřa, M., Urbanová, M.: *Základy sociologie práva*, str. 159, kde autoři uvádějí jako funkci práva na prvním místě „Udržování sociálního pořádku“; a v podstatě píšou, že odstranění deviantního chování pomocí norem veřejného práva je primární (nejdůležitější) funkcí práva. Nejen, že tento názor nelze přijmout, ale zdá se velmi krátkozraký, neboť neuvažuje o tom, *proč* je nutné tyto deviance odstranit.

jednotlivci.¹³³ (Tato funkce se v právu naopak manifestuje zejména prostřednictvím *relativních subjektivních práv*).

3. Další funkce práva vyplývá zejména z jeho blízkého vztahu k *moci* a k jejímu výkonu (odkazují na výklady výše sub 1.3), ale v podstatě k jakémukoliv společenskému chování. Právo (zejména v podobě zákonů), jakožto dlouhodobě historicky zakořeněný normativní systém podepřený státní mocí, zásadně ospravedlňuje, neboli poskytuje *legimititu* takovému jednání (a takovému výkonu státní moci), které je s ním v souladu. Hovoříme proto o *legitimizační funkci práva*.¹³⁴ Legitimizační funkce práva však není bezmezná; normy pozitivního práva zejména nemohou ospravedlnit takové jednání, které porušuje základní funkci práva, a to funkci ochrannou.

4. Právo by mělo pomáhat přinášet větší jistotu do života lidí. Tím, že právo stanoví pravidla chování lidí a entit (jejichž dodržování je z hlediska práva zabezpečováno zejména možnostmi státního donucení), umožňuje právo lidem se spolehnout na to, že chování ostatních bude *s ním* v souladu. Právo takto umožňuje lidem odhadnout (*predikovat*) chování ostatních, což jim umožňuje naplánovat (zvolit – *selektovat*) budoucí chování vlastní. Tato funkce práva, kterou považují též za jednu ze základních, je *funkce prediktivní a selektivní*.

Netřeba zdůrazňovat, že u všech uvedených funkcí práva platí (méně snad jen u třetí jmenované), že míra jejich úspěšného naplnění, a tedy celková funkčnost práva jako takového, bytostně závisí na reálném fungování práva ve společenské praxi. Proto, jak bylo již řečeno v samotném úvodu této práce, bude mou snahou nejen provést teoretický rozbor těchto funkcí, ale i zkoumat fungování práva v praxi, a zhodnotit tuto míru jeho funkčnosti.

¹³³ Např. Knappová, M., Švestka, J.: Občanské právo hmotné, Svazek II., Díl třetí: Závazkové právo. Třetí aktualizované a doplněné vydání, ASPI, Praha 2002, str. 23, kde autoři píší, že „Funkcí závazkového práva je zabezpečit uspokojování lidských potřeb ve vzájemné součinnosti (kooperaci). Na rozdíl od uspokojování lidských potřeb, při kterém se součinnost jiných osob nevyžaduje (např. při vlastnickově užívání vlastní věci), uspokojování lidských potřeb v moderní společnosti s rozvinutou dělbou činností spojenou s rozsáhlými převody majetku takovou součinnost vyžaduje...“. Zmíněné vlastnickovo užívání vlastní věci proto „podléhá“ především funkci ochranné, o které byla řeč výše.

¹³⁴ Srov. zejm. Příbáň, J.: Sociologie práva, str. 174.

Je vhodné ještě poznamenat, že při charakteristice jednotlivých funkcí práva budu postupovat tak, že: 1. nejprve blíže objasním podstatu dané funkce, 2. popíšu mechanismus, kterým právo tuto funkci plní, 3. posléze se pokusím zhodnotit, nakolik se právu daří ji plnit v soudobé moderní společnosti, přičemž uvedu některé nedostatky českého práva.

A. Ochranná funkce práva

Ochranná (*protektivní*¹³⁵) funkce práva spočívá především v ochraně člověka, a hodnot vztahujících se k němu. Sekundárně chrání právo jistě i hodnoty jiné; a proto kromě

1. ochrany základních hodnot, vztahujících se k jednotlivci, bude pojednáno i o
2. ochraně jistých obecných hodnot lidstva.

Ad.1. Již výše bylo vzpomenuto, že v soudobé moderní společnosti dochází k rozpadu univerzálních hodnot. Například u nejzákladnější hodnoty, tedy lidského života, lze narazit na řadu konfliktů (viz Aubertův *dissens*¹³⁶), pokud jde o názory na interrupce, euthanasii či trest smrti. Ovšem výjimky potvrzují pravidlo; právo má chránit lidský život.¹³⁷

Kromě života a zdraví jako fundamentálních hodnot každého člověka by právo mělo chránit svobodu jednotlivce, jeho soukromou sféru, včetně jeho vlastnictví, před ostatními členy společnosti a ovšemže před orgány státní moci. Právo by mělo dát lidem pocit bezpečí.

Jde o nejdůležitější funkci práva, jejíž normativní základ je obsažen v ústavněprávních a mezinárodněprávních dokumentech, a kterou by mělo plnit zejména právo trestní¹³⁸ (jenž má též funkci *represivní*), právo správní a též částečně právo občanské, rodinné, a též právo pracovní (zvláště úprava bezpečnosti a ochrany

¹³⁵ Srov. Harvánek, J. a kol., *Teorie práva*, str. 16. Mám poněkud jiné pojetí, než je stručně vyloženo v této učebnici.

¹³⁶ Viz např. Příbáň, J.: *Sociologie práva*, str. 169-174.

¹³⁷ Srov. Weinberger, O.: *Norma a Instituce*, str. 23.

¹³⁸ „Základní funkcí trestního práva je ochrana společnosti před kriminalitou...“ Novotný, O., Dolenský, A., Jelínek, J., Vanduchová, M. *Trestní právo hmotné - I. Obecná část*. 4. vydání. Praha: ASPI 2003, str. 15.

zdraví při práci) jež mají též funkci *restitutivní*.¹³⁹ Pokud jde o ochranu před státní mocí je zde zejména právo správní, a to zejména právní úprava správního řízení a správního soudnictví, též instituce ombudsmana a další.

Tato funkce práva pochopitelně velmi silně závisí na činnosti státních orgánů. Avšak i celá řada hmotněprávních ustanovení znemožňuje právu jako celku jeho úspěšné plnění; některá budou zmíněna.

A. V rané fázi vývoje moderní společnosti, řekněme v průběhu první poloviny devatenáctého století, chránilo právo především individuální zájmy. Od prvních zákonů *sociálního zákonodárství* (srov. výše sub 1.1) do dneška, je právo více orientováno na ochranu skupinových zájmů a zájmů slabšího, z funkce ochranné se do značné míry stává funkce *socializační*.¹⁴⁰ Značná část masy soudobého moderního práva spočívá v různých formách zmírňování nerovností lidí.¹⁴¹ Může být otázkou, jak intenzivní má tato ochrana být, a nakolik se má ponechat ve vlastních rukou jednotlivce. Právo totiž stále častěji zasahuje do soukromé sféry jednotlivců, ať osob fyzických, tak i právnických. Pokud jde o základní hodnoty, kterými jsou život a zdraví, lze mít za to, že takovéto zásahy práva bývají legitimní (jinou otázkou je ovšem *přiměřenost* takovýchto zásahů) – např. povinnost dětí do věku 15-ti let nosit ochranou přilbu při jízdě na kole.

Domnívám se, že je pro moderní právo symptomatické, že svou pozornost a svoje úsilí směřuje nesprávně do oblastí, kde ochrana není zcela nezbytně potřebná. Zejména se intenzivně zaměřuje na ochranu jednotlivce na *trhu*, a přitom značně pokulhává při zajišťování ochrany jednotlivce tam, kde je fundamentálně důležitá, zejména před kriminalitou. Stát prostřednictvím práva přebírá odpovědnost za jednotlivce tam, kde jednotlivec je (měl by být) bezpečně schopen se chránit sám (ovšemže i pomocí právního profesionála), a přitom zanedbává jeho ochranu tam, kde jednotlivec *není* schopen se chránit sám; (mj. proto, že mu to v podstatě není právem dovoleno). Například v situaci, kdy mám strach se ve večerních hodinách pohybovat po městě, je pro můj život maximálně lhostejné to, že požívám rozsáhlé soukromoprávní ochrany např. proti

¹³⁹ O represivní a restituční funkci práva podle E. Durkheima v různých typech' společností viz Večeřa, M., Urbanová, M.: Základy sociologie práva, str. 158... více viz níže.

¹⁴⁰ O socializační funkci se zmiňuje Bláha, I. A.: Sociologie, str. 256. Srov. též Hayek, cit. dílo, str. 125-6.

¹⁴¹ Toto pochází od R. v Iheringa, který se vztahem práva a rovnosti, resp. právní a sociální rovnosti zabýval; viz Gerloch, A.: Teorie práva, str. 282-287.

teleshoppingovým společenstvem (viz výše sub 2.5 uv. příklad o spotřebitelských smlouvách). Dalo by se uvést mnoho příkladů; jde o otázku stanovení priorit.

B. Pozastavil bych se u samotného problému kriminality a trestněprávní ochranou před ní. V trestněprávní ochraně jednotlivce se dostávají do rozporu na jedné straně požadavky zákonnosti trestního stíhání (viz § 2 TŘ) a zachování práv obviněného na spravedlivý proces (viz čl. 6 EÚLP) a na druhé straně požadavek efektivního postihu kriminality, zejména organizovaného zločinu (o organizovaném zločinu viz výše sub 1.3). Realita je taková, že například ve většině velkých měst v západním světě není v noci bezpečno. (Dalo by se říct, že kriminalita v tomto ohledu redukuje volbu možností chování, a tím i de facto komplexnost moderní společnosti - viz níže u funkce *selektivní*).

Strach ze zločinu vytváří nedůstojné podmínky pro život lidí. Mnozí upozorňují, že růst kriminality je nutným průvodním jevem (jinak pohodlného života) v liberálně demokratickém uspořádání moderní společnosti. Na rozdíl od dob policejního absolutismu je moderní demokratický právní stát relativně slabý; jeho moc je omezená, tudíž i prostředky pro boj s kriminalitou jsou omezené.

Je tedy lepší, když nás „terorizuje“ absolutistický stát, anebo když nás „terorizuje“ zločin? Ač je takovýto pesimismus do značné míry na místě, nelze nevidět, že možnosti boje s *obecnou kriminalitou* nejsou v našich podmínkách ani zdaleka vyčerpány, a to ani v rámci metod a prostředků, které jsou k dispozici v demokratickém *právním* státě.

Boj se zločinem obecně ztěžují rigidní a komplikované trestněprocesní normy. Celý dějinný vývoj trestního procesu byl totiž zaměřen spíše na boj proti zneužití (*státní*) moci těmi, kteří trestní proces realizují. Po přechodu od inkvizičního k akuzacímu procesu a zakotvení zásady presumpce neviny dochází k zakotvení dalších formálních právních procedur zajišťujících nestranný, zákonný a spravedlivý proces. V současnosti je extrémně náročné a nákladné přesně dodržet složité procesní postupy, zejména pro policejní orgány.

Kromě problémů s normami trestního práva procesního a jejich realizací, lze vznést jisté výhrady ke koncepci trestního práva v ČR jako takového. Zejména ke skutečnosti, že je koncipováno zcela jednoznačně a výhradně jako odvětví veřejného práva. Tento samotný fakt do značné míry vede k paralyzaci ochranné funkce trestního práva. Celá řada zájmů chráněných trestním právem nejsou vůbec zájmy

veřejnými (jde zejména o zájmy chráněné hlavou šestou až devátou trestního zákona). Toto platí v plné míře v *okamžiku, kdy je skutek spáchán*. Například, vykradl-li mi někdo byt, tak tento čin nebyl „nebezpečný pro společnost“, jak se domnívá § 3 odst. 1 trestního zákona; byl nebezpečný pouze pro mne, *mé soukromí a můj majetek*. (Nadále „nebezpečný pro společnost“ může být - zdůrazňuji *může* - pouze *pachatel*, který skutek spáchal. Zamezení mu v *dalším* páchání trestné činnosti veřejným zájmem samozřejmě je.) Z těchto důvodů orgány činné v trestním řízení, jako zástupci „veřejnosti“, nejsou v tomto případě motivováni k tomu, aby pachatele dopadly, například aby nahradil způsobenou škodu, tj. vrátil ukradené věci; tento zájem je z hlediska „veřejnosti“ zcela marginální. Zájem na dopadení pachatele, jak bylo již řečeno, pramení ze snahy zamezit mu v páchání dalších trestných činů; tedy z potřeby ochránit ostatní, případné budoucí oběti, nikoliv onu „první“ oběť.

Kromě případů závažné kriminality, pozornost orgánů činných v trestním řízení vzbudí pouze pachatel, který svou činnost *opakuje*, zejména v případech, kdy dojde k medializaci trestních kauz. Dvojnásobně to platí při *politizaci* trestních případů. Orgány činné v trestním řízení se nechovají (ale nutno přiznat, že v podstatě ani nemohou) stejně ke všem; platí bezezbytku Orwellovo „...někteří jsou si rovnější.“ Z případů z české praxe z poslední doby, ze kterých vyplývají náznaky toho, že orgány činné v trestním řízení pracují pro politiky, běhá mráz po zádech.

Stíhání relativně méně závažné, zejména majetkové trestné činnosti je mj. pro orgány činné v trestním řízení v podstatě ekonomicky neúnosné. Důsledky jejich pasivity, která je samozřejmě zcela protiprávní, nesou poškození. (Ti samozřejmě obvykle trestní řád neznají, a tak ani neznají omezené možnosti, které mají k uplatnění svých práv v trestním řízení.) Celkově je tato kategorie trestné činnosti v podstatě nepostižitelná, není-li pachatel přistižen při činu (přesněji řečeno při jeho pokusu) čímž se pachatelům pochopitelně vyplácí. (Netřeba zmiňovat vězeňský systém a problémy s ním spojené. Přehlnutost věznic vede k ukládání podmíněných trestů nebo alternativních trestů pachatelům, pro něž je jedině odnětí svobody adekvátním trestem – rozuměj trestem, který zajistí náležitou ochranu jednotlivců a společnosti. Dále, vězeňské prostředí v mnoha případech vede k deformaci osobnosti pachatele, spíše než k jeho nápravě.)

Proto je třeba reformovat koncepci stíhání trestné činnosti, která směřuje proti jednotlivci. Především zvýšit součinnost poškozeného se státním zástupcem

v přípravném řízení, jedině tak je možný skutečný dohled nad činností policie. U trestných činů proti majetku (hlava devátá trestního zákona) by měl poškozený mít možnost žalovat¹⁴² svým jménem podobně jako v civilním procesu, státní zástupce by byl pouze jeho bezplatný advokát, a sám by obžalobu podal ve veřejném zájmu, jen pokud by poškozený nejevil zájem. V současnosti má poškozený pouze právo na náhradu škody; to je velmi málo. Např. u trestných činů proti svobodě a lidské důstojnosti (hlava osmá TZ), by měla poškozená osoba mít možnost se vyjádřit k navrhovanému trestu a též možnost odvolat se proti prvoinstančnímu výroku o trestu. Mám za to, že k tomu, aby trestní právo mohlo lépe chránit jednotlivce, je třeba mu dát co nejširší procesní možnosti, jak se této ochrany dožadovat; na tomto místě jsem pouze některé možnosti naznačil.

Dalším problémem trestního práva ČR, který je nutné zmínit, je způsob trestání souběhu trestných činů. Trestní zákon totiž vychází z tzv. absorpční zásady, která je absolutní negací ochranné funkce práva. Tato zásada znamená, že ten, kdo spáchal závažný trestný čin, je téměř zcela beztrestný, pokud spáchá další, méně závažné trestné činy (platí *poena maior absorbet minorem*¹⁴³ srov. § 35-6 TZ). Vrah má tedy v podstatě naprostou imunitu při znásilňování či loupeži, protože mu bude uložen trest pouze za vraždu. K tomu, že stihnul před svým dopadením pětkrát oloupit či znásilnit, se v podstatě přihlédne jen jako k přitěžující okolnosti, v rámci trestní sazby u trestného činu vraždy. To je zcela zvrácené. (Mimo jiné je to málo přísné v porovnání s *recidivou*, která představuje fakticky totéž s tím rozdílem, že mezi jednotlivými skutky nabytí právní moci odsuzující rozsudek za první skutek. Argumentace, která se snaží odůvodnit absorpční zásadu vychází z toho, že pachatel více trestných skutků nebyl varován či upozorněn na svoje vadné jednání odsuzujícím rozsudkem, na rozdíl od recidivisty, a z toho důvodu se mu přičte pouze nejprůšněji trestný čin.¹⁴⁴) To však neznamená nic jiného, než to, že pro vrahy, násilníky a lupiče, jako pro jedině v tomto státě platí *ignorantia legis excusat!* Je proto třeba naléhavě a urychleně modifikovat absorpční zásadu velmi výrazně ve prospěch zásady *kumulační*, která je známá zejména z trestního práva USA, a v konkrétních případech umožnit zmírnění trestu soudcem. Zejména je tím třeba

¹⁴² Viz Boguszak, J.: Právo a postmoderní situace, str. 1213, kde autor navrhuje subsidiární soukromou (ob)žalovatelnost trestného činu pomluvy (§ 206 TZ); viz též Gřivna, T.: Soukromá žaloba v trestním řízení, Karolinum, Praha, 2005.

¹⁴³ Novotný, O., Dolenský, A., Jelínek, J., Vanduchová, M. Trestní právo hmotné I., str. 348.

¹⁴⁴ Srov. výklad v díle uv. v předchozí pozn. str. 348 a násl.

plně reflektovat závažnost úmyslných trestných činů v relaci k trestným činům nedbalostním. K recidivě je třeba říct, že její každý případ představuje naprosté selhání práva, a je třeba jí trestat mnohem přísněji, *právě proto*, že pachatel byl odsuzujícím rozsudkem na své vadné chování upozorněn.

Z uvedeného stručného nástinu plyne (dalo by se uvést mnoho dalších příkladů slabých míst), že trestní právo ČR neplní své funkce dostatečně, jak funkci preventivní, tak ani funkci ochrannou. To platí nejen pro normy, které jej tvoří, ale i jejich uvádění v život v praxi (v trestním právu totiž platí, že *všechny* trestněprávní vztahy se realizují skrze trestněprocesní vztahy).

Pochopitelně, ochrana před kriminalitou není omezena na prostředky právní. Příkladem může být praxe ve vyspělých státech severní Ameriky, kde si společnost vytvořila proti obecné kriminalitě ochranné mechanismy. Jedná se zejména o tzv. *compoundy*, což jsou rezidenční oblasti v mnoha větších nebo bohatších městech, které jsou zcela oddělené od okolního světa vysokou zdí, a střežené bezpečnostní agenturou. Vjezd do compoundu je možný pouze s identifikační průkazkou rezidenta (resp. platnou pozvánkou) přes střeženou bránu. Kriminální živly nemají šanci do compoundu proniknout. Obyvatelé compoundu se mohou zcela bezstarostně pohybovat na jeho území v kteroukoliv denní či noční dobu, ani si nemusí zamykat dům, či auto. (Zajímavé je, že nikdo nekomentuje politickou (ne)korektnost této segregace. Česká varianta, slavná zeď „v Matičíní ulici“, jak známo, nedopadla dobře; k jejím kritikům paradoxně patřili mj. i Američané. Snad jde o to, že oplocení „nepohodlných“ občanů politicky korektní není, zato oplotit sebe může každý?)

Kromě bydlení v compoundech je v severní Americe běžné, že v lepších rezidenčních čtvrtích přes den hlídají policisté, kteří každou potulující se „podezřelou“ osobu, která evidentně v daném místě nebydlí, zdvořile „popoženou“ dál.¹⁴⁵ Též je v mnoha lepších čtvrtích běžné, že se koordinují programy soudenské spolupráce při dohledu nad bezpečností ve čtvrti (např. „Neighborhood Watch“ či „Community Watch“). Tyto programy fungují tak, že sousedé se všichni znají podle vidění, a každou neznámou (a podezřelou) osobu pohybující se ve čtvrti či ulici se zavazují sledovat a zapamatovat, či rovnou zavolat policii a požádat o „průjezd“ (viz

¹⁴⁵ Pro zajímavost lze uvést, že uvedená praxe vypadá tak, že policista nejprve se zaptá, co dotyčná osoba hledá. Pokud odpoví, že nic, policista slušně vyzve, aby dotyčná osoba pokračovala dál: „Keep moving.“ Pokud toto selže, lze dalším dotazem upřesnit oblíbeným způsobem: „Looking for trouble?“, a následně vyprovodí cizí osobu ze čtvrti ven...

obrázek č. 1.). Tato praxe podporuje jednu z ústředních myšlenek této práce, totiž že v soudobé moderní společnosti si právo samotné ani z daleka nevystačí k úspěšnému řešení společenských problémů. Nedomnívám se, že by to nezbytně značilo úplnou ztrátu důvěry v právo.



Obrázek č. 1 – Cedule označující čtvrť ve městě Toronto, ve které je zaveden program soudenské spolupráce při dohledu nad bezpečností.

C. Pokud jde o soukromoprávní ochranu práv a oprávněných zájmů jednotlivce, je třeba říct, že je značně ztížena, protože ve většině případů je jediný zákonný postup v civilním soudním řízení. Je v soudobé společnosti symptomatické, že soudní rozhodování je zdlouhavé a drahé, právní pomoc drahá a málo dostupná.¹⁴⁶ (Lze poznamenat, že situace v EU se nikterak nemění k lepšímu v tomto směru, když např. na odpověď na předběžnou otázku Evropským soudním dvorem v řízení podle čl. 234 SES se čeká v průměru dva roky. Jde o nový možný nástroj dlužníků, jak oddálit rozsudek.) Ochranná a restituční funkce práva jsou tak značně oslabeny. Jestliže je jediný způsob ochrany v civilním soudním řízení, a zároveň je tato ochrana buď málo dostupná, anebo neúčinná, tato ochrana de facto neexistuje.

Zdlouhavost rozhodování soudů je fundamentálním problémem, zmínil bych se o ní trochu podrobněji. Je dána celou řadou prolínajících se faktorů.

¹⁴⁶ Např. P. S. Atiyah v uv. práci na str. 61 a násl. naprosto otevřeně uznává, že *litigace* není pro chudé.

Za prvé je to vzrůstající složitost právních kauz, z hmotněprávního i procesního hlediska. Tato skutečnost je zřejmě nevyhnutelná, a zvyšuje nároky na soudce i náklady celého řízení.

Za druhé přetíženost soudů. Při řešení tohoto problému v ČR by bylo vhodné uvažovat o modifikaci ústavního principu doživotního jmenování soudců. Vláda poukazuje na to, že ač je dnes mnoho sporů (a soudy tedy mají mnoho práce), v budoucnosti lze čekat jejich úbytek. Proto je třeba se neunáhlit a postupovat obezřetně, pokud jde o jmenování nových soudců; není žádoucí příliš zatížit budoucí státní rozpočty výdaji na platy soudců, kteří nebudou dostatečně vytiženi. (Nechme stranou fakt, že lze o správnosti této presumpce důvodně pochybovat, a že se zřejmě jedná o výmluvu, která se snaží zastříit neochotu vlády činit nepopulární opatření, tj. v konečném důsledku vzít peníze od silného voličského potenciálu ze spodních vrstev společnosti.) Domnívám se, že by jako dočasné řešení nebylo nereálné jmenování soudců podmíněně na dobu určitou, s následným přednostním právem na jmenování při dalším jmenování nových soudců. Dále, mám za to, že je stále prostor pro přesun značné části soudní agendy na „obyčejné“ kvalifikované soudní úředníky. A proč neuvažovat například o systému dočasného pověřování advokátů pro rozhodování určitých kategorií jednoduchých majetkových sporů?

Za třetí nedostatečně efektivní a kvalitní práce rozhodujících osob; to je v mnoha ohledech aktuální i u soudců; tak jako ve všech lidských činnostech a povoláních, jsou mezi nimi naprosto špičkoví, i zcela podprůměrní jedinci.

Za čtvrté nekvalitní procesní předpisy, které umožňují oddalování konečného rozhodnutí (zejména případy neustálého vracení rozhodnutí soudem vyšší instance zpět nižší instanci – oblíbený *ping-pong*).

Např. při podnikatelské činnosti je závislost na rychlé ochraně často téměř existenčním problémem; zejména pro „malé“ podnikatele. S nemožností spolehnout se na soudní ochranu je třeba v podstatě počítat; těžiště řešení majetkových sporů v podnikání se přesouvá do rozhodčího řízení. Zvýšení poptávky po rozhodčím řízení pochopitelně tlačí na jeho další zdražování.

Rychlost a dostupnost soudní ochrany výrazně ztížila novela OSŘ č. 59/2005 Sb. účinná od 1. dubna 2005. Tato novela (kromě dalšího) zavedla nutnost složit jistotu na vydání předběžného opatření ve výši 50 tis. Kč (v obchodních věcech 100 000 Kč). Uvážíme-li, že je třeba zaplatit ještě soudní poplatek, a ve většině případů též advokátovi za vyhotovení příslušného návrhu, zdá se tento požadavek být dosti

náročný. Souhlasil bych s advokátem V. Vlčkem, že „Jediným skutečným smyslem takové úpravy je odradit občany od podávání návrhů a zakrýt neschopnost (soudů) vydávat předběžná opatření.“¹⁴⁷ Domnívám se, že nejde o správný krok, jak ev. zvýšit odpovědnost navrhovatele;¹⁴⁸ nelze apriorně předpokládat, že každý navrhovatel je „ve zlé víře“, a každý označený dlužník je „nevinný“; nejsme v řízení trestním.

Nemohu jinak než dojít opět k závěru, že i na poli civilního procesu neplní právo svou ochranou funkci uspokojivě.

D. Pokud jde o ochranu jednotlivce před veřejnou mocí, uvedu jediné právní ustanovení: § 75 odst. 2 soudního řádu správního. Toto ustanovení, zakotvuje tzv. princip omezené revize ve správním soudnictví při rozhodování o žalobě proti rozhodnutí orgánu veřejné správy. Znamená, že je na občanovi, aby přesně označil nedostatky správního rozhodnutí v žalobě. To může být pro právního laika téměř neřešitelný úkol; zejména půjde-li o složitější správní rozhodnutí. Mínil-li svou žalobu vážně, potřebuje kvalitního advokáta; bylo by v podstatě vhodnější rovnou zavést povinné zastoupení. Domnívám se, že tento formalismus, který má především ulehčit práci soudcům, příliš upřednostňuje princip správnosti veřejnoprávních aktů na úkor spravedlivé ochrany jednotlivce. Byť existuje úprava podobná ve většině západních zemí, nelze nevidět, že celá řada západních zemí má skutečně profesionální správu, kvalitně fungující mnoho let, na rozdíl od ČR, kde se stále buduje.

Ad 2. Právo, podepřené státní mocí, by mělo chránit základní hodnoty, které sdílí celé lidstvo. V soudobé moderní společnosti je pochopitelně velmi obtížné artikulovat, které hodnoty to jsou. Lze sem zařadit například kulturní dědictví lidstva a životní prostředí. Jde o funkci sekundární ve vztahu k sub 1., a měly by jí plnit především normy práva správního a práva životního prostředí.

Pokud jde o ochranu obecných kulturních hodnot lidstva v soudobé moderní společnosti, lze mít za to, že je dostatečně institucionálně zajištěna (např. UNESCO). Je vhodné zmínit, že proces globalizace kulturní rozdíly stírá, vytváří

¹⁴⁷ Vlček, V.: Soudci – bezplatní poradci? MF DNES, 9. 3. 2005, str. 6.

¹⁴⁸ Srov. odpověď předsedy legislativní rady vlády na uv. článek Bureš, J.: Novela OSŘ neznamená konec soudního řízení, MF DNES, 15. 3. 2005, str. 7.

kulturu globální. Pokud jde o životní prostředí a jeho ochranu, je právo zatím relativně málo účinným nástrojem, musí se spoléhat na ostatní nástroje jeho ochrany.¹⁴⁹

(Pokud jde o ochranu státního zřízení a státu, tak to považuji jen za prostředek pro dosažení ochrany, jednotlivců a společnosti; proto se domnívám, že toto spadá pod následně rozebíranou funkci práva.)

B. Funkci práva jako udržovatele pořádku ve společnosti

Tato funkce navazuje na funkci ochrannou, z části se s ní překrývá. Je zaměřena nikoliv na základní hodnoty a jejich ochranu, ale na ochranu (či zachování) pořádku (stability) při sociální interakci subjektů (což může být samozřejmě chápáno jako hodnota sama o sobě). K této interakci dochází při uspokojování potřeb jednotlivců ze zdrojů, které jsou *omezené*. Lze říct, že při této interakci vznikají složité *společenské vztahy*, a právo se snaží udržovat pořádek ve společnosti tím, že tyto vztahy *uspořádává*. Činí tak zejména tím, že stanoví pravidla chování. Jde pochopitelně o základní funkci práva, vyplývající z faktu, že je právo společenským normativním systémem (srov. výše sub 2.3). (Tuto funkci lze nazvat též *řádivou, stabilizační,¹⁵⁰ uspořádající,¹⁵¹ nebo organizující.¹⁵² Nebo lze říct, že funkcí práva je snižovat entropii ve společnosti a udržovat homeostázi,¹⁵³ aby byla zajištěna reprodukce života ve společnosti.¹⁵⁴). Tato funkce práva (jak již vyplývá z jejího názvu,) se vztahuje více ke společnosti jako celku, než-li funkce ochranná. Má zajišťovat její pokojnou existenci a harmonický rozvoj. Nezajišťuje-li právo pořádek ve společnosti, neplní ani svou funkci ochrannou.*

Mechanismus udržování společenského pořádku je pochopitelně složitý, a lze tak v jeho rámci identifikovat dílčí podfunkce, z nichž některé by bylo jistě možné vyčlenit jako funkce zvláštní. Přesto se domnívám, že jejich samostatný význam není tak mimořádný v relaci k funkcím ostatním, aby si zasloužily samostatné pojednání.

¹⁴⁹ Srov. např. Damohorský, M. a kol.: Právo životního prostředí, str. 8-9, 36-45.

¹⁵⁰ Bláha, I. A.: Sociologie, str. 256.

¹⁵¹ Srov. Mucha I., Příbáň, J. Texty k sociologii práva, str. 42.

¹⁵² Večeřa, M.: Povaha práva, právo jako norma a hodnota, in: Pocta Františku Šamalíkovi, str. 127.

¹⁵³ Knappová, M., Švestka, J., Dvořák, J. a kol.: Občanské právo hmotné, Svazek I., str. 32.

¹⁵⁴ Knapp, V.: Teorie práva, str. 28-32.

Právo udržuje společenský pořádek tím, že:

1. stanoví pravidla chování (funkce *regulativní*¹⁵⁵);
2. čímž omezuje možnosti chování sociálních subjektů (funkce *restriktivní*,¹⁵⁶ *potlačovací*¹⁵⁷);
3. a přímo směřuje některá chování jednotlivce ve směru zájmů a potřeb veřejných, (funkce *direktivní*¹⁵⁸).
4. O dovolených, zakázaných, a přikázaných způsobech chování informuje adresáty (funkce *informativní*¹⁵⁹, též funkce práva jako *ukazatele*¹⁶⁰);
5. tím – chtě nechtě – působí výchovně (funkce *výchovná*¹⁶¹), (lze říct: přenáší kulturní vzorce¹⁶²);
6. a integrativně (funkce *integrativní*¹⁶³).
7. Dále stanoví autoritativní způsoby řešení vybraných druhů sociálních konfliktů (funkce *rezolutivní*),
8. a snaží se těmto konfliktům předcházet (funkce *preventivní*),
9. Tyto konflikty řeší buď tak, že zajistí navrácení původního stavu před konfliktem (funkce *restitutivní*),
10. nebo/a stanoví náhradu za způsobenou újmu (funkce *kompenzační*),
11. a v některých případech trestá spáchané zlo (funkce *represivní*).
12. V případě potřeby, státní orgány uplatní stanovené mocenské prostředky k vynucení žádoucího chování (funkce *reakční*¹⁶⁴).

Ad 1. Funkce regulativní. Již výše (2.1) bylo stanoveno jako východisko, že lidské soužití si vyžaduje existenci pravidel. Právo tato pravidla vytváří tak, že pro své potřeby formalizuje skutečnosti fyzického světa (více viz níže u funkce

¹⁵⁵ Viz Příbáň, J.: Sociologie práva, str. 167-169; autor pod tuto funkci zahrnuje též řešení sociálních konfliktů.

¹⁵⁶ Harvánek, J. a kol., Teorie práva, str. 16.

¹⁵⁷ Tak podle Adama Podgóreckého; srov. Večeřa, M., Urbanová, M.: Základy sociologie práva, str. 202.

¹⁵⁸ Harvánek, J. a kol., Teorie práva, str. 17.

¹⁵⁹ Knappová, M., Švestka, J., Dvořák J., a kol.: Občanské právo hmotné, Svazek I., str. 34.

¹⁶⁰ Podgóreckí, A., viz pozn. č. 152.

¹⁶¹ Hungr, P.: Leon Petrazycki, Časopis pro právní vědu a právní praxi, č. 4/2001, str.432.

¹⁶² Večeřa, M., Urbanová, M.: Základy sociologie práva, str. 160.

¹⁶³ Srov. Příbáň, J.: Sociologie práva, str. 163-166.

¹⁶⁴ Srov. Mucha, I., Příbáň, J.: Texty k sociologii práva, str. 42. Mé pojetí níže vysvětlené je poněkud odlišné.

prediktivní) a stanoví práva a povinnosti subjektů v sociální interakci.¹⁶⁵ Bylo též výše též několikrát uvedeno, že je v soudobé moderní společnosti symptomatické, že počet pravidel chování stále roste, roste i jejich složitost.¹⁶⁶ Na druhou stranu je však třeba říct, že často jde o pravidla upravující specializované činnosti (např. technického charakteru), takže se ne nezbytně dotýkají životů všech lidí.

Ad 2. Funkce restriktivní. Právo ohraničuje svobodu jednotlivce svobodou ostatních jednotlivců. Zakazuje určitá chování, která zasahují do vymezené sféry zájmu jednotlivců, jakož i vymezených zájmů veřejných. Dokonce i vlastnictví jednotlivce je právem velmi poměrně silně omezeno (viz čl. 11 odst. 3,4 Listiny a celou řadu zákonů).

Ad 3. Funkce direktivní. Členové společnosti jsou zejména nuceni „nenávratně“ přispívat k úhradě celospolečenských potřeb – placení daní, ze kterých se financuje mj. justice a policie, jimž přísluší klíčová role při udržování společenského pořádku.

Ad 4. Funkce informativní. Tím, že jsou právní normy stanoveným způsobem promulgovány, informují sociální subjekty o pravidlech chování. Je to samozřejmostí, neboť platí *ignorantia legis non excusat*; každý má právní povinnost se chovat v souladu s právními normami. Rozvoj informačních technologií dramaticky zlepšil tuto informativní funkci práva zejména tím, že předpisy jsou přístupné na síti internet.¹⁶⁷ Zároveň se právo a celé fungování právního systému na informace velice spoléhá.

Z druhého pohledu, při růstu komplexity právního systému a složitosti jeho jednotlivých předpisů je informační schopnost práva opět oslabena. Pro neprávnicka je stále obtížnější se spolehlivě seznámit se svými právy a povinnostmi stanovené v normě bez pomoci právníka.

Ad 5. Funkce výchovná. Právo, tím že stanoví *dovolené* a *zakázané* chování, zároveň hodnotí, která chování považuje za obecně *správná*. (Vzorem pro ostatní by

¹⁶⁵ Večeřa, M., Urbanová, M.: Základy sociologie práva, str.160. Srov. též Mucha, I., Příbáň, J.: Texty k sociologii práva, str. 42.

¹⁶⁶ Viz Kindl, M.: Co platí? in: Ve službách práva, str. 21., kde autor poukazuje na to, že v současném právu ČR existuje tolik povinností, že jejich zvládnutí je přibližně stejně obtížné, jako naučit se hovořit šesti cizími jazyky.

¹⁶⁷ V ČR je to zejména tzv. portál veřejné správy na www.gov.cz; jeho zavedení je velkým, avšak naprosto samozřejmým krokem v zpřístupňování pravidel lidem, které regulují jejich životy a podle kterých musejí žít. Před zavedením uvedeného portálu, prakticky nebylo možné se bezplatně seznámit s právními normami. Představa, že běžný občan poběží na obecní úřad a požádá o náhlednutí do Sbírký zákonů je samozřejmě směšná. Vlastně jsem sám nikdy neměl Sbírkou zákonů v ruce.

v tomto směru měli být ti, kteří fakticky odpovídají za tvorbu práva, tedy členové zákonodárského sboru; oni však bývají chráněni různými formami *immunity*.) Tato funkce práva má stíženou úlohu v pluralitní liberální společnosti, zřejmě není v možnostech práva vést člověka k tomu, aby vedl „řádný“ život. Není však důvodu se o to alespoň nepokoušet; je přitom zapotřebí součinnost s dalšími výchovnými prostředky; nejen k vedení „řádného života“ (tj. v souladu s právem), ale i různě porušením práva předcházet (např. zmíněná „doporučení“ v prostředcích hromadné dopravy, aby si lidé pozorně hlídali své věci, které vychovává k tomu, aby se lidé naučili předcházet možnému – zbytečnému porušování svých práv ze strany druhých).

Ad 6. Funkce integrativní. Již výše bylo zmíněno, že právo je dnes zřejmě jediným univerzálním normativním systémem. Jeho normy zavazují všechny subjekty (určených obecnými znaky). Z pohledu vnitrostátního práva jde ve většině případů o všechny subjekty na území daného státu. Právo je tak společné pro všechny; může však být, a často bývá, velmi diferencovaně aplikováno, což tuto funkci práva značně paralyzuje. Právo nepochybně působí ve směru společenské integrace; avšak domnívám se, že v soudobé vysoce stratifikované společnosti jsou možnosti práva v tomto směru čím dál víc omezené.

Ad 7. Funkce rezolutivní. Až na výjimky (např. tzv. svépomoc) je možné legálně řešit stanovené konflikty ve formalizovaných právních procesech, ve kterých se autoritativně určí (resp. stanoví – v případě konstitutivního aktu), který subjekt má jaká práva a povinnosti. Není-li ani takovýmto rozhodnutím dosaženo žádoucího chování, je možné přistoupit k použití státních donucovacích prostředků. (O některých problémech spojených s touto funkcí práva bylo již pojednáno výše u funkce ochranné.) Jde o velmi důležitou funkci, v jejímž jádru není opět nic jiného než *ochrana*; neboť způsoby řešení sociálních konfliktů právem jsou *pokojně*¹⁶⁸ alespoň v tom smyslu, že zásadně nedovolují zásahy do života a zdraví lidí (srov. např. čl. 6-9 Listiny).

Ad 8. Funkce preventivní. Jedním z důvodů existence práva a právního systému je nepochybně předcházení konfliktům. Jde o důležitou funkci, jež je v mnoha případech předpokladem pro to, aby právo mohlo plnit svou funkci ochrannou, zejména v oblasti trestního práva. Právo může tuto funkci plnit nejen

¹⁶⁸ Atiyah, P.S.: Law & Modern Society, str. 112.

v situaci, kdy je adresát s normou detailně obeznámen, často postačí jeho znalost intuitivní. (Např. potenciální pachatel deliktu ví, že ho čeká přísná sankce, neví však zcela přesně jaká.) Preventivně působí přísnost právních sankcí a především skutečnost, že dochází k jejich efektivnímu uplatňování a vymáhání. K účinné prevenci obecně však právo samotné nestačí, je zapotřebí i výchova, osvěta, atd.

Ad 9. Funkce restitutivní. Doplnuje funkci ochrannou, a nastupuje tehdy, když funkce ochranná a funkce preventivní selhaly. Již Římané se řídili poučkou *suum cuique tribuere*, kterou podobně vyjádřil sv. Tomáš Akvinský tak, že *spravedlnost je pevná trvalá vůle přiznávat každému, co mu právem náleží*.¹⁶⁹

Ad 10. Funkce kompenzační. Platí právní (a nejen právní) zásada *neminem laedere* (srov. § 415 OZ). Tato funkce, tak jak ji zde chápou, sahá dál než funkce restitutivní. Měla by umožnit, aby byla oprávněnému nahrazena nejen přesně vyčíslitelná hmotná újma, ale i veškerá myslitelná újma nehmotného charakteru. To znamená, že je třeba v jasných případech (např. závazek k náhradě škody je zcela zřejmý, povinný se však zdráhal plnit) nahradit oprávněnému nejen to, co mu povinný dlužil, ale vykompenzovat mu veškerou frustraci spojenou s tím, že svůj nárok musel vymáhat soudně. V právu ČR se tato funkce práva neuplatňuje příliš široce, na rozdíl např. od práva USA, kde se i v soukromém právu uplatňuje tzv. sankční náhrada škody (*punitive damages*).

Ad 11. Funkce represivní. Při právem stanovených hrubých porušeních společenského pořádku, lze rušitele stanoveným způsobem potrestat. Jde však o funkci ryze doplňkovou k funkci ochranné, jenž je primární. Je pochopitelně důležitější pokud možno zamezit škodlivému jednání, než potrestat pachatele takového jednání. Jde však o to, že je to mnohdy právě hrozící sankce, která působí nejúčinněji preventivně.

Ad 12. Funkce reakční. V právním státě přísluší jen právu stanovit formy, případy a způsoby použití veřejně organizovaného násilí. Mechanismus státního donucení je pro úspěšné fungování právního systému zcela klíčový. Je-li hmotné právo bezmocné bez práva procesního, je právo procesní bezmocné bez efektivního výkonu právních rozhodnutí. Rozsudek soudu nesmí být dlužníkům k smíchu a oprávněným k pláči.

¹⁶⁹ Gerloch, A.: Teorie práva, str. 285.

C. Legitimizační funkce práva ¹⁷⁰

1. Je politické a právní uspořádání soudobé společnosti ospravedlnitelné? Je ospravedlnitelné, že nám suverénně vládne ta či ona skupina lidí? Které činnosti státu (vlády) jsou ospravedlnitelné a které již ne? Co je či není *legitimní* ve státě a společnosti?¹⁷¹

Současné státy západního světa jsou založeny na doktríně *právního státu* (*rule of law* v angloamerickém pojetí). Koncepce právního státu mimo jiné říká, že stát se musí řídit právem. Především, právo musí upravovat všechny případy, formy a způsoby použití státní moci (srov. čl. 2 odst. 3 Ústavy).

Sociální subjekty tak vnímají výkon státní moci, která je v souladu s uvedeným požadavkem (tj. je *legální*) zároveň jako *legitimní* (ospravedlnitelnou). (Viz např. koncepci legitimacy legálního *panství* podle M. Webera.¹⁷²) Takováto legitimizace má pochopitelně své meze, ale lze říct, že v moderních západních demokraciích je legalita (v podobě *obecného zákonodárství*¹⁷³) základem legitimacy státní moci.

2. Právo též propůjčuje legitimitu výkonu veřejných funkcí.¹⁷⁴ Pravidla polického soupeření jsou upraveny právem; je-li někdo v řádných (tj. legálních) volbách zvolen např. poslancem, je jeho výkon funkce považován nejen za legální, ale též za legitimní.

3. Podle teorie autopoietického právního systému G. Teubnera a N. Luhmanna, ve společnosti, kde došlo k rozpadu univerzálních hodnot, se politická suverenita a systém pozitivního práva legitimizují svými zavedenými sociálními procedurami.¹⁷⁵ (Určitý zárodek této teorie lze podle mého názoru najít u H. L. A. Harta,¹⁷⁶ když uvažuje, jestli jsou to právě zavedené formální právní postupy a procedury, které posilují Austinův *zvyk poslušnosti* - *general habit of obedience* - k právu a suverénovi.) Právo tedy v konečném důsledku jakoby legitimizuje samo sebe.

¹⁷⁰ Též funkce ustavující; viz Mucha I., Příbáň, J.: *Texty k sociologii práva*, str. 42.

¹⁷¹ Legimita je samozřejmě rozsáhlým, nekonečným, vždy aktuálním tématem. U nás se legitimitě věnuje obsáhle zejména J. Příbáň mj. v cit. pracích. Zde se omezím je na některé základní poznatky a jejich relevanci k mému tématu.

¹⁷² Např. Příbáň, J.: *Sociologie práva*, str. 74-76

¹⁷³ Příbáň, *Sociologie práva*, str. 174-5.

¹⁷⁴ Večeřa, M., Urbanová, M.: *Základy sociologie práva*, str. 160.

¹⁷⁵ Příbáň, J.: *Sociologie práva*, str. 143-5.

¹⁷⁶ Hart, H.L.A.: *The Concept of Law*, 2nd Edition, str. 61.

4. Legitimizační funkce práva působí nejen ve vztahu ke státní (resp. veřejné) moci a institucím, ale též může legitimovat (legální) *panství* na nižší, méně formální úrovni¹⁷⁷, např. soukromoprávní, kupř. při řízení podniku.¹⁷⁸ (Například řádná - tj. legální volba představenstva akciové společnosti je základem legitimacy tohoto orgánu jako orgánu, jemuž přísluší obchodní vedení společnosti; viz § 191-2 ObchZ.) Zde je význam této funkce práva ovšem spíše marginální v porovnání se sférou výkonu moci veřejné.

Ke všem čtyřem uvedeným aspektům legitimizační funkce práva je třeba pro pořádek zdůraznit, že legitimizace legalitou má své meze. To, že je něco formálně v plném souladu s právem, pochopitelně neznamená, že je to správné, spravedlivé, či ospravedlnitelné.¹⁷⁹ ¹⁸⁰ Avšak je-li platné právo legitimní, je nepochybně zvýšena jeho přesvědčovací schopnost.¹⁸¹ (Srov. výše sub 2.4.)

D. Prediktivní¹⁸² a selektivní¹⁸³ funkce práva.

A. Tato funkce navazuje na funkci práva jako udržovatele sociálního pořádku. Právo ve společnosti působí tak, že zvyšuje *míru* jistoty v lidském životě tím, že ohraničuje možnosti chování lidí, čímž umožňuje lidem *odhadnout* budoucí chování jiných (či obecně posílit sociální očekávání subjektů) a podle toho plánovat jednání vlastní.¹⁸⁴

¹⁷⁷ Mucha I., Příbáň, J.: Texty k sociologii práva, str. 42.

¹⁷⁸ Večeřa, M., Urbanová, M.: Základy sociologie práva, str. 160.

¹⁷⁹ Např. J. Zemánek píše: „Má-li veřejnost v moderní medializované evropské společnosti přijmout zákon, soudní rozsudek nebo úřední rozhodnutí, resp. se s ním ztotožnit, zpravidla se dnes už nespokojí s tím, že daný akt byl vydán v souladu s příslušnými procesněprávními a hmotněprávními ustanoveními, nebo dokonce jen s tím, že není s nimi v rozporu. Argumenty, založené pouze na formální legalitě, „byrokratický legalismus“, samy o sobě nestačí přesvědčit o spravedlnosti vydaného aktu. Veřejnost není ochotna akceptovat postup orgánů veřejné moci, pokud se nemůže identifikovat s věcnými důvody, na nichž je akt založen.“ Zemánek, J.: Evropská dimenze univerzitního právnického vzdělání, in: Právnická fakulta UK 1348-1998, jubilejní sborník, Praha 1998, str. 163.

¹⁸⁰ O možnosti a mezích legitimizace práva a politického uspořádání společnosti v současnosti viz zejména Příbáň, J.: Disidenti Práva.

¹⁸¹ Atiyah, P.S.: Law & Modern Society, str. 146.

¹⁸² Viz Harvánek, J. a kol., Teorie práva, str. 17.

¹⁸³ Viz Příbáň, J.: Sociologie práva, str. 166.

¹⁸⁴ Lze znovu připomenout např. že „Primární funkcí moderního pozitivního práva podle N. Luhmanna je posílení určitých očekávání chování, nikoli již vynucení přesně určeného chování, jak tomu bylo u práva předmoderního.“ Příbáň, J.: Suverenita, právo a legitimita, str. 167.

Nelze však bezvýhradně souhlasit s názorem, že by právo tímto popsaným mechanismem redukovalo komplexitu moderní společnosti.¹⁸⁵ Právo totiž nejen ohraničuje možnosti chování, nýbrž v mnoha případech přikazuje velmi složité chování, které by subjekty jinak vůbec neuskutečnily.¹⁸⁶ Tím není řečeno, že složitá právní úprava nemůže být celkově potřebná a prospěšná; rozhodně však nesnižuje komplexitu lidského konání.

Určitá míra jistoty je klíčová zejména v tržních vztazích, které jsou do značné míry neosobní. (Ve chvíli, kdy se stanou osobními, přestane hrát právo významnější roli, protože předvídatelnost chování tržního partnera je dána znalostí jeho obvyklého chování; tj. jeho spolehlivostí.)

Jistota však znamená 100%; jediné, co je jisté, je, že v budoucnosti není jisté nic.¹⁸⁷ Nejistota vyplývá z podstaty lidského bytí. Jistota tedy není dosažitelná (natož pomocí práva), jde čistě o věc *míry*. Již výše bylo zmíněno (sub 1.2), že život v soudobé společnosti se vyznačuje značnou mírou nejistoty, což zdůrazňují zejména postmodernisté.

B. Právní svět si definuje svět skutečný svým vlastním způsobem. Jsem-li člověkem ve světě skutečném, jsem *fyzickou osobou* v právních vztazích podle českého práva; odstěhuji-li se např. do Chile a přeruším-li veškeré styky s ČR, *fyzickou osobou* prakticky již nikdy nebudu, člověkem však budu nadále. Někdy právo svými konstrukcemi více méně „věrně“ odráží skutečnost, jako je tomu u zmíněné konstrukce právní subjektivity člověka. Jindy se od ní záměrně odchyluje, jako je tomu u právní subjektivity osob právnických.

Celá řada právních institutů se snaží pomocí formálních konstrukcí zvýšit míru jistoty v právních vztazích, a tedy i v životě. Pro právo je často charakteristické, že preferuje hodnotu *jistoty* před hodnotou *spravedlnosti*. (Jde například o instituty promlčení, vydržení, nabytí vlastnictví od nevlastníka, právní domněnky a fikce atd.) Jistota se stává hodnotou, která v současnosti do značné míry působí legitimizačně; například *zánik nároku* z důvodu zmeškání lhůty (prekluze) je čím dál tím víc považován za legitimní a spravedlivý. Formalismy,

¹⁸⁵ Tak podle teorie autopoietického práva; viz Příbáň, J.: Sociologie práva, str. 166, též Příbáň, J.: Suverenita, právo a legitimita, str. 168.

¹⁸⁶ Což mj. neodpovídá účelu práva podle výše zmíněného pojetí F. A. Hayeka.

¹⁸⁷ Viz Gerloch, A.: Princip právní jistoty v soudobém právu, in: Právní principy, Vydavatelství 999, Pelhřimov, 1999, str. 75.

které vnášejí jistotu do právních vztahů, jsou právu samozřejmě zcela imanentní. Nelze si představit právo např. bez lhůt. Domnívám se, že soudobé moderní právo je čím dál tím víc závislé na formalismech a formálních konstrukcích.

Většina formálních právních konstrukcí jsou jistě užitečné, spravedlivé a legitimní, např. subjektivita právnických osob, nebo tzv. domněnky otcovství podle § 51 a násl. zák. o rodině (i když ani tyto právní úpravy v ČR nejsou zcela bez problémů). Zřejmě sem musíme zařadit i presumpci neviny v trestním řízení, a její nejdůležitější projev, zásadu *in dubio pro reo*. Jindy to může být diskutabilní – např. nabytí vlastnického práva ke zboží od nevlastníka podle § 446 ObchZ, jindy to může být zcela sporné – např. institut promlčení podle ObčZ. Každopádně, jde o místa v právu, kde postulát *ignorantia legis non excusat* může mít velmi tvrdé dopady a způsobit značnou újmu. [Lze uvést klasické příklady: 1) vím jistě, že nejsem otcem dítěte, avšak v matrice jsem zapsán, a prekluzivní lhůta pro podání žalobu na popření otcovství uplynula. Pravý otec se nehlásí, a tak nelze čekat postup Nejvyššího státního zástupce podle § 62 odst. 1 ZoR. Za 2) půjčím kamarádovi dvacet tisíc korun. Peníze nevrací, ale neustále ústně slibuje, že je vrátí. Pak po třech a půl letech zjistím, že peníze má, a sám je nutně potřebuji; nárok je však již promlčený, a jsem v naprosté důkazní nouzi pokud jde o možnost dokázat tvrzení, že jeho vznesení námitky promlčení je v rozporu s dobrými mravy – srov. výše sub 2.5]

Přitom prostě nelze rozumně žádat od průměrného občana, laika, aby tyto (často složité) právní konstrukce znal (často je totiž neznají ani studenti práv¹⁸⁸). Nikdo pochopitelně nemá povinnost poučovat účastníky právních vztahů o hmotněprávních lhůtách (jinak je tomu u lhůt procesněprávních). **Proto se domnívám, že by bylo vhodné nechat co nejvolnější ruku soudci, aby v každém konkrétním případě měl možnost se odchýlit od jistoty, kterou preferuje zákon, a rozhodnout ve prospěch spravedlnosti tam, kde potřeba upravit právní vztahy spravedlivě evidentně převažuje nad dosaženou „jistotou“.**¹⁸⁹

C. Právo (právní normy) se tedy snaží zvýšit míru jistoty v lidském životě. Právní normy jsou však uváděny v život v právní praxi. Pro zdárné fungování práva v rámci právního systému je klíčová hodnota *právní jistoty*. Je-li dosažena vysoká

¹⁸⁸ Sám jsem byl vícekrát svědkem toho, že u 3. SSZK na PFUK studenti neznali promlčecí lhůty podle ObčZ.

¹⁸⁹ Srov. znění tzv. Radbruchovy formule; viz Gerloch, A.: Teorie práva, str. 270-1.

míra *právní* jistoty, je skrze *důvěru v právo* dosažena i vysoká míra jistoty ve společenském životě. Vysoká míra *právní* jistoty bývá považována za znak *právního státu*.¹⁹⁰ Exaktně definovat *právní* jistotu se zdá být nemožné, obvykle se uvádějí její jednotlivé atributy, zejména jistota, že bude šetřeno nabytých práv, že se každý domůže svých práv, že bude spravedlivě postižen každý, kdo právo porušuje, ovšem též, že bude tvořeno dobré (spravedlivé) právo.¹⁹¹ Proto je nutno hodnotu *právní* jistoty brát v úvahu jak při tvorbě práva, tak při jeho dotváření v procesu interpretace a aplikace.¹⁹²

Opustíme-li striktně pozitivistickou pozici, může se požadavek *jistoty, že bude šetřeno nabytých práv*, dostat do rozporu s požadavkem *jistoty, že se každý domůže svých práv*. (Např. „vlastník“ jízdního kola, kterému bylo ukradeno, se domáhá, aby mu ho vydala osoba, která jej držela v dobré víře po celou tříletou vydržecí dobu - § 134 ObčZ.) To vyplývá z toho, co bylo řečeno výše, totiž že jistota je otázkou míry. V těchto případech musí (měla by) přijít ke slovu *spravedlnost* (srov. výše).

Právní jistota však není zcela totéž, co *jistota* v právních vztazích. Je vhodné to osvětlit na příkladu: jako obchodník (kupující) uzavřu smlouvu na dodání zboží. Fakt, že daný vztah je upraven právem (v ČR § 409 a násl. ObchZ) zvyšuje moji jistotu, že partner požadované zboží, které potřebuji, *skutečně* dodá. (To jest prediktivní funkcí práva, o které je na tomto místě především řeč.) Pochopitelně však nejde zdaleka o jediný faktor, který určitou míru jistoty do tohoto *právního* vztahu vnáší, ani o faktor nejdůležitější.

Právní jistota však spočívá v tom, že podle § 446 se stanu vlastníkem dodaného zboží i v případě, že prodávající jeho (řádným) vlastníkem není. Dále v tom, že pokud obchodní partner zboží nedodá podle smlouvy, budu se moci pomocí práva domáhat svých, právními normami (či v tomto případě smlouvou) založených subjektivních práv (například náhrady škody způsobené nedodáním zboží - § 351 odst. 1 ObchZ; viz však též § 469 a § 384 ObchZ - kterou mohu požadovat poté, co odstoupím od smlouvy z důvodu, že partner zboží nedodal ani v dodatečně poskytnuté přiměřené lhůtě - § 346 odst. 1 ObchZ), a že tyto nároky budou *skutečně 1. soudem přiznány a 2. uspokojeny*. (To je však též doménou

¹⁹⁰ Srov. Boguszak, J., Čapek, J., Gerloch, A.: Teorie práva, str. 281.

¹⁹¹ Gerloch, A.: Princip *právní* jistoty v soudobém právu, str. 77. Viz též Knapp, V.: Teorie práva, str. 205-7.

¹⁹² Boguszak, J., Čapek, J., Gerloch, A.: Teorie práva, str. 281.

ochranné funkce práva a též *kompenzační* funkce práva, kterou jsem výše zařadil jako podfunkci funkce práva jako udržovatele společenského pořádku.)

Budu-li žádat uvedenou náhradu škody nejprve mimosoudně (což by pochopitelně mělo být pravidlem), fakt, že tento nárok vyplývá z právní normy, mi dává určitou míru jistoty, že mi „partner“ škodu uhradí. Lze mít za to, že v tomto (a v podobných případech) je tato míra velmi nízká; selektivní funkce práva je zde slabá – zejména v ČR. Bohužel, právní úprava institutů, jež mají plnit *kompenzační* funkci práva, je nedostatečná, nedostatečná je též právní jistota, a proto právo celkově neplní uspokojivě ani svou funkci preventivní.

D. Pro právo a fungování právního systému je právní jistota zcela klíčovou hodnotou. Lze říct, že její nízká míra oslabuje téměř všechny funkce práva, snižuje důvěru v právo, a tím snižuje jistotu v životě jedince, při jeho interakci s ostatními sociálními subjekty. Při zkoumání toho, které faktory ovlivňují míru právní jistoty, je vhodné rozlišit dvě kategorie případů: 1. hmotné právo je sporné, 2. hmotné právo je (více méně) jasné.

Ad 1. Je-li sporné hmotné právo, to samo o sobě pochopitelně snižuje právní jistotu, neboť to snižuje předvídatelnost právních rozhodnutí. Nejasnosti v hmotném právu způsobují zejména:

- rostoucí komplikovanost právních předpisů,
- časté změny v právních předpisech (což může být podmíněno celou řadou faktorů, např. změnami v politice),
- časté změny ve výkladu práva.

Již bylo výše vícekrát řečeno, že nejasnosti v právu jsou stále častějším jevem doprovázejícím rostoucí komplexitu soudobé moderní společnosti.

Fuller poukazuje, že soudní rozhodnutí (v podmínkách nejasného hmotného práva) je *de facto* v daném individuálním případě retroaktivní.¹⁹³ Kdyby subjekty znaly právní řešení svého konfliktu, jistě by neplýtvaly prostředky v soudním řízení. Jde o zajímavý, avšak téměř neřešitelný rozpor v právu. Má-li pravidlo, podle kterého se bude určitý případ posuzovat, odhalit až soudce tím, že podle něj rozhodne, je evidentní, že strany sporu nemohou znát toto pravidlo předem. To neznamena nic jiného než a) porušení jednoho z důležitých principů imanentních

¹⁹³ Fuller, L. L.: Morálka práva, str. 57.

právu: požadavku, aby právní pravidla byla ohlášena *předem* a obecnému zákazu zpětné působnosti právních pravidel;¹⁹⁴ b) extrémně nízkou právní jistotu zúčastněných subjektů. Soudní rozhodnutí o nejasné otázce hmotného práva takto de facto využívá subjekt, který spor prohrál, jako jakéhosi „obětního beránka“, na jehož úkor bude vytvořeno pravidlo, které bude aplikováno na budoucí případy; které však bylo použito na jeho případ, aniž by jej mohl znát.

Ad 2. V případech, kdy je hmotné právo jasné, právní jistotu snižují zejména:

- zdlouhavost rozhodování v právních řízeních (srov. výše sub 3.2 A.),
- možnost korupce při rozhodování v právních řízeních,
- zdlouhavost výkonu právních rozhodnutí.

Pojednání o prediktivní a selektivní funkci práva nelze uzavřít jinak než konstatováním, že v ČR bohužel zvyšuje míru jistoty a předvídatelnost chování druhých spíše v obráceném smyslu. Je totiž vysoká míra jistoty, že na právo nebude spolehnoutí.

3.3 Exkurz č. 1: Funkce práva jako nástroje sociální kontroly?

V úvodní části této kapitoly jsem poněkud preskriptivně nebo snad až idealisticky konstatoval, že by právo mělo lidem pomáhat. Právo však nepochybně bylo, zejména v tradiční společnosti, avšak i v totalitních režimech 20. století, významným nástrojem sociální kontroly a disciplinizace poddaných; tedy nástrojem, který napomáhal dosažení cílů jen úzké skupiny mocných. To je jistě nepopiratelnou historickou skutečností.

Jak plyne z výše uvedeného rozboru, jsem osobně hluboce přesvědčen, že toto není *funkcí* práva, nýbrž jde o jeho zneužití, za které odpovídají jednotlivci. Podobně jako bývá náboženství zneužíváno k ideologické manipulaci lidí pro zvrácené cíle (čehož jsme svědky dnes a denně), bývá zneužíváno i právo.

Lze uvést pro názornost některé příklady z historie. Představa, že např. husité (v období tzv. husitských válek v 15. století) kradli, vraždili, znásilňovali a plenili, aby mohli „přijímat pod obojí“, je jistě mylná. V případě husitských válek sotva šlo

¹⁹⁴ Podrobně Fuller, *uv. dílo*, str. 53 a násl.

o to, že jim (tj. husitům) bylo znemožněno konat náboženské obřady podle jejich představ; šlo spíše jednoduše o to, že měli hlad. Jejich „náboženské“ cíle mohou sotva ospravedlnit krvavou válku (která je mj. s jakoukoliv křesťanskou ideologií neslučitelná). Podobně panovník s nimi neválčil proto, aby ochránil pouze svou víru, ale především, aby ochránil svou moc.

Podobně v případě atentátů z 11. září 2001 jistě nešlo pouze o náboženství, nýbrž o jeho ideologické zneužití. Sebevražední atentáčníci byli ochotní zavraždit nevinné lidi mj. „ve jménu Boha“, ovšem také proto, že jim bylo slíbeno (do hlavy „naočkováno“), že na ně čeká v nebi 72 panen atd.

V tomto ohledu, vidět v náboženství zdroj zla v uvedených (a jiných) případech je krátkozrakost, neboť je evidentní, že zdrojem uvedeného zla jsou především lidé, a jejich ryze materiální cíle (ony zvrácené „duchovní“ cíle až druhotně).

Podobně nelze v právu vidět jen nástroj manipulace lidmi a tím i potenciální zdroj zla; tím spíš, že u právních norem lze v zásadě vždy nalézt jedince odpovědného za jejich obsah. Ať již pokládáme například nacistické rasové zákony za právo či nikoliv, je jednoznačné, že šlo o jeho zneužití k účelům, ke kterým sloužit *nemá*. Proto ono zlo nepochází z práva jako takového, ale od jedinců, kteří ho zneužívají.

Celé moderní dějiny práva a státu jsou do značné míry dějinami zneužití práva a státní moci s následným zavedením mechanismů, které by znemožnily, respektive alespoň ztížily jeho nové zneužití. Jde zejména o realizaci koncepcí dělby státní moci, či zanesení základních lidských práv a svobod do mezinárodněprávních dokumentů po druhé světové válce, které tvoří základní a kategorický požadavek na právní řady států.

Jak však přesvědčivě obhájit tezi, že funkcí práva není kontrola a ovládnutí lidí (dle vůle momentálního nositele moci a tvůrce práva), nýbrž pomáhat jim, chránit je, a v konečném důsledku zachovat lidstvo jako takové? Použijí argument *ad absurdum*. Představme si právní normu, která by stanovila následující pravidla:

- každý je povinen ráno denně vstát z postele v 7:23;
- každý je povinen denně v 14:07 vypít 2dcl 100% hruškového džusu;
- každý je povinen denně v 16:44 stát na levé noze a kroužit pravou paží po dobu 120 vteřin.

Z absurdity, bezvýznamnosti a zbytečnosti těchto pravidel dovozují, že funkcí práva prostě není ovládat chování lidí prostě jen proto, aby jej ovládalo, v souladu s momentální vůlí momentálního tvůrce práva. Pokud tak právo činí, a stanoví chování lidí relativně detailně, mělo by tak činit z důvodů, které jsem se pokusil naznačit v předchozí subkapitole, věnované jednotlivým funkcím práva (výše sub 3.2).

V očích právního pozitivisty mohou právní normy stanovit cokoliv, a bude se jednat o právo. Tuto myšlenku, zasazenou do podmínek dnešních států s vyvinutými právními systémy, lze přijmout. Nevyplývá z ní však záruka, že právo bude plnit funkce, které mu náleží. Přirozenoprávní filozofické přístupy pokládají za dané, že existují určitá právní pravidla (ta mohou být dána různě, záleží na přístupu té které školy přirozenoprávního myšlení), se kterými platné právní normy musí být v souladu. Přirozenoprávní myšlení nepřimo odráží tezi zde zastávanou, totiž že právo je určeno k tomu, aby plnilo určité funkce.

Je zřejmě však třeba přiznat, že v soudobé moderní společnosti je právo využíváno poměrně hojně jako nástroj sociální kontroly, zejména proto, že je využíváno vládnoucími politickými stranami k udržení moci. (V souvislosti s tematizací práva jako nástroje sociální kontroly navazují ještě níže v kap. 4, kde věnuji pozornost postmoderní kritice práva a společnosti.)

3.4 Exkurz č. 2: K úloze právního stavu v soudobé moderní společnosti

Již výše (sub 2.4) jsem vyslovil tyto obecné závěry:

- tvorba, interpretace a aplikace práva, (jako jednoho z nejdůležitějších normativních systémů, podepřené státní mocí) je do značné míry doménou *právníků*;
- ochrana subjektivních práv je možná zásadně jen ve formalizovaném právním procesu;
- díky stále větší komplikovanosti právních norem je v soudobé moderní společnosti stále obtížnější pro *neprávníka* se spolehlivě seznámit s obsahem

normy, a je tak odkázán (i ve zcela banálních případech) na pomoc právního profesionála.

Tak jako doktoři medicíny léčí lidské zdraví, doktoři práv by měli napomáhat léčit společnost, tedy poklidné soužití lidí, kteří mají protichůdné zájmy. Je možná troufalostí srovnávat šlechetné lékařské povolání (nebo lépe řečeno poslání) s povoláním právníckým, jenž má v současné společnosti spíše negativní renomé.¹⁹⁵ Taková analogie však může být velmi názorná. Obdobně jako chabé zdraví, klade právní řád překážky na životní cestě člověka; ztěžuje či znemožňuje mu uspokojování jeho potřeb a zájmů. K překonání, či odstranění některých těchto překážek potřebuje člověk lékaře, či právníka. S běžným nachlazením si každý poradí, aniž by potřeboval poradit od lékaře; s prodejem osobního automobilu si taky každý poradí bez právníka. Při chřipce nebo angíně je návštěva lékaře spíše pravidlem, podobně jako při prodeji domu je pravidlem pomoc právníka. Potřebuje-li nemocný operaci, je pomoc lékaře zcela nutná. Chce-li někdo založit společnost s ručením omezeným, nedocílí toho bez notářského zápisu zakladatelského dokumentu; a má-li s.r.o. vzniknout, je zapotřebí ještě, aby soud provedl zápis do obchodního rejstříku. Při vážné, složité a neobvyklé nemoci je potřeba podstoupit mnoho testů a vyšetření u mnoha specialistů, aby byla stanovena diagnóza. Podobně, složitý právní problém může být úkolem pro mnoho špičkových právních (i neprávních) specialistů, třeba i na mnoho let¹⁹⁶ (např. nadnárodní fúze kapitálových společností - viz nedávno schválené nařízení Rady a parlamentu ES).

Nelze při tomto srovnání nevidět, že zatímco lékař pouze překážku (nemoc) odstraňuje, v případě práva je tomu trochu jinak. Překážky, které člověku do cesty staví právo, nevznikají totiž bez ničeho přičinění, ale jsou vytvářeny, do značné míry, samotnými právníky. Nejsou to právníci (jak se mnozí domnívají), kteří by vedli společnost kupředu; to činí jiní: vynálezci, vědci, ovšemže i podnikatelé a další... právníkům náleží (náročný?) úkol jim v tom, pokud možno co nejméně bránit.

¹⁹⁵ Viz např. Fletcher, G. P.: *Basic Concepts of Legal Thought*, Oxford University Press, New York, 1996, str. 3, kde autor upozorňuje, že již W. Shakespeare ve svém díle často ironicky narážel do neoblíbených právníků; např. v dramatu *Jindřich VI.* jedna z postav prohlásí: „První co uděláme je, že zabijeme všechny právníky.“

¹⁹⁶ Tuto analogii složitého právního případu s lékařskou diagnózou, použil v rozhovoru v rozhlase V. Cepl.

Vzniká zde tedy zvláštní situace. Právníci nejdříve překážky formálně vytvoří, a pak je pomáhají formálně překonávat.¹⁹⁷ Tento pohled je pochopitelně velmi zjednodušený, ale lze z jeho podstaty vysvětlit určitou společenskou nechuť ke všemu, co má co dočinění s právem a s právníky. Druhou stranou tohoto jevu je prostý fakt, že běžní lidé se zajímají o právo a jeho obsah právě až ve chvíli, kdy se jim postaví do cesty.

Když už právníci tyto překážky vytvářejí, měli by být schopni je co nejrychleji a nejefektivněji odstraňovat; to se však právníckému stavu nedaří.¹⁹⁸ Právo by nemělo být překážkou, pokud jde o uskutečňování legálních a legitimních cílů jednotlivcem. To platí zejména v situaci, kdy jednotlivec se chce domoci svého subjektivního práva legální cestou. Na cestě za ochrannou hmotného subjektivního práva však stojí formalizovaný právní proces - pravá doména právníků. Aby bylo právo uznáno či přiznáno, musí být dodrženy složité procesní postupy; to je vždy na úkor oprávněného. (Je vždy smutné, ale i nespravedlivé, když někdo přijde o to, co mu náleží, z formálních důvodů; například proto, že netušil, že mu běží právní lhůta.) Běžný člověk se tedy velmi spoléhá na právníky a jejich rady o právu.

Ad advokacie a právní pomoc

Právníci tedy pomáhají lidem překonávat právní překážky. Jsou k tomu potřeba proto, že každý jednotlivec jednoduše nemá čas studovat právní předpisy, využije za příslušný poplatek profesionála, který mu na svou vlastní odpovědnost pomůže. Jde samozřejmě o paradox dnešní doby: běžný člověk znát právo nemůže, avšak platí *ignorantia legis non excusat*. Lze říct, že je to do značné míry daň za pohodlný život v moderní společnosti.

Čím více právních norem, tím více možností pro advokáty. Dnes potřebuje advokáta každý, někteří ho potřebují denně. V ČR zatím není zvykem mít svého „rodinného právníka“ (podobně jako každý má svého rodinného lékaře), jako je

¹⁹⁷ Viz např. publikaci „Strašná pravda o právnících“ Mark H. McCormack, Talpress, Praha 1997. Píše především o advokátech, a dává rady zejména podnikatelům, jak se vyhnout plýtvání prostředků vynaložených advokátům. Např.: „Právníci nejen nasycují poptávku po právních úkonech [pozn.: zřejmě ne zcela přesně přeloženo do češtiny neprávnickem], oni ji i vyvolávají.“

¹⁹⁸ McCormack, str. 9: „Ve světě, kde čas jsou peníze, jsou právníci mistry ve zdržování. Čím déle se případ táhne, tím méně se vyplatí, lépe řečeno, vyplatí se pouze vašemu právníkovi.“

tomu např. v USA; kvalitní právní pomoc je totiž málo dostupná, a pokud dostupná je, je velmi drahá.¹⁹⁹

Při poskytování právní pomoci, je třeba nechat pracovat trh, umožnit a podpořit *naprosto neomezenou konkurenci*, aby byl vyvíjen tlak na pokles cen právní pomoci. (Tomu se AK ČR začíná poslední dobou trochu bránit. Snad pod záminkou, že jí jde o to, zajistit kvalitní právní pomoc. To sotva ob stojí v situaci, kdy má stále ve svých řadách značné množství jedinců, kteří nestačili zaregistrovat, že skončila totalita, a že máme tržní ekonomiku. Vzhledem k tomu, že jsou advokáti povinně pojištěni, jejich možnosti, jak někoho výrazněji poškodit chybnou právní radou jsou omezené; naopak, špatný advokát špatnou právní radou „vyřídí“ především sám sebe.) Je to právě zvýšená konkurence, která nejvíce a nejlépe přispěje ke zvýšení kvality právní pomoci. Lze mít za to, že slušná konkurence snad existuje zatím především v Praze, a to především v obchodněprávní oblasti.

(Pokud jde o notářství, považují princip *numerus clausus* jej ovládající za protiústavní. Notářství by se mohlo spojit s advokací.)

Je třeba jednou pro vždy nastolit tu krutou pravdu, že právníci jsou jen zcela obyčejní lidé, a najdou se mezi nimi naprosto špičkoví, i zcela podprůměrní advokáti, a jejich výdělky tomu budou odpovídat (špičkový chirurg si též přijde na víc než obvodní lékař). Advokacie je podnikáním jako každé jiné (viz § 2 odst. 2 pís. c) ObchZ), a pouze advokát, který pochopil, že zákazník je jeho pánem, bude na trhu úspěšný. Advokáti jsou tu pro lidi, ne naopak.

(Je třeba z české společnosti odstranit mýtus o tom, že každému absolventovi právnické fakulty²⁰⁰ bude po promoci neprodleně předán obrovský pytel peněz. Naopak je třeba zakořenit do společenského vědomí, že právnické povolání je velmi odpovědné a náročné, a panuje v něm značná konkurence. Např. v severní Americe je právnické studium asociováno s velkým množstvím knih, nikoliv peněz.)

Klíčová úloha soudce

Netřeba zdůrazňovat, jak důležitá je úloha soudců. Avšak jaká je vlastně jejich úloha? Chránit *právo*? Nebo snad dokonce *chránit zákon*? To by samozřejmě bylo absurdní. Právo, zejména zákony, jsou pouze nástrojem, a jsou v moderní

¹⁹⁹ McCormack: „Pořekadlo, že každá dobrá rada je drahá, nemusí nutně znamenat, že drahá rada je vždycky dobrá.“

²⁰⁰ McCormack, str. 11: „Absolvent právnické fakulty je jako nováček, který nastudoval všechno o teorii baseballu, ale ještě nikdy nedržel v ruce pálku.“

společnosti vývodem státu, jeho zvolených představitelů a politiků, a mají představovat „*vůli většiny*“ (což je dnes samozřejmě naprostou fikcí). Nejsou tedy nastaveny tak (ani nemohou být), aby vyhovovaly zájmům všech.

Nastane-li konflikt mezi dvěma subjekty, musí soudce rozhodnout mezi nimi; jinak by se dopustil *odmítnutí spravedlnosti (denegatio iustitiae)*, což platné právo nepřipouští. Soudce si tedy musí vybrat a jednu ze stran *chránit*.

Jak píše E. Wagnerová, Ústava je garantem obsahově náležitého práva, a jejím smyslem je chránit svobodného autonomního jednotlivce, zatímco ne každý zákon má tento účel; ba naopak, většina zákonů svobodnou sféru jednotlivce omezuje, a jsou za tímto účelem přijímány. Soudce by tak měl mít v první řadě respekt k nedotknutelnosti svobodného autonomního jednotlivce jako k ústavnímu příkazu o nejvyšší váze. S nedotknutelností jednotlivce ústava počítá; s nedotknutelností zákona pochopitelně nikoliv. *Ratio* fungování soudní moci spočívá v ochraně práv jednotlivců, zatímco *ratio* fungování zákonodárné moci spočívá v úpravě vztahů ve veřejném zájmu, řečeno zkratkou. Z uvedeného plyne, že soudce by měl stát autonomnímu jednotlivci blíže než zákon.²⁰¹

Primárně tedy spočívá úloha soudce v ochraně jednotlivců. Meze jeho možností jsou dány ústavou, nikoliv zákony. Tím soudní moc koriguje (brzdí) moc zákonodárnou, a chrání jednotlivce i před státem.

Dále, úloha soudců spočívá v nezbytném dokreslování „platného“ práva soudními rozhodnutími. (Nechme stranou výhrady vznesené na konci subkaptoly 3.2.) Publikace soudních rozhodnutí tak přispívají k větší právní jistotě subjektů. Kde však nalezneme ústavně konformní a legitimní podklad pro faktickou tvorbu budoucích pravidel soudními rozhodnutími (ovšem i např. publikovanými *stanovisky* Nejvyššího soudu - srov. § 14 odst. 3 zák. č. 6/2002 Sb., o soudech a soudcích), v našem kontinentálním právním systému, když je soudce při svém rozhodování vázán pouze Ústavou, mezinárodními smlouvami, a zákonem (čl. 95 odst. 1 Ústavy)? Především, v kontinentálním právu nejsou soudní rozhodnutí pramenem práva (a tedy už vůbec ne pramenem Ústavy, mezinárodní smlouvy, či zákona...). Otázka zní, není naše právo příliš otrocky závislé na soudní judikatuře? Je ústavně konformní požadavek „sjednocování judikatury soudů“? Nepřekračuje soudní výklad zákona příliš často meze vytyčené zákonodárcem? Není ohrožena

²⁰¹ Wagnerová, E.: Primát zákona nebo jednotlivce?, in: Zákon v kontinentálním právu (editoři: A. Gerloch, P. Maršálek), Eurolex Bohemia, Praha 2005, str. 40-1.

soudcovská nezávislost nižších soudců tím, že se publikují sbírky soudních rozhodnutí a stanoviska NS? Je legální a legitimní, když soudce v odůvodnění svého rozhodnutí jednoduše uvede formulaci typu: „...tato právní otázka byla již vyřešena Nejvyšším soudem ČR ve věci...“?

(V anglosaském právním systému, alespoň platí fikce, že pravidlo, které nevyplývá přímo z psaného práva, a podle kterého soudce rozhodl, bylo vždy součástí *práva* (the law). Ani zde tudíž úplně neplatí teze, která bývá studentům práv neustále omývána, o „soudcovské tvorbě práva“ v anglosaském systému práva. To, že soudci tvoří nová pravidla, platí pouze fakticky, nikoliv právně, protože platí uvedená fikce! Tedy přesně stejně jako v právu kontinentálním. To, co odlišuje oba systémy, je právě to, že v anglosaském systému jsou pravidla nalezena a aplikovaná soudci *právem*, a proto jsou tudíž *právně závazná* pro budoucí případy; na rozdíl od systémů práva kontinentálního. To by totiž nebylo formálně udržitelné, aby jeden člověk – soudce – závazně tvořil právo; pouze konstatuje, jaké pravidlo, jež je - a vždy bylo - součástí práva, použil.)

Domnívám se, že v době, pro kterou je příznačná (a asi nevyhnutelná) velmi vysoká míra právní nejistoty, je třeba přistupovat k uvedeným problémům velmi obezřetně. Nesmí převládnout mechanická „aplikace“ soudních rozhodnutí vyšších soudů (které v řadě případů nemusí být zdaleka spravedlivá, nebo mohou být výsledkem politické objednávky), a mechanická snaha sjednotit soudní rozhodování ve jménu abstraktně pojímané právní jistoty, nad vlastním výkladem právních norem (uvedených v čl. 95 odst. 1 Ústavy) konkrétním soudcem, v konkrétní kauze. (Stranou ponechávám fakt, že i přes publikaci soudních rozhodnutí, není orientace v nich nikterak jednoduchou záležitostí.)

Dalším stále aktuálním právním problémem (zejména v české praxi), který s výše uvedenými problémy souvisí, je obecně přemíra formalismu v soudním rozhodování.²⁰² Jde zejména o alibistické 1. preferování procesních prostředků k vyřízení kauzy namísto meritorního rozhodování; a 2. vydávání „vědomě“

²⁰² Viz zejména práci Z. Kühna: Aplikace práva soudcem v éře středoevropského komunismu a transformace. Analýza příčin postkomunistické právní krize. 1. vydání. C. H. Beck, Praha, 2005, ve které vědecky rozebírá stalinistickou doktrínu v právním vývoji států zejména východní Evropy, a její vliv na přemíru formalismu v soudním rozhodování a další problémy, které přetrvávají i po demokratické transformaci režimů v těchto státech.

nespravedlivých rozhodnutí s tím, že zákon „nedovoluje rozhodnout jinak“.²⁰³ Netřeba říct, že jde o jevy nežádoucí.

Zdrojem uvedených problémů při soudním rozhodování je zřejmě i velký nával kauz a snaha se s nimi vypořádat co nejrychleji. Není to však omluvou. Další příčinou je však i určitá míra cynismu ovládající každodenní rutinní práci nejen soudcovského povolání. Tento mimoprávní problém spojený s výkonem funkce soudce paralyzuje samotný smysl soudnictví, jež spočívá v poskytování ochrany právům jednotlivců. (Každý případ, který soudce rozhoduje se nepochybně týká určitého jednotlivce – člověka či právní entity, kterou vytvořili, či tvoří určití lidé.) Vyhnout se cynismu však musí soudce sám, v tom mu nikdo nepomůže.

Představitelé právní vědy

Nezanedbatelná role ve společnosti a v právním systému náleží i představitelům právní teorie a právní vědy. (Domnívám se, že tato role je relativně nejdůležitější v porovnání s ostatními společenskými vědami.) Jednak z toho důvodu, že na právnických fakultách vychovávají budoucí soudce, státní zástupce, advokáty atd., což jsou nepochybně vitálně důležitá povolání ve společnosti; to je úlohou nepochybně velmi důležitou, a není třeba k tomu nic dodávat.

Dále proto, že plní nezastupitelnou úlohu spočívající v analýze samotného obsahu platného práva. (Zato zkoumání fungování práva v praxi, včetně navrhování podnětů ke zlepšení, však není něčím, co by muselo nezbytně náležet výhradně právníkům.) Právní vědci konají často až otrocky náročnou práci spočívající ve studiu pramenů práva, literatury a soudních rozhodnutí, aby své poznatky (za relativně symbolický peníz) předaly představitelům právní praxe (včetně soudcům!). Například advokáti jsou jistě velmi závislí na komentářové literatuře; získané poznatky pak „prodají“ svým klientům mnohonásobně draž. (V tomto ohledu se

²⁰³ Je vhodné opět citovat E. Wagnerovou: „Mnoho českých soudců, a především vyšších soudců, se dodnes vnímá jako ochránci prosazování objektivního práva, přičemž subjektivní práva jdou jaksi stranou. Tato jejich pozice ozřejmuje pro veřejnost však stěžejní pochopitelný postoj, když vášnivě obhajují svá zcela nespravedlivá rozhodnutí tím, že vědí o nespravedlnosti, avšak zákon jim nedovoluje rozhodnout jinak...“ *Primát zákona nebo jednotlivce?*, str. 41-2, přičemž dále poznamenává, že by bylo vhodné upravit konstrukci opravných prostředků, a že měřítkem spravedlnosti zákona má být ústava.

může zdát, že právní vědci plní poněkud nevděčnou úlohu z hlediska materiálního; subjektivní naplnění a seberealizaci nelze však spatřovat jen v peněžitém výdělku.) Zkrátka, právní vědci zásadním způsobem rozšiřují obzory praktickým právníkům. Tím, že se obvykle poměrně velmi úzce specializují na určitou konkrétní právní problematiku, má jejich práce i odpovídající hloubku, čímž si může získat potřebnou autoritu u právních praktiků. (Je však vhodné ještě uvést, že mnoho právních vědců má i bohatou právní praxi; jistě nelze stavy teoretiků a praktiků striktně oddělovat.)

Závěr

Uzavřu tuto 3. kapitolu své práce stejnými slovy, kterými jsem ji zahájil. Úlohou právníků je lidem *pomáhat*. To je třeba vždy mít na paměti při výkonu všech právnických povolání. Je třeba se vyhnout cynismu, a nikdy nezneužívat svou znalost práva na úkor právních laiků, využívat ji leda při „soupeření“ s jinými právníky. Zkrátka, právník by neměl zapomínat na slova Iuventia Celsa.

Pozn.: Nikdy nezapomenu na svou první návštěvu soudu. Dva zcela nečinní a spíše nudící se advokáti, kterým byl zájem jejich klientů evidentně lhostejný (protože své peníze dostanou, ať to dopadne jakkoliv). Mezi nimi jeden zcela otrávený soudce, který pochopil, že dostatek důkazů, aby mohl spolehlivě rozhodnout, nebude mít k dispozici, a že zkrátka bude muset „uvěřit“ jedné ze stran. Spíše než zápas o spravedlnost, a strhující rétorické výkony, na které jsem se těšil, to celé téměř připomínalo frašku.

4. POSTMODERNISTICKÁ DEKONSTRUKCE PRÁVA

V současnosti se může zdát, že svobodný život v liberálně demokratické společnosti a v právním státě představuje jakýsi dosažený ideál.²⁰⁴ Zejména z pozic tzv. postmoderní filozofie (ovšemže i jurisprudence) přichází poměrně radikální kritika moderního myšlení, moderní společnosti, a v neposlední řadě, moderního práva.

Postmoderní směry myšlení zřejmě nemohou být opomíjeny při úvahách o právu a společnosti v současnosti. Proto i na tomto místě (poté, co jsem se výše sub 1.1 stručně zabýval otázkou, zda se nacházíme v době moderní, či postmoderní,) jim věnuji určitou pozornost, a pokusím se s nimi vypořádat, zejména ve vztahu k ústřednímu tématu této práce.

4.1 Úvodní poznámky

Zatím se většina postmodernistického myšlení (při vědomí, že lze v jeho rámci rozlišit mnoho dílčích směrů²⁰⁵) vyznačuje především fundamentální kritikou práva a společnosti, právní vědy i sociologie, i politického uspořádání společnosti (dekonstrukce). Přitom však nenabízí nové či náhradní řešení (rekonstrukci).²⁰⁶ (V tomto směru je postmodernismus spíše teoretickým impulsem, nikoliv praktickou výzvou.)

Postmoderní filozofové částečně navazují na myšlenky německého filozofa F. Nietzscheho (1844-1900)²⁰⁷, kterého lze považovat za jakéhosi prapředchůdce postmodernismu. Za vlastního zakladatele postmodernismu se považuje J.-F. Lyotard, dále mezi nejdůležitější myslitele patří J. Derrida, M. Foucault, a R. Rorty. Do jurisprudence jako takové začal postmodernismus pronikat až v devadesátých

²⁰⁴ Takovéto pojetí v podstatě zastává F. Fukuyama ve své knize *Konec dějin*, když vyvíjí tezi o tom, že po dosažení liberálně demokratického uspořádání, žádný další vývoj lidské společnosti není možný; nadále se budou řešit pouze problémy životního prostředí, přelidnění planety atd. Viz Fukuyama, F.: *Konec Dějin a poslední člověk*, Rybka Publishers, Praha, 2002 (původně vyšlo 1992).

²⁰⁵ Dobrý přehled lze najít např. v Minda, G.: *Postmodern legal movements*, New York University Press, 1995.

²⁰⁶ Např. E. Bárány píše: „(postmoderní situace) Nevytvořila doposud žádnou alternativu moderních struktur a institucí, ale částečně mění paradigma jejich fungování a často je znefunkčňuje nebo rozkládá.“ Bárány, E.: *Moc a právo*, str. 123

²⁰⁷ Srov. Kubů, L. a kol.: *Dějiny právní filozofie*, str. 170-3.

letech minulého století. S dekonstručními podněty na právo a právní instituce navazují postmoderní právní vědci na některé myšlenky hnutí *Critical Legal Studies* (které ovšem jinak kritizují). Jako představitele lze uvést jména C. Douzinas, P. Goodrich, P. Fitzpatrick, R. Warrington, S. Fish.²⁰⁸

Postmodernisté vycházejí z diskontinuity ve vztahu k modernímu myšlení, protože dochází k rozpadu principů a ideálů, na kterých je (byla) moderní společnost založena, především racionalismu a univerzality.²⁰⁹ Zdůrazňují, že při zkoumání čehokoliv, nelze vycházet z univerzálních dogmat či zásad, požadují *demystifikaci myšlení a institucí*.²¹⁰ Neexistuje jediná pravda, neexistuje *jeden* způsob, jak cokoliv vysvětlit. Možnost řešit problémy spojené s právem cestou vyvíjení či hledání nových teorií je vyčerpána.²¹¹

Postmodernistické myšlení znamená též odklon od koncepcí právního státu (či vlády práva), neboť neuznává žádné pojetí práva, státu a společnosti jako jediné možné.²¹² Podle Michela Foucaulta „Vláda práva nebo právní stát nejsou zárukou autonomie a bezpečnosti soukromého světa jednotlivce, nýbrž sociální technikou jeho podřízení a disciplinizace.“²¹³ (Příklady uvedené v předchozí kapitole podporují oprávněnost tohoto tvrzení; můj postoj snad není až tak negativistický.)

Nepochybně, postmoderní jurisprudencí do značné míry napadá právo jako takové, a tak není divu, že se neseťkává u řady autorit v oboru práva s nadšeným přijetím²¹⁴

4.2 „Postmoderní“ právní problémy

Posuňme pozornost od samotných osobností postmoderního myšlení a jejich základních tezí, k vybraným reálným právním rozporům či problémům, které poněkud ospravedlňují dekonstrukci práva, rozkladu jeho jednotlivých pojmů a

²⁰⁸ Tamtéž, str. 178-9.

²⁰⁹ Přibáň, J.: Suverenita, právo a legitimita, str. 189.

²¹⁰ Tamtéž, str. 198.

²¹¹ Srov. Minda, G.: uv. dílo, str. 11.

²¹² Minda, uv. dílo, str. 3.

²¹³ Přibáň, J.: Suverenita, právo a legitimita, str. 200.

²¹⁴ Například J. Boguszak ohledně postmodernismu v právní vědě píše: „...se domnívám z dobrých důvodů, že se postmodernismus sotva může stát převažujícím směrem myšlení v oboru právní filozofie.“ Boguszak, J.: Právo a postmoderní situace, str. 1201, přičemž v této práci rozebírá jednotlivé (dílčí) postmoderní situace v soudobém právu. Kritický názor též Maršálek, P.: K otázce utváření vztahu práva, morálky a náboženství od minulosti k dnešku, str. 91.

institucí. Některé jsem již zmínil, a některých se dotkl na různých místech v této práci. (Jde např. o tyto problémy: vzrůstající nemožnost práva svými obecnými normami pokrýt neomezenou mnohost případů v praxi se vyskytujících; problémy související s tvorbou práva skrze politický mechanismus; vrůstající nemožnost zakotvit do práva hodnoty společné všem; potřeba odstrašujícího efektu právních sankcí vs. nutnost zachovat humánnost a přiměřenost těchto sankcí; doktrína právního státu vs. efektivita postihování kriminality; právní jistota vs. spravedlnost; požadavek právní jistoty a zákaz retroaktivity vs. realita retroaktivního určení práv a povinností soudními rozhodnutími; a řada dalších.)

Považuji za vhodné věnovat pozornost ještě těmto problémům:

1. Požadavek stability práva vs. zvyšující se dynamika společenského rozvoje;
2. Je právo z ekonomického hlediska jako celek *užitečné*?

*Ad 1. Neutuchající antinomie: požadavek stability práva versus dynamika společenského rozvoje*²¹⁵

Dynamická změna, a s ní spojená nejistota, je všudypřítomným rysem soudobé společnosti. Pokusím se tento nepopíratelný fakt uvést do souvislosti s právem. V literatuře panuje shoda, že právní pravidla ve společnosti, a právní řád jako celek, by měly vykazovat určitou míru stability v čase. Jinými slovy, časté změny právních úprav jsou negativním jevem. Důvodů je několik: Za prve, časté změny v právním řádu oslabují právní jistotu, a tím i důvěru v právo. Za druhé. Praxe, (tj. státní orgány, fyzické a právnické osoby) potřebuje určitý čas na to, aby se přizpůsobila nové (účinné) právní úpravě. Při komplikovanosti některých právních úprav je nevyhnutelné, že dosažení „správné“ aplikace normy si vyžádá její opakovanou aplikaci, a postupné odstraňování chyb při její aplikaci.²¹⁶ Přitom se nelze příliš spoléhat na dobu legisvakance, neboť v této době není norma ještě aplikována, takže nelze odhalit její reálné problémy. Za třetí: to, zda je určitá právní úprava kvalitní, užitečná, či vůbec potřebná a přínosná, odhalí až sama praxe, její

²¹⁵ O této problematice se zmiňuje např. E. Bárány; *Moc a právo*, str. 133.

²¹⁶ Ponecháváme zde stranou otázku, jak vůbec zjistit, který způsob aplikace normy je správný. V některých případech výklady k předpisům či návody k aplikaci vydá příslušné ministerstvo; např. Pokyny MF pro daně atd. Jinak správný výklad a aplikaci (leckdy překvapivý) normy odhalí soud.

aplikací. Za čtvrté, časté změny v právním řádu snižují úroveň znalosti práva u laiků.

Pro právní praxi však změny v platném právu přináší víc práce při obeznamování se s novou úpravou, což nutně v konečném důsledku snižuje celospolečenský užitek této právní úpravy (pokud vůbec nějaký přinese), a to právě o hodnotu času, obětovaného pro obeznání se s novou úpravou. Zde má doba legisvakance své důležité místo, neboť z podstaty věci plyne, že je třeba právní normu znát, aby ji bylo možno aplikovat.

Lze však, v souladu s požadavkem stability v právu, mít za to, že ideální by byl stav, kdy právní normy se vůbec nemění? Z hlediska celospolečenských nákladů na právní normotvorbu jistě ano, s ohledem na nevyhnutelný společenský rozvoj to jistě možné není. V tomto smyslu hraje vždy důležitou roli poměření nákladnosti vypracování, přijetí a implementace nové právní úpravy, s celospolečenským užitekem, který přinese. To je ovšem v dnešních podmínkách bohužel zcela nemožné. Jedním z nejtěžších úkolů moderního zákonodárce je právě nalézt odpověď na otázku: vyváží celospolečenský užitek, plynoucí z nové právní úpravy, celospolečenské náklady na tvorbu a implementaci dané úpravy? Přitom je ještě třeba přihlídnout k předpokládané době účinnosti právní úpravy. Sotva můžou náklady na složitý legislativní proces a implementace nové normy vyvážit užitek plynoucí z úpravy (pokud nějaký je), která je účinná např. méně než dva roky.

Z jiného úhlu pohledu je právo často brzdou společenské změny; někdy negativní, jindy však i pozitivní. Řešení určitého společenského problému může být nasnadě, avšak než se legislativní proces a politické síly dají do pohybu, dojde v mezidobí opět ke změně.

Právo je ze své podstaty spíše konzervativní povahy. V otázkách, kde se např. morálka vyvíjí v liberální společnosti vcelku dost dynamicky (např. interrupce, genetické inženýrství, otázky emancipace homosexuálů), je právo spíše brzdou, podle mého názoru vhodnou. Naopak v oblasti informačních technologií se zdá, že jsou hranice práva úplně překonány; síť internet představuje nekonečné možnosti zejména nelegálního kopírování softwaru, audio a video souborů, což je samozřejmě zásahem do práv autorů, výkonných umělců, výrobců audio a video záznamů atd. v masovém, globálním měřítku. (Například společnost Microsoft se však nevzdává, a recentně rozeslala „vir“, který (prozatím) zdvořile oznámí uživateli, že má

v počítači nelegální software - samozřejmě však nejde o prostředek ochrany právní; další vývoj v této oblasti ukáže čas.)

Může tedy právo v současné podobě obstát, z hlediska dynamiky společenských změn? Předně je třeba uvažovat o modifikaci legislativního procesu, aby bylo právo schopnější reagovat rychle; např. v české praxi by se mohlo uvažovat o zrušení Senátu, nebo alespoň výrazně omezit jeho pravomoc schvalovat zákony určité kategorie; Též by bylo vhodné upravit jednacím řád poslancecké sněmovny. (Ukazuje se však, že problém neschopnosti práva reagovat dostatečně pružně na společenskou změnu není tak výrazným problémem jako 1. nedostatečná kvalita norem hmotného práva jako takových, ale především 2. fungování práva v praxi, z hlediska naplnění jeho nejdůležitějších funkcí.)

Ad 2. Je právo jako celek užitečné?

Ekonomickou analýzou práva se zabývají některé recentní směry v právním myšlení.²¹⁷ Zkoumají ekonomické dopady legislativních aktů, jejich změn, jakož i jednotlivých právních institutů, i soudních rozhodnutí.

Propojení práva a ekonomie dnes nepopírá nikdo. Jsou to právě ekonomické vztahy, které jsou nejčastěji předmětem úpravy právem. Neexistuje právní odvětví, které by nesouviselo s ekonomikou. Znalost ekonomických disciplín je pro většinu právníků naprosto nezbytná; jednak pro porozumění jednotlivým právním úpravám, a hlavně pro porozumění právním problémům lidí.

Jedním z neaktuálnějších styčných bodů práva a ekonomie v soudobé moderní společnosti je však otázka ekonomické únosnosti právního systému jako takového! Problémy s přetížeností justice, přeplněností věznic, nedostupnosti právní pomoci, nedostatek odborně kvalifikovaných úředníků ve veřejné správě aj. do značné míry pramení ze skutečnosti, že finanční zdroje na tyto jsou velmi omezené. Dostatek finančních zdrojů není jediným předpokladem např. dobře fungující justice, ale je jistě předpokladem základním. Čím dál větší složitost a náročnost právních kauz (kromě toho, že procesy prodlužuje) dále soudní procesy zdražuje. Lze mít za to, že tento jev se bude dále prohlubovat.

²¹⁷ Za hlavního představitele je považován R. Posner; viz např. Minda, G.: Postmodern legal movements. V USA se obor Law and Economics (L&E) standardně vyučuje na právnických fakultách. (Viz též Fletcher, G. P.: Basic Concepts of Legal Thought, str. 155 a násl.)

(Souvisí to i s působením právních norem; právní systém, který by spoléhal výlučně na nutnost vynucení přikázaného chování, by byl ekonomicky neudržitelný. Proto je nutné se spoléhat na *přesvědčivost* norem - viz též výše, sub 2.4 - tedy na to, že většina lidí se chová v souladu s právem z jiných důvodů, než ze strachu ze sankce či přímého donucení.)

Právo a jeho potřebnost však nelze „měřit“ pouze ekonomickými nástroji; celá řada právních institutů jsou potřebné bez ohledu na jejich cenu. Jde zejména o instituty chránící bezpečnost jednotlivce. Proto, jak jsem již uvedl výše sub 3.2, právo by mělo, i v podmínkách soudobé moderní společnosti, zaměřit své úsilí na tuto svojí základní funkci.

Ukazuje se však, že právo je silně nefunkční – nepřináší užitek – v oblasti ochrany majetku. Například na vypátrání ukradené věci policií vynaloží stát více peněz, než kdyby onu věc sám poškozenému nahradil. (To je samozřejmě vodou na mlýn menším zlodějům, kteří vědí, že po nich policie pátrat nebude, a že při dopadení by jim stejně hrozil nanejvýše podmíněný trest.) Tuto nefunkčnost práva nahrazují různé způsoby ochrany majetku jako jsou bezpečnostní systémy, bezpečnostní agentury, dále pak institut pojištění. Jistě musí být určitá rovnováha v úsilí jednotlivce k ochraně svého majetku a ochranou zajištěnou právním řádem; avšak ve společnosti by mělo být jasně otevřeně stanoveno, kam až právní ochrana fakticky sahá, a kam již ne, byť to normativita práva ze své vnitřní logiky nepřipouští.

V tržních vztazích je již dnes téměř nefunkční. V mnoha ohledech je spíše překážkou, například odrazuje od podnikání a prodražuje transakce. Právo by se mělo držet své primární funkce v této oblasti; totiž zvýšení míry jistoty v tržních vztazích. Tedy především zaručit plnění smluvních závazků tržních subjektů (nikoliv určovat obsah těchto závazků). Vyšší míra jistoty však pramení spíše z efektivního fungování práva v praxi, než ze samotného obsahu norem hmotného práva.

Nepochybně je třeba hledat způsoby zefektivnění práva (míněno v ekonomickém smyslu) a právního systému jako celku. Je jistě mnoho způsobů jak snížit náklady na tvorbu práva, na justiční systém, na veřejnou správu atd.; celkově je však zřejmé, že právo bude vždy velmi nákladnou záležitostí. V celé řadě oblastí je však třeba zvážit, jestli právo vůbec přináší nějaký celospolečenský *užitek*,

v relaci k nákladům na jeho tvorbu a k prosazení jeho pravidel, a hledat alternativy k právní regulaci.

4.3 ČR v postmoderní situaci?

Pokud jde o ČR, poznamenal bych, že se nachází stále v období transformace; nelze si plést postmoderní situaci se situací postkomunistickou.²¹⁸ České republice schází mnoho let zkušeností s aplikací demokratického práva, dějinný vývoj (nejen) posledních zhruba sto let byl mimořádně diskontinuitní; což samozřejmě má značné dopady v právu. Úspěšná aplikace určité právní úpravy (zejména kodexu) v kontinentálním právním systému nepochybně vyžaduje dotvoření v praxi mj. pomocí judikatury (pokud možno nikoliv pomocí chaotických změn dané úpravy, čehož jsme v ČR svědky).

Selhávání práva v ČR tedy nelze přičíst jen společenským podmínkám současnosti, ale nepochybně má své kořeny v nedávné minulosti.²¹⁹ Domnívám se, že právo zatím funguje výrazně úspěšněji ve vyspělých demokraciích, jež za sebou čtyřicet let totality nemají.

Fungování práva ve společnosti odráží celou společnost jako takovou, neboť právo uvádějí v život lidé, kteří společnost tvoří. Podobně jako má společnost takovou politickou reprezentaci, kterou si zaslouží, lze při značném zjednodušení říct, že má společnost takové právo, a takový právní systém, jaký si zaslouží. Proces vybudování fungujícího právního systému je otázkou celkového společenského rozvoje. Nepochybuji o tom, až bude česká společnost stabilizována, bude právo ČR své funkce plnit úspěšněji (v tomto procesu ovšem bude hrát svou důležitou roli i stav právnícký, který se nesmí za každou cenu držet starých dogmat a lpět na právních formalismech, ale musí se snažit být společenské realitě co nejblíže).

4.4 Dílčí závěry

Myšlenky obsažené v této kapitole (i v celé práci), mohou pro právo vyznít poněkud pesimisticky (často se totiž za pesimismus považuje realismus). Blížíme se

²¹⁸ Pavlíček, V.: Stát a právo v postmoderní situaci? in: O české státnosti, 1. díl, Karolinum, Praha, 2002, str. 91.

²¹⁹ Viz zejm. uvedenou práci Z. Kühna; Aplikace práva soudcem v éře středoevropského komunismu a transformace. Analýza příčin postkomunistické právní krize.

stavu, kdy budou možnosti a meze práva překonány? Je třeba *rekonstruovat* právo a vůbec uspořádání celé politické společnosti?

Myšlenku, že je třeba zamyslet se nad samotnou podstatou práva a nad výsledky právní vědy, považuji za správnou. Právní věda nedokáže uspokojivě zodpovědět řadu otázek. Z právního státu se stává stát byrokratický; naše přirozené, svobodné životy do značné míry ovládají formalismy a formální postupy, mnohdy zcela odtržené od reality našich potřeb a zájmů. Reálné fungování práva v praxi často neodráží vnitřní zákonitosti, na nichž právo spočívá.

Nepochybně dochází k mnoha jevům, které postmodernisté popisují. Je proto velkou výzvou pro právo a právní vědu opustit své přirozeně konzervativní stanoviska, a hledat řešení nových společenských problémů spojených s právem, včetně jeho styčného bodu s politikou, kterým je tvorba práva. Právo je totiž nástrojem všech lidí, nejen právníků. Řešení některých právních problémů jsem na různých místech této práce navrhl, některé myšlenky mohou být považovány za *postmodernistické*.

ZÁVĚR

Ukázal jsem na mnoha příkladech, že společnost se v období po druhé světové válce vyvíjí velmi dynamicky. Právo i právní věda však v mnoha ohledech pokulhávají. Především, právu nedaří úspěšně plnit své základní funkce, čímž mj. i vyvstává otázka, zda takto nefunkční právo vůbec přináší soudobé společnosti nějaký *užitek*.

Za základní funkci práva (i v soudobé moderní společnosti), je třeba považovat funkci ochrannou. Právo musí chránit život, bezpečnost lidí, jejich soukromou sféru. Tuto svou nejdůležitější funkci plní právo ve velmi omezené míře, zato čím dál víc zasahuje do tržních vztahů.

Doba, kdy právo, jakožto společenský fenomén, by bylo výhradně doménou právníků, je pryč. Přesto se zdá, že je jejich úloha stále nadměrná, to nelze nezbytně považovat za pozitivum, protože formalismy zakotvené v právu často neodráží společenskou realitu dostatečně. I proto je v současnosti naléhavě nutný sociologický přístup k právu. Právo má přispívat k řešení společenských problémů, nikoliv je tvořit.

Zdá se, že právo dominuje ostatním normativním systémům ve společnosti, a jako jediný z těchto systémů zůstalo univerzální. Nedomnívám se však, že by právo působilo na chování lidí nezbytně více než jiné normativní systémy. Běžný člověk komplikované moderní právo nezná do podrobností; často se musí spolehnout na právního profesionála (ať už advokáta, nebo státního úředníka).

Nepochybně nastává čas přehodnocení dosavadních výsledků práva (k čemuž podněcují i myšlenky postmodernistické filozofie a právní teorie). K tomu, aby mohlo právo úspěšně plnit své funkce, musí být připraveno opustit svá stará dogmata, pěstovaných po staletí právníckým stavem. Zároveň se musí bránit přílišnému vlivu politického soupeření o moc na obsah právních norem, a na realizaci těchto norem v praxi.

To, že právo je dnes konfrontováno mnoha (zdánlivě) neřešitelnými problémy, není důvodem k rezignaci; je ale třeba otevřenost vůči novým způsobům myšlení. Nezbyvá než popřát, aby se právu dařilo plnit své funkce v budoucnosti co nejúspěšněji.

LITERATURA

a) Monografie a učebnice

Základní k tématu:

- Atiyah, P.S.: *Law & Modern Society*, Oxford University Press, 2nd edition, 1995
- Bárány, E.: *Moc a právo*, Vydavateľstvo Slovenskej Akadémie Vied, Bratislava, 1997
- Bláha, I.A.: *Sociologie*, Academia, Praha, 1968
- Boguszak J., Čapek, J. Gerloch, A.: *Teorie práva*. Praha: ASPI Publishing, 2004
- Fletcher, G. P.: *Basic Concepts of Legal Thought*, Oxford University Press, New York 1996
- Fuller, L. L.: *Morálka práva, Oikúmené*, Praha 1998
- Gerloch, A.: *Teorie práva*, 3. vydání, Nakladatelství a vydavatelství A. Čeněk, Plzeň, 2004
- Hart, H. L. A.: *The Concept of Law*, 2nd Edition. Clarendon Press, Oxford 1994
- Harvánek, J. a kol.: *Teorie práva*, MU Brno, 1998
- Hayek, F. A.: *Právo, zákonodárství, svoboda*, Academia, Praha 1991
- Chalupný, E.: *Sociologie a filozofie práva a mravnosti*, Bursík a Kohout, Praha 1929
- Keller, J.: *Úvod do Sociologie*. 4. vydání, SLON, Praha 1999
- Knapp, V.: *Teorie práva*, 1. vydání. Praha, C. H. Beck 1995
- Knapp, V. a kol.: *Tvorba práva a její současné problémy*, Linde, Praha 1998
- Kubů, L. a kol.: *Dějiny právní filozofie*, Univerzita Palackého Olomouc, 2002
- Kühn, Z.: *Aplikace práva soudcem v éře středoevropského komunismu a transformace. Analýza příčin postkomunistické právní krize*. 1. vydání. C. H. Beck, Praha, 2005
- Macur, J.: *Postmodernismus a zjišťování skutkového stavu v civilním soudním řízení*, MU Brno, 2002
- McCormack, M. H.: *Strašná pravda o právnících*, Talpress, Praha 1997
- Minda, G.: *Postmodern legal movements*, New York University Press, 1995
- Mucha, I., Příbáň, J.: *Texty k sociologii práva*, Všehrd, Praha, 1991
- Podgórecki, A.: *Sociologie práva*, Svoboda, Praha 1966
- Příbáň, J.: *Disidenti Práva*, SLON, Praha 2001

- Příbáň, J.: Sociologie práva, SLON, Praha 1996
- Příbáň, J.: Suverenita, právo a legitimita, Karolinum, Praha 1997
- Rychlý, T.: Právní normy a společenská praxe, Ediční středisko PFUK, Praha, 1998
- Šamalík, F.: Právo a společnost, Academia, Praha 1965
- Večeřa, M., Urbanová, M.: Základy sociologie práva, 2.vydání Doplněk, Brno 2002
- Weinberger, O.: Norma a Instituce, MU Brno, 1995

Doplňkově:

- Damohorský, M. a kol.: Právo životního prostředí. 1. vydání. Praha : C. H. Beck, 2003
- Dědič, J., Čech, P.: Obchodní právo po vstupu do EU, 2. vydání, Polygon, Praha, 2005
- Fukuyama, F.: Konec Dějin a poslední člověk, Rybka Publishers, Praha, 2002
- Gřivna, T.: Soukromá žaloba v trestním řízení, Karolinum, Praha, 2005
- Hamerníková, B., a kol.: Veřejné finance, Victoria Publishing, Praha, 1996
- Houbová, D. a kol.: Psychologie pro právníky, MU Brno, 1998
- Huntington, S. P.: Sřtět civilizací, Rybka Publishers, Praha, 2001
- Jelínek, J. a kol.: Trestní právi hmotné, Obecná část, Praha, Linde, 2005
- Kincl, J., Urfus, V., Skřejpek, M.: Římské právo. 2. vydání. Praha, C. H. Beck 1995
- Knapp, V.: Vědecká propedeutika pro právníky, Eurolex Bohemia, Praha 2003
- Knappová, M., Švestka, J., Dvořák, J., a kol.: Občanské právo hmotné, Svazek I., 4. vydání. ASPI, Praha, 2005
- Knappová, M., Švestka, J.: Občanské právo hmotné, Svazek II., Díl třetí: Závazkové právo. Třetí aktualizované a doplněné vydání, ASPI, Praha 2002
- Liška, V.: Diplomová práce – zpracování a obhajoba, Ivo Ulrych – Růžičkův statek, 2003
- Macková, A.: Nezávislost soudců, Ediční středisko PFUK Praha, 1998
- Novotný, O., Dolenský, A., Jelínek, J., Vanduchová, M. Trestní právo hmotné - I. Obecná část. 4. vydání. Praha : ASPI Publishing 2003
- Pavlíček, V. a kol.: Ústavní právo a státověda, I. díl, Obecná státověda, Linde, Praha 1998
- Pavlíček, V. a kol.: Ústavní právo a státověda, II. díl Ústavní právo České republiky, Část 1., Linde, Praha 2001

Tichý, L. Arnold R., Svoboda, P., Zemánek J., Král R., Evropské právo. 2. vydání.
Praha: C. H. Beck 2004

Truneček, J. a kol.: Management v informační společnosti, VŠE Praha, 1997

Winterová, A. a kol.: Občanské právo procesní, 3. vydání. Praha: Linde 2004

b) Články

Boguszak, J.: Právní principy, hodnoty, finalita, in: Právní principy, Vydavatelství 999, Pelhřimov, 1999

Boguszak, J.: Právo a postmoderní situace, Právník č.11/2005

Boguszak, J.: Stát a právo v postmoderním světě, Listy č. 5/2000

Bureš, J.: Novela OSŘ neznamena konec soudního řízení, MF DNES, 15. 3. 2005

Bystřina, I.: Právo a společnost (Úvahy in margine) Právník, č. 7/1966

Čapek, J., Gerloch, A.: Význam kategorie cíle v právní regulaci společenských vztahů, Právník č. 5/1986

Gerloch, A.: Princip právní jistoty v soudobém právu, in: Právní principy, Vydavatelství 999, Pelhřimov, 1999

Gerloch, A.: Záměrnost a spontánnost v působení práva, in: Právnícká fakulta UK 1348-1998, jubilejní sborník, Praha 1998

Gerloch, A.: Zamýšlení nad možnostmi zjišťování a zvyšování efektivnosti právní regulace, Právník č. 7/1986

Hungr, P.: Leon Petrazycki, Časopis pro právní vědu a právní praxi, č. 4/2001

Kindl, M.: Co platí? in: Ve službách práva, Sborník příspěvků k 10. výročí založení pobočky nakladatelství C. H. Beck v Praze. 1. vydání. Praha : C. H. Beck, 2003.

Maršálek, P.: K otázce utváření vztahu práva, morálky a náboženství od minulosti k dnešku. AUC – Iuridica č.1/2002

Mlčoch, L.: Ekonomika napadá suverenitu státu, Hospodářské noviny, 9. 11. 1999, str. 18.

Neumann, J.: K problematice zvýšení „role“ norem v motivaci lidského chování, Právník č.10/2002

Novotný, O.: Právní řád a prevence kriminality, in: Pocta Františku Šamalíkovi. Praha: ASPI Publishing, 2003

Pavlíček, V.: Problémy suverenity a integrace v současnosti, in: O české státnosti, 1. díl, Karolinum, Praha, 2002

Pavlíček, V.: Stát a právo v postmoderní situaci? in: O české státnosti, 1. díl, Karolinum, Praha, 2002

Pelikánová, I.: Hledání práva – nesprávnost v právu, in: Teoretické problémy práva na prahu 21. století. Pocta k 75. narozeninám prof. JUDr. Jiřího Boguszaka, DrSc., (editor A. Gerloch), Karolinum, Praha 2002

Posner, R.: The Decline of Law as an Autonomous Discipline, Harvard Law Review, 2/1987

Příbáň, J.: Sociologie práva: vývoj a trendy po roce 1989. Sociologický časopis, ročník 38, č. 1-2, Sociologický ústav AV Praha, 2002

Večeřa, M.: Platnost nejen jako právně normativní existence, in: Teoretické problémy práva na prahu 21. století. Pocta k 75. narozeninám prof. JUDr. Jiřího Boguszaka, DrSc., (editor A. Gerloch), Karolinum, Praha 2002

Večeřa, M.: Povaha práva, právo jako norma a hodnota, in: Pocta Františku Šamalíkovi. Praha: ASPI Publishing, 2003

Vlk, V.: Soudci – bezplatní poradci? MF DNES, 9. 3. 2005

Wagnerová, E.: Primát zákona nebo jednotlivce?, in: Zákon v kontinentálním právu (editoři: A. Gerloch, P. Maršálek), Eurolex Bohemia, Praha 2005

Wintr, J.: Právně politická metoda evropské integrace a návrh evropské ústavy, AUC – Iuridica č. 1-2/2004

Zemánek, J.: Evropská dimenze univerzitního právníckého vzdělávání, in: Právnícká fakulta UK 1348-1998, jubilejní sborník, Praha 1998

Zoulík, F.: Úvaha o naší současné legislativě, in: Ve službách práva, Sborník příspěvků k 10. výročí založení pobočky nakladatelství C. H. Beck v Praze. 1. vydání. Praha : C. H. Beck, 2003

c) Právní předpisy (vše v platném znění)

Úst. zák. č. 1/1993 Sb., Ústava České Republiky;

Usnesení předsednictva ČNR č. 2/1993 Sb. o vyhlášení Listiny základních práv a svobod jako součást ústavního pořádku České republiky;

Smlouva o založení Evropského společenství;

Evropská úmluva o ochraně lidských práv a svobod;

Zák. č. 140/1961 Sb., trestní zákon;

Zák. č. 141/1961 Sb., trestní řád;

Zák. č. 99/1963 Sb., občanský soudní řád;
Zák. č. 40/1964 Sb., občanský zákoník;
Zák. č. 65/1965 Sb., zákoník práce;
Zák. č. 513/1991 Sb., obchodní zákoník;
Zák. č. 586/1992 Sb., o daních z příjmu;
Zák. č. 121/2000 Sb., autorský zákon;
Zák. č. 3/2002 Sb., o církvích a náboženských společnostech;
Zák. č. 6/2002 Sb., o soudech a soudcích;
Zák. č. 150/2002 Sb., soudní řád správní;
Zák. č. 500/2004 Sb., správní řád.

SUMMARY

This thesis examines certain aspects of law in modern society. It focuses primarily on the chief functions of law in society from a sociological viewpoint.

The first chapter takes a general look at society today, and describes its main characteristics and their relevance to law. Firstly, dynamic change is constant and omnipresent in today's society. Law too is developing at a very dramatic pace, especially in connection with the Czech Republic's EU membership. Secondly, there is a notable shift of power in the state today. The state's sovereign power is being dissolved at an international level and decentralized on the local level. Within the state it is challenged by the growing power of the three "M": multi-national corporations, the media, and the mafia. Thirdly, some problematic aspects of modern politics and the making of the law are also examined. Despite of the above mentioned, the author concludes that there is no fundamental necessity to consider the present condition to be post-modern, rather than modern.

The second chapter takes a closer look at law and its relation to other social rules. The author stresses the importance of morality for the observance of legal rules. The conclusion is made that in the multicultural context of liberal democratic society, there seems to be a natural tendency towards a decrease of authority of moral rules, which leaves a determinable negative impact on the observance of legal rules.

The third chapter identifies the four main social functions of the law to be 1) the protection of fundamental human values, 2) the maintenance of social order, 3) the legitimization of public institutions and the exercise of power, 4) the reduction of uncertainty in social life. Some aspects of Czech law are critically analyzed, and it is concluded that much development is needed not only in the application of the law, but in the substantive law itself.

The fourth chapter provides a brief overview of postmodern legal thought and concludes that the Czech Republic is presently experiencing a post-communist rather than a post-modern condition. However, it is agreed that law seems to be rapidly approaching its outer limits and therefore traditional legal theory must prepare itself for a paradigm shift.