

UNIVERZITA KARLOVA V PRAZE
PRÁVNICKÁ FAKULTA

DISERTAČNÍ PRÁCE

Překážky efektivnosti práva

Obstacles to effectiveness of law

Vypracoval:

Hynek Baňouch

Školitel:

Prof. JUDr. Aleš Gerloch, CSc.

září 2010

Děkuji ctěným kolegům a kolegyním, kteří věnovali svůj čas diskusi a připomínkám k obsahu této disertační práce.

Děkuji vedoucímu práce profesorovi JUDr. Aleši Gerlochovi, CSc., za pomoc a důvěru.

Prohlašuji, že jsem disertační práci “Překážky efektivnosti práva” zpracoval sám a pouze s využitím citovaných pramenů.

V Litomyšli 21. září 2010

.....

Hynek Baňouch

1. Úvod

V tranzitivním období jsme byli v mnoha oblastech právní regulace konfrontováni s nepopiratelným faktem, že po přijetí právního předpisu se v aplikační praxi ne zcela daří dosahovat zamýšlených cílů. V některých případech není dokonce cílů dosaženo vůbec. Pozornost se obrací k sociální účinnosti práva, tedy k analýze rozdílů mezi zamýšlenou a skutečně dosahovanou efektivností právních norem. Efektivnost práva patří mezi témata, kterým se nevyhne žádná seriózní publikace o teorii práva.¹ Přestože jde o téma řazené do sociologie práva, snad žádný soudobý právní teoretik zabývající se pozitivním právem nemůže ze svých úvah efektivnost vyřadit.² Ve své práci jsem zaměřil pozornost k překážkám efektivnosti. Zřetelnou motivací k volbě tématu byla ambice popsat některé příčiny neefektivnosti práva s cílem předložit k diskusi některé metody jejich eliminace. Text zahrnuje i přepracované části studií, které jsem publikoval v průběhu doktorského studia.

Nejdříve je představen koncept abstraktní efektivnosti práva a poté následují jeho oborové varianty, tak jak je přináší teorie práva, ekonomie a sociologie. Klíčovou roli při efektivnostních úvahách hrají funkce a cíle práva, které jsou analyzovány ve vzájemné souvislosti. Následuje analýza role vědy, a to jak při zkoumání efektivnosti práva, tak při pokusech o odstraňování překážek sociální účinnosti práva. Poté přicházejí ke slovu kapitoly věnované vybraným překážkám efektivnosti práva, k nimž patří omezení regulačních možností práva, nestabilita právního řádu, neujasnění vzájemného vztahu mezi právem a politikou a pozornost je věnována i cestám ke zvyšování efektivnosti justice. Práce tak kombinuje všechny dostupné metody vyjádření a sledování efektivnosti práva a straní se přímočaré ekonomické ideologizace práva, která by byla nepřijatelnou redukcí funkcí a rolí, které právo jako formální nástroj sociální kontroly ve společnosti hraje.

¹ Boguszak, J., Čapek, J., Gerloch, J., ASPI, 2004, str. 309 nebo Knapp, V., Teorie práva, C. H. Beck, 1995.

² Srov. např. Hart, H.L.A.: Pojem práva, Prostor, 2004, str. 109-110, 288-289; Negativně k efektivitě čistě pojaté jako okamžitý poměr mezi výstupem a vstupem srov. Dworkin, R. Why Efficiency?, Hofstra Law Review, 1980, 563

2. Abstraktní vyjádření efektivity práva

Efektivnost práva a jeho prvků má více oborových koncepcí (ekonomická či sociologická či teoreticko-právní). Dříve než přistoupíme k jejich představení, seznámíme se nejdříve s teoretickou koncepcí efektivity práva (práv v objektivním smyslu). Tento pohled je nutný pro ujasnění si přínosů a úskalí zkoumání práva z pohledu efektivity.

Teoretickou efektivitou zde rozumíme podíl dosaženého cíle práva s vytyčeným cílem práva.

Obecné vymezení teoretické efektivity práva:

$$\text{Efektivnost práva} = \frac{\text{dosažený cíl práva}}{\text{vytyčený (zamýšlený) cíl práva}}$$

Již jen z tohoto vymezení teoretické efektivity vyplývá několik důležitých poznatků. Předně, efektivity práva bude vyjádřena číslem vždy menším, nejvýše rovným jedné, respektive v procentuálním vyjádření nejvýše rovném 100 %. V reálném světě však vždy půjde o číslo menší než jedna, resp. menší než sto, neboť vytyčený, zamýšlený cíl je ideální kategorií, k níž se realita může nejvýše blížit (limitně).

Dále je třeba mít na paměti, že v tomto vyjádření teoretické efektivity máme co dočinění se statickým vyjádřením efektivity práva, které probíhá mimo časovou dimenzi. A stejně tak platí, že zde pracujeme mimo prostor, resp. předpokládáme homogenní působení práva na celém prostoru jeho působnosti.

Teoretické vymezení efektivity práva je však v tomto pojetí příliš globální, protože pracuje s relativně neurčitým pojmem práva. Právo, lépe řečeno právní řád, se však sestává z dílčích částí. Z právních odvětví, z právních předpisů, z právních institutů, tedy z normových souborů. Základní částí normového souboru je právní norma. Níže se zamyslíme nad aplikací pojmu efektivity na jednotlivé části právního řádu a nad poučeními, která z takové aplikace plynou.

2.1 Efektivnost právní normy

Právní norma je základním stavebním prvkem právního řádu,³ jenž stanoví pravidlo chování (má býti). Efektivností právní normy E_{PN} v teoretickém vyjádření rozumíme podíl skutečného výsledku působení právní normy V_{PN} k cíli právní normy C_{PN} .

Efektivnost právní normy:

$$E_{PN} = \frac{V_{PN}}{C_{PN}}$$

respektive v procentuálním vyjádření:

Efektivnost právní normy [%]:

$$E_{PN} = \frac{V_{PN}}{C_{PN}} \times 100 \quad [\%]$$

Efektivností právní normy tedy rozumíme míru, v níž je reálně dosahováno pravidla chování stanoveného právní normou, a to ať už za působení negativní sankce, či bez jejího působení.

Vzhledem k všezahrnující regulatorní působnosti práva je nutno mít na paměti, že cílový stav předvídaný právní normou C_{PN} musí být dosažen ve všech případech, které norma upravuje, a právě tak skutečný výsledný stav V_{PN} musí být dosažen ve všech případech P (1 až m), na které právní norma dopadá.

$$V_{PN} = \sum_{i=1}^m P_i$$

kde P_i je reálná situace regulovaná sledovanou právní normou (PN).

³ Pro naše účely vystačíme s tím, že se zastavíme na úrovni právní normy, byť ta sama se dále skládá z hypotézy p , dispozice q a sankce, respektive působení právní normy je vyjádřeno čtyřčlennou definicí hypotéza dispozice porušení dispozice sankce (např. Gerloch, A.: *Teorie Práva*. 4. vyd. Plzeň: Aleš Čeněk, 2007, str. 39), resp. normou v pravém smyslu je konsekvent „má býti dispozice“, resp. „má býti sankce“ (konsekventy), a skutková část je skutkovou podmínkou právní normy - srov. Knapp.V.: *Teorie práva*. Praha: C. H. Beck, 1995, str. 155. Tím nijak nepopíráme užitečnost takových analýz pro normologické účely.

Právní norma však je povýtce analytickým prvkem právního řádu,⁴ který se ideálně vyskytuje v jednom právním předpisu. V praxi však jednak často narážíme na skutečnost, že jedna právní norma je obsažena ve více právních předpisech,⁵ a jednak svá očekávání kladená na právo odvozujeme od větších celků právního řádu, od normových souborů v podobě právních předpisů, právních odvětví či právních institutů.

2.2 Efektivnost normového souboru

2.2.1 Obecné normové soubory a jejich efektivnost

Normový soubor, tedy množina právních norem, je typickou částí právního řádu, k níž v praxi směřujeme svá očekávání efektivnosti. Dříve než přikročíme k analýze efektivnosti reálně se vyskytujících normových souborů (právní předpis či právní institut), rozebereme si institut efektivnosti normového souboru E_{SPN} .

Efektivnost souboru n právních norem je dána jako součin efektivností jednotlivých právních norem

Efektivnost normového souboru tvořeného normami 1 až n :

$$E_{SPN} = \frac{V_{PN1}}{C_{PN1}} \times \frac{V_{PN2}}{C_{PN2}} \times \frac{V_{PN3}}{C_{PN3}} \times \dots \times \frac{V_{PNn}}{C_{PNn}}$$

či jinak

$$E_{SPN} = E_{PN1} \times E_{PN2} \times E_{PN3} \times \dots \times E_{PNn}$$

tedy v symbolickém zápisu

$$E_{SPN} = \prod_{i=1}^n E_{PNi}$$

I zde platí, že efektivnost každé jednotlivé právní normy se pohybuje v intervalu $< 0;1 >$, ale s ohledem na povahu práva musíme vycházet z

⁴ K pojmu právní normy v podmínkách transformace srov. Jakab, A., Hollán, M., Dogmatické dědictví socialismu v dnešním právu: příklad z Maďarska in Právník č. 2/2006, str. 185–216.

⁵ Srov. např. Gerloch, cit. dílo, str. 109.

empirického poznatku, že zamýšleného cíle nebude možno nikdy dosáhnout v jeho úplnosti. Reálná efektivnost tak hodnoty jedna nikdy nedosáhne, a stejně tak u platné a účinné právní normy není praktické uvažovat s nulovou efektivností, vzhledem k reálnému počtu právních vztahů, které právní norma reguluje. Efektivnost se reálně pohybuje v intervalu (0;1), tedy s vyloučením hodnot nula a jedna.

Daleko zajímavější důsledek však plyne z faktu, že jednotlivé dílčí efektivnosti se na celkové efektivnosti podílejí v podobě součinu. Tato skutečnost totiž znamená, že výrazně snížená efektivnost byt' jen jediné právní normy. snižuje účinnost celého souboru právních norem. A stejně tak výrazně vyšší účinnost jedné právní normy sama o sobě nezvyšuje efektivnost celého normového souboru. Na místě je proto komplexní úsilí o efektivnost každé jednotlivé části normového souboru.

2.3 Efektivnost reálných normových souborů

2.3.1 Efektivnost právního předpisu

Typickým normovým souborem je právní předpis, tedy zákon, vyhláška či nařízení. Efektivnost právního předpisu E_{PP} je vyjádřena součinem dílčích účinností právních norem, které jsou součástí právního předpisu:

$$E_{PP} = E_{PN1} \times E_{PN2} \times E_{PN3} \times \dots \times E_{PNn},$$

kde E_{PN1} až E_{PNn} jsou prvky E_{PP} , tj. $E_{Ppi} \in E_{PP}$.

Právní předpis (novela právního předpisu) je při normotvorbě množinou právních norem, jimiž normotvůrce zamýšlí regulovat sociální realitu. Členové zákonodárského sboru chtějí-li přesvědčovat o tom, že pracují ve prospěch svých voličů, často sahají právě po poukazech na to, kolikže a jakých právních předpisů prosadili či iniciovali k přijetí. Právní předpis je v praxi nejčastějším normovým souborem, u něž klademe dotaz po jeho efektivnosti, což plyne z právně teoretické a politické logiky legislativního procesu, jehož typickým výstupem je právní předpis.

Z výše uvedených důvodů má právě právní předpis v praxi relativně nejpřesněji stanoven cíl, jehož chce dosáhnout, což je jedním

z předpokladů úspěšného vyjádření efektivity.⁶ Druhým z předpokladů je pak zjištění míry, v níž se podařilo zamýšleného cíle dosáhnout. A zde už jednoduchost končí, a to nikoli proto, že by nebylo možné zjistit a kvantifikovat míru dosažení cíle, ale proto, že právní řád je komplexní systém složený z mnoha prvků a vazeb mezi nimi, v němž je obtížná samotná izolace účinku právního předpisu a eliminace vlivů (ať už pozitivních či negativních) jiných součástí právního řádu. Obtíže, které při vyjádření efektivity práva plynou z komplexity právního řádu, nejlépe poznáme z následujících příkladů reálných normových souborů.

2.3.2 Efektivnost právního odvětví či právního institutu

Právní řád dělíme na právní odvětví a právní instituty (pro potřeby akademických zkoumání a praktického užívání). Právní odvětví může splývat s právním předpisem a právní institut s částí právního předpisu, ovšem mnohem častěji bude právní odvětví tvořeno právními normami obsaženými ve více právních předpisech a stejně tomu bude u právního institutu. A tak institut vlastnictví a jeho ochrany je obsažen nejen v právních normách občanského zákoníku, ale i v normách občanského soudního řádu, devizového zákona, Listině základních práv a svobod, trestního zákoníku, Protokolu č. 1 k Úmluvě o ochraně lidských práv a základních svobod či katastrálního zákona. A podobně právní normy odvětví pracovního práva se nevyčerpávají jen úpravou zákoníku práce, ale je třeba zahrnout i právní normy obsažené v občanském zákoníku, Listině, Mezinárodním paktu o občanských a politických právech, ale stejně tak v občanském soudním řádu.

Pro potřeby sledování efektivity odvětví (institutu) bychom vystačili s vyjádřením efektivity normativního okolí v konstantní formě. Typickou situací vyskytující se v praxi je neuspokojivost s konstatovaným stavem daného odvětví (např. obchodního práva), kdy řešení má spočívat v zásadní novelizaci jednoho z předpisů (obchodní zákoník). Celková efektivnost odvětví E_{Oc} , bude muset pracovat nejen s úzce vymezenou odvětvovou efektivností E_O (typicky ztotožněnou

⁶ I zde však musíme mít na paměti, že pracujeme se zjednodušením, které cíl vydaného právního předpisu ztotožňuje s politicky deklarovaným cílem odůvodňujícím podnět k jeho přijetí.

s efektivností klíčového právního předpisu), ale bude muset zahrnout i efektivnost procesního práva E_{PROC} , či přesněji s efektivností vynucení práva E_{VYN} :

$$E_{Oc} = E_O \times E_{PROC} \quad \text{resp.} \quad E_{Oc} = E_O \times E_{VYN}$$

Výše popsanou situaci, kdy je neuspokojivý stav efektivnosti právního odvětví řešen novelizací právního předpisu, pak lze vyjádřit jako celkovou odvětvovou efektivnost E_{Ocs} před novelizací, tj. za stávajícího stavu, a po novelizaci E_{Ocn} :

$$E_{Ocs} = E_{PPs} \times E_{VYN}; \quad E_{Ocn} = E_{PPn} \times E_{VYN},$$

kde E_{PPs} a E_{PPn} jsou efektivnosti klíčového právního předpisu před jeho novelizací (za stávajícího stavu) a po novelizaci.

Užitečnost podobných rozborů můžeme demonstrovat tak, že v praxi se při úvahách o zlepšení fungování právního odvětví úvahy soustředí jen na toto odvětví samotné. Od normativního okolí se odhlíží, resp. jeho vliv se považuje za konstantní. A skutečně, v posledně uvedeném vzorci, pokud bychom zvažovali efekt novelizace, bylo by možno vykrátit konstantní efektivnost procesního práva, resp. efektivnost vynucení:

$$e_n = \frac{E_{Ocn}}{E_{Ocs}} = \frac{E_{PPn} \times E_{VYN}}{E_{PPs} \times E_{VYN}} = \frac{E_{PPn}}{E_{PPs}}$$

kde e_n vyjadřuje efekt novelizace, přičemž **vždy** předpokládáme, že tento efekt bude větší než 1, neboť novelizace má stávající stav zlepšit.

Ve skutečnosti však není důvod považovat efektivnost normativního okolí, resp. efektivnost ostatních potřebných součástí právního řádu, za konstantní. Tato efektivnost se může v čase měnit, a to ať už díky faktorům vůbec nesouvisejícím s provedenou novelizací, tak přímo vlivem provedené novelizace.

2.3.3 Krátce o nezamýšlených důsledcích novelizace

Novelizace právního předpisu může zhoršit efektivnost procesního práva, či efektivnost vynucení, pokud přinese výkladové nejasnosti a komplikace (krátkodobé zhoršení), anebo pokud nastolí právní stav, za

něhož nelze vůbec, nebo jen v omezené míře, užívat některé vysoce efektivní nástroje, které byly užívány za dosavadní úpravy (dlouhodobé zhoršení).

Přitom je třeba mít na paměti, že každá novelizace přináší krátkodobý pokles efektivnosti, neboť s sebou nese nejistotu očekávání adresátů právní normy ohledně skutečného významu svého obsahu, kterážto nejistota postupně mizí s tím, jak se šíří znalost o skutečné povaze předpisu, a jak jsou získávány zkušenosti s tím, jak předpis interpretují ostatní adresáti, a jak se ustaluje výklad, s nímž s předpisem pracují orgány závazně jej interpretující.⁷ Poté vliv tohoto zhoršení poklesne. Nicméně všechny tři potenciální vlivy zhoršení je třeba mít na zřeteli vždy, když je prováděna novelizace, protože celkový efekt novelizace je na nich závislý. Dalším negativním vlivem novelizací bohužel pravidelně bývá zvýšení složitosti právního řádu (minimálně díky nutnosti zvážit, zda není třeba posuzovat věc podle úpravy platné v době, kdy nastala posuzovaná právní skutečnost). Zvýšená složitost právního řádu však celkovou efektivnost práva nutně snižuje, protože paradoxně zvyšuje entropii, neurčitost.⁸

Novelizační záměry přirozeně nejsou v praxi tak naivní, že by pomíjely vliv normativního okolí. I procesní právo je tradičně zahrnováno do komplexních novelizačních záměrů (nemáme zde na mysli jen tzv. novelizace procesního práva vynucené přijímanou změnou hmotného práva). Oblast obchodního práva je typickým příkladem odvětví, kde novelizace mající zvyšovat efektivnost odvětví směřují i do příslušných částí procesního práva.⁹ Zvýšení efektivnosti jedné části procesního práva však díky omezenosti rozsuzovacích a vynuocovacích kapacit může vést k oslabení efektivnosti práva v jiných odvětvích, když navíc není vyloučeno, že vliv zvýšeného důrazu na efektivnost jednoho

⁷ Mezi právem v knihách (normativní text) a právem v akci (skutečné chování adresátu právní normy) je vždy rozdíl.

⁸ Neurčitost zde neplyne z neexistence právní normy, a z toho plynoucí nejistoty, co je po právu, ale plyne z obtížnosti rozhodnutí, která norma má být aplikována.

⁹ Dostatečným dokladem této skutečnosti jsou např. ustanovení občanského soudního řádu upravující podle více či méně seznatelných kritérií věcnou příslušnost a kde obchodní věci tradičně dominují – srov. ust. § 9 odst. 2 a 3 zákona č. 99/1963 Sb., občanský soudní řád v platném znění.

odvětví na celkovou procesní efektivnost není neutrální, ale negativní. Lze totiž důvodně předpokládat, že vedle růstu složitosti a negativního vlivu výjimek může efektivnost v odvětví, které bylo „dárce“ kapacity, poklesnout více, než je vzrůst efektivnosti v odvětví, které zvýšenou kapacitu přijímá. Podobné přesuny kapacit musí vždy pečlivě vyhodnocovat, zda nedojde ke snížení efektivnosti té části právního řádu, z níž je kapacita přesouvána.¹⁰

2.4 Úskalí koncepce abstraktní efektivnosti

Výše uvedené rozborů abstraktní efektivnosti práva a jeho součástí napověděly, že intuitivně zřejmá definice (abstraktní) efektivnosti nám vždy nedává spolehlivou oporu pro náležitou analýzu práva. Velké obtíže činí správné začlenění poznatků o efektivnosti částí právního řádu do závěru o efektivnosti práva jako celku. Právní řád je vysoce komplexní a provázaný a izolace jevů (a tedy i částečné efektivnosti) je obtížně proveditelná. Navíc sledované zvýšení efektivnosti části právního řádu se nemusí projevit ve zvýšení efektivnosti práva jako celku.

2.4.1 Definice cílů a funkcí práva

Abstraktní efektivnost pracuje se zamýšleným cílem práva (ideální stav, kdy všechny normami regulované případy jsou v souladu s normou přikázaným/dovoleným/nezakázaným stavem) a porovnává jej se stavem skutečným. Avšak samotné vymezení cíle právní úpravy není tak jednoduché, jak se může na první pohled zdát. Cíle právní úpravy jsou totiž odvozeny od funkcí práva.¹¹ A rozlišení různých základních funkcí, tj. funkce rozsuzovací, funkce řádu, jakož i funkce společenské změny, nutně vede k identifikaci různých cílů té které právní úpravy. Nejméně problematická bude z tohoto pohledu funkce společenské změny, kde máme cílový stav z povahy věci jasně vymezen. U funkce rozsuzovací bude cílem právní úpravy zvýšení, resp. nesnížení schopnosti rozhodnout spor. U funkce práva jako nástroje řádu, do níž v tomto členění řadíme i funkci zvýšení jistoty očekávání (všech adresátů normy, i těch, co se

¹⁰ Jediným řešením, které umožňuje bezproblémový přesun kapacit, je deregulace.

¹¹ Viz kapitola Cíle a funkce práva.

s těmito adresáty mohou dostat do interakce) a snížení nejistoty (entropie), bude obtížné posoudit, nakolik daná úprava této funkcí prospívá, či škodí. Při vyjádření efektivity práva musíme věnovat zvýšenou péči náležité identifikaci cíle zkoumané úpravy.

2.4.2 Časový rozměr efektivity

Jak již bylo napovězeno výše, efektivity práva, má-li být užitečným konceptem, musí zohledňovat i rozměr časový. Právní úprava musí dosahovat sledovaného cíle v rozumném čase, a to ve všech regulovaných případech, resp. jinak řečeno, časové náklady té které právní úpravy musí být při sledování efektivity vyjádřeny. Srozumitelnost a jednoduchost právní úpravy, stejně jako obecná obeznamenost s právní úpravou, má významný vliv na efektivity úpravy v čase. Výše popsaná abstraktní efektivity časový rozměr neobsahuje. A proto by mohlo být matoucí, že jako efektivní by z výše popsaných vzorců efektivity vyšla úprava, která by aplikační proces sice zatěžovala významnými zpožděními, ale cíle by bylo dosaženo ve všech regulovaných případech. Poukaz na časový rozměr efektivity je užitečný, neboť si uvědomíme, že intuitivně užívané modely efektivity zamlčeně pracují s časem, který se limitně blíží nule, tedy že právní úprava působí v okamžiku své právní účinnosti a právní subjekty se jí řídí, jakmile nastane právní úpravou regulovaná situace. Tento pohled totiž odpovídá právní dogmatice, která vychází z postulátu bezpodmínečné vázanosti právem, formální publicity a zásady neznalost zákona neomlouvá.

2.4.3 Propustnost právní soustavy

Dalším momentem, který abstraktní efektivity pomíjí, je *propustnost* těch míst právní soustavy, která mají omezenou kapacitu. Propustnost se nedostává tolik ke slovu u funkce řádu, ale u funkce společenské změny a zejména u funkce rozsuzovací má propustnost procesních a vynucovacích kapacit významný vliv na celkovou efektivity právní úpravy, která je předmětem posouzení. Podobně jako u efektivity, kde výrazná neefektivnost jedné části významně snižuje

efektivnost celku,¹² také u propustnosti platí, že celková propustnost soustavy je tak velká, jak velká je propustnost nejméně propustného prvku celé soustavy. Soustava si tedy nemůže dovolit rezignovat na péči o propustnost všech svých částí. Tento jev je výrazný u justiční soustavy, kde např. v minulosti neuspokojivý stav kapacit vykonávacího řízení oslaboval efektivnost celé soustavy. Stejně tak snížení rozhodovací kapacity (a s ním spojené snížení propustnosti) kteréhokoli instančního článku soudnictví (například v důsledku zahlcení) sníží propustnost celé soustavy. Ale stejné jevy se uplatňují například u práva sociálního zabezpečení, kde snížení propustnosti kteréhokoli článku (typicky například sociální práce s klienty) dramaticky snižuje propustnost soustavy, byť by byla tvořena velmi sofistikovanými normovými soubory. Snížená propustnost pak automaticky snižuje efektivnost soustavy tam, kde je odkázána na omezené kapacity, neboť z ní plynou průtahy u celkové sumy právní úpravou regulovaných případů.

¹² Jde o vlastnost součinu čísel menších než jedna.

3. Oborová pojetí efektivity práva

Namísto výše popsané abstraktní, cílově-výsledkové koncepce efektivity práva, která je vyjádřením intuitivně zastávaného pojetí efektivity, jsou v praxi častěji užívány jiné koncepce hodnocení efektivity pravidel lidského chování. Diskursu efektivity dominuje koncepce ekonomická; téma sociální účinnosti pravidel lidského jednání je však typicky spojeno se sociologií práva. Teorie práva přirozeně přichází s vlastním vymezením efektivity. Nyní se u jednotlivých koncepcí zastavíme podrobněji.

3.1 Ekonomická efektivity práva

Ekonomické přístupy byly rozvinuty zejména v rámci vlivné teoretické školy *law & economics* (též „LAE“ nebo „L&E“)¹³, kterou reprezentují např. díla amerického soudce a právního teoretika Richarda Posnera či italského právního teoretika Bruna Leoniho¹⁴. Hlavní proud *law & economics* se stručně řečeno zabývá: „*aplikací ekonomické teorie a ekonometrických metod na zkoumání tvorby, struktury, procesů a dopadů práva a právních institucí*“¹⁵. Jak však uvádí ekonom Josef Šíma ve své učebnici *Právo a společnost*, samotný obor *law & economics* je velmi diferencován, zahrnuje celou škálu přístupů, z nichž mnohé odmítají výše uvedené „*efektivnostní*“ (obecně utilitaristické) paradigma.

3.1.1 Richard Posner: Ekonomická analýza práva

Za nejviditelnějšího představitele oboru právo a ekonomie (LAE) lze označit Richarda Posnera, jehož kniha *Economic analysis of law*¹⁶ patří mezi základní literaturu oboru. R. Posner vytvořil teorii, jež analyzovala právo a chování jeho aktérů standardními ekonomickými metodami, tedy

¹³ Toto označení se nepřekládá. Čeští zájemci se s LAE mohou seznámit například na stránkách <http://www.leblog.cz/> „*Law & Economics Blog - Blog o právu & ekonomii*“, kde naleznou odkazy na další zdroje.

¹⁴ Posner, R., *Economic analysis of law*, 6th ed., New York, Aspen Publishers, 2003. Leoni, B., *Právo a svoboda*, Praha, Liberální institut, 2007. Přehled o oboru může český čtenář získat ze skript: Šíma, J., *Ekonomie a právo*, Praha, VŠE, 2004.

¹⁵ Šíma, Josef, *Ekonomie a právo*, Praha, VŠE, 2004, str. 19, 34-41, 46.

¹⁶ Posner, Richard, A.: *Economic analysis of law*, 6th ed., New York: Aspen Publishers, 2003.

pomocí bilance ekonomicky pojaté výhodnosti. Právo je tak zkoumáno v rámci efektivnostního paradigmatu, pod úzkým zorným úhlem utilitaristické kalkulace, která má mj. sklon k objektivismu, resp. k poměrování výhod (posuzované alternativy) pro jednotlivce se součtem výhod jednotlivců tvořících celek.

Posnerova zakladatelská kniha, která se dočkala mnoha reedic, vymezuje ekonomický přístup k právu poměrně stručně,¹⁷ neboť podstata ekonomického zdůvodňování se opírá o základní koncepty hodnoty, užítku, efektivnosti a vzácnosti. Ekonomický koncept je aplikován na právo, přičemž si pro takovou aplikaci pro sebe dopředu nestanoví žádná omezení v otázce, jaký právní problém lze takto zkoumat, a proto se nezastavuje ani u otázek, které mají silný etický či hodnotový kontext,¹⁸ což je patrně energeticky nejsilnější zdroj odporu proti této teorii. Analýza začíná ekonomickou teorií vlastnictví a vlastnických práv,¹⁹ která je pro uvažování LAE klíčová, stejně jako teorie smluvních práv a jejich vynucení. Poté je koncept ekonomické analýzy aplikován na rodinné právo, právo trestní či přestupkové. Části angloamerického právního řádu *common law* (common law v užším smyslu) připisuje Posner implicitní ekonomickou logiku a staví vedle sebe vývoj práva a ekonomický růst. Poté se Posner věnuje klasickým předmětům zájmu ekonomie ve vztahu k právu, totiž oblasti veřejné regulace trhu (regulace monopolů, antitrustové právo, trh práce) a nemůže vynechat ani regulaci subjektů obchodního práva a finančních trhů. Redistribuci bohatství a příjmovým nerovnostem je rovněž věnováno významné místo. I zde Posner pracuje metodou případových studií, při nichž na jednotlivé právní a společenské instituty aplikuje ekonomickou analýzu. A protože se kniha snaží o komplexní analýzu práva, věnuje se Posner i právu procesnímu a vynechat pochopitelně nemůže ani právo ústavní.

¹⁷ Posner, cit. dílo, str. 23-29.

¹⁸ A tak jsou ekonomicky analyzovány nejen minimální mzda, daňové právo, ale i rozvod, náhradní mateřství, kriminální recidiva, nutná obrana. Stejně nástroje zaměřuje i na otázky vraždícího dědice (op. cit. str. 517), rasové diskriminace, či se pokouší vyjádřit náklady svobody projevu a náboženské svobody.

¹⁹ Tamtéž, str. 31–93, str. 249-253, 465-525 a 527-646.

Ekonom Robert Holman charakterizuje²⁰ Posnerem vymezenou analýzu jako přístup, který zkoumá účinky alternativních právních pravidel na motivace a chování lidí, jejich dopad na ekonomickou efektivnost a na otázku pátrající po tom, čím se řídí chování tvůrců práva. Jde podle něj o aplikaci teorie racionální volby na právo – na tvorbu právních pravidel a na vývoj právních institucí. Základní Posnerovou tezí je dle Holmana teze efektivnosti práva, podle níž common law odráží logiku ekonomické efektivnosti a spontánně se vyvíjí ve směru přijímání ekonomicky efektivních právních pravidel. V případech, kdy jsou transakční náklady prohibitivně vysoké, soudy přebírají funkci trhů a přidělují práva způsobem, jakým by to dělala dobrovolná tržní směna (nebýt vysokých transakčních nákladů).

Josef Šíma Posnerovu koncepci označuje za „efektivnostní“²¹, neboť vychází z konceptu maximalizace bohatství do té míry, že velmi chudí lidé „se počítají“, tj. jsou považováni za relevantní, jen tehdy, jsou-li součástí užitkové funkce někoho, kdo má bohatství. Právě z tohoto důvodu se podle Šímy nemůže stát tato teorie základem teorie společenského jednání, neboť ve společenství musí být uznáno právo každého jednotlivce vlastnit sebe sama, rozhodovat o sobě.

3.1.2 Bruno Leoni

Objektivisticky uchopeným utilitarismem se však záběr LAE nevyčerpává v celé šíři. Např. Bruno Leoni v souboru statí vydaných pod názvem „*Právo a svoboda*“²² stanoví výměr LAE daleko ambiciózněji, když poznatky o produktivní funkci konkurence a poznávací skepticismus aplikuje na celou oblast práva, neboť: „*Existuje více než analogie mezi tržní ekonomikou a decentralizovaně tvořeným právem právníků, stejně jako existuje více než analogie mezi plánovanou ekonomikou a legislativou*“. Leoni aplikuje přesvědčivou a průkaznou národohospodářskou analýzu neefektivnosti plánované ekonomiky na právní řád, k čemuž mu slouží analýza vztahů mezi svobodou

²⁰ Holman, R. Dějiny ekonomického myšlení, 3. vyd. Praha, C. H. Beck, 2005.

²¹ Šíma, op. cit., str. 53 a 68

²² Leoni, B. Právo a svoboda, Praha: Liberální institut, 2007, s. 15.

a donucením, svobodou a legislativou, jakož i legislativou a alternativními procesy vytváření práva.

Leoni na samém počátku šedesátých let minulého století upozornil na ničující důsledky inflace legislativy²³ na důvěru lidí v jistotu spojovanou s právem. A jeho slova znějí zcela současně. LAE v tomto pojetí zasahuje i do otázek dělby moci a ústavního práva, což byl přístup obvyklý i u klasické politické ekonomie. Legislativa, státní právo, jsou příliš vzdáleny impulsům a potřebám empirie na to, aby je slyšely, a jsou příliš mocné, než aby nezasahovaly do oblastí, do nichž nemusí.

3.1.3 Rakouská ekonomická praxeologie

Díky Josefu Šímovi máme již několik let k dispozici knihu *Ekonomie a právo*²⁴, která však není pouhým oborovým shrnutím, ale představuje vyhraněné uchopení tématu. Šíma se přiklání k rakouské ekonomické škole (a odklání se od školy spojené především s Posnerem), která vychází z jiného pojetí racionality a odmítá metodologický pozitivismus, proti němuž staví subjektivismus a vyzdvihuje prvek nejistoty a nepředvídatelnosti vývoje právního řádu (a společnosti).

Ústředním bodem uvažování je *nexus ekonomie a práva*, který studuje obousměrné vlivy mezi právem a ekonomikou. Jde o myšlenkový systém uplatňující konkurenci v oblasti tvorby práva, rozhodování sporů, ale i vynucování práva. Tím zaručí dosažení cíle společenského usilování – míru a prosperity (definované jako rozšiřování možností volby; míru je dosaženo pomocí jasných pravidel sloužících jako prevence konfliktu). Soudce v tomto pojetí, na rozdíl od pojetí Posnerova, nemá schopnost imitovat ideální svět, předvídat, co „by bylo kdyby“, není kognitivním supermanem, aby mohl (např. manipulací s institucí odpovědnosti či omezováním vlastnického práva) upravovat vlastnická práva směrem k vyšší efektivitě. Teorie zde staví paralelu mezi soudcem a centrálním plánovačem – oba nemají „objektivní“ znalosti, které by jim umožňovaly

²³ Srov. Leoni op. cit. s. 11-13 a 152,154.

²⁴ Šíma, J. *Ekonomie a právo*, Praha: VŠE, 2004.

úspěšně manipulovat s reálným světem plným nejistot, nerovnováh a subjektivit.²⁵ Jakýkoli objektivně pojatý princip efektivnosti je chimérou.

Inspirován rakouskou ekonomickou praxeologií a jejími důrazy na každodennost, subjektivní ohodnocování a nepoznatelnost sociální reality (a jejího vývoje) předvádí Šíma logický systém, jehož základními kameny jsou důsledná ochrana vlastnických práv, princip „počítá se“ každý člověk,²⁶ objevování pravidel a řešení probíhající evoluční cestou soutěže. Zkrátka „*princip svobodné volby musí být také vzorem pro právo a právní instituce*“ (Leoni).²⁷

3.1.4 Propojení intelektuálních aktiv právníků a ekonomů

Ústředním bodem modelu je zmíněný *nexus ekonomie a práva*, který vysvětluje obousměrné vlivy mezi právem a ekonomikou, tak jak tomu ostatně bylo již v zakladatelských dílech *politické ekonomie*. Potřeba propojit intelektuální aktiva právníků a ekonomů se obnovila. „*Law & economics*” se ustavila právě při hodnocení dopadů vznikající legislativy, přičemž byly zkoumány zejména normy, kterými se státní právo snaží regulovat monopoly.²⁸

Šíмова kniha nese podtitul „úvod do logiky společenského jednání“, kterou staví z perspektivy individuálních aktérů a jejich motivace k jednání. Ekonomie se již dlouhou dobou systematicky zabývá studiem lidského chování. Je zrádné přecházet její poznatky bez povšimnutí.

Myšlenka decentralizovaného práva je myšlenkou velmi radikální a není v podstatě zařaditelná do rámce naší současné právní vědy. Ani tento fakt by nás neměl odradit od myšlenkových experimentů (intelektuálního podnikání) s modely nexu ekonomie a práva. Již jen proto, že LAE nabízí celou škálu užitečných dílčích postřehů a východisek.

²⁵ Šíma, op. cit., s. 67, 69, 72, 74, 77, 78, 85, 86 127

²⁶ Jinak nejde o teorii společenskou; „počítá“ se i s lidmi nemajetnými, kteří z např. „vypadávají“ z Posnerových přísně utilitaristických kalkulací.

²⁷ Šíma, op. cit. str. 45, 49, 53, 81, 83, 97, 99, 105, 109.

²⁸ Šíma, op. cit. 19-20; k původní politické ekonomii srov. op. cit. str. 46 a 114.

3.2 Efektivnost měřená náklady?

3.2.1 Selhávání modelů čisté nákladové efektivnosti

Čisté nákladové pojetí efektivnosti ekonomickou efektivnost vyčísluje jako poměr vynaložených nákladů (často v podobě přímých státních výdajů) k dosaženým výsledkům, které je třeba rovněž finančně vyjádřit. Toto úzké, rozpočtové pojetí efektivnosti přitom hraje prim v rámci administrativních struktur, které obhospodařují informační zdroje pro rozhodování špiček legislativy a exekutivy (typicky jde o přístup ministerstva financí).

Nákladový přístup zcela selhává tam, kde je výstup daného opatření jen velmi obtížně finančně vyjádřitelný, anebo dokonce finanční vyjádření nemá. V těchto případech je totiž velké pokušení nikoli zastavit výpočet, nýbrž v něm pokračovat, čímž nelze dospět k žádnému jinému výsledku, než je ten, který dané opatření posoudí jako čistý výdaj bez efektu, a tedy mrhání veřejnými penězi.

Případů, kdy je finanční vyjádření přínosů vynaložených nákladů velmi obtížné, nebo nemožné, je daleko více, než by se mohlo na první pohled zdát.

SOCIÁLNÍ ZABEZPEČENÍ

Sociální zákonodárství je typickým příkladem velmi početné skupiny právních norem a předpisů, u nichž je při užití nákladové efektivnosti (zdánlivě správným) výsledkem čistá ztráta. K tomuto závěru dospějeme, ať už budeme uvažovat v modelu široce aktivního sociálního státu evropského typu, anebo v nějaké verzi minimalistického státu (v praxi fungující). Cílem těchto právních předpisů totiž je zajištění jisté úrovně standardu životních podmínek pro všechny členy společnosti (typicky jsou adresáty sociálně slabší občané), kdy právním titulem – důvodem poskytnutí plnění – je prostý fakt členství ve společenství, a skutečnost, že daný příjemce se nachází pod úrovní garantovaného standardu.²⁹

²⁹ Slabšími jsou zde senioři, matky „uvázané“ k péči o malé děti, lidé ve složitých životních situacích atd.

Žádné společenství totiž není udržitelné, aniž by zajišťovalo výhodné životní podmínky pro většinu členů společenství,³⁰ a tento suše pragmatický poznatek v posledku dává legitimizační základ sociálně-kompenzačnímu zákonodárství i ve společenstvech, která se vnějškově zaštiťují libertariánskou ideou minimálního státu, ale v praktické politice dbají na svou dlouhodobou udržitelnost (reprodukcii).

PRÁVO ŽIVOTNÍHO PROSTŘEDÍ

Průmyslová a postprůmyslová společnost dokázala zajistit dobrý životní standard nejširším společenským vrstvám, avšak za cenu úbytku volné krajiny a nárůstu zemědělské půdy, na níž se hospodaří průmyslovým způsobem. Vzrostly rovněž emise, imise a celkové znečištění, přičemž škůdce je anonymní, či obtížně dohledatelný, což eliminuje účinnost tradičních právních nástrojů.

Také náklady vyvolané environmentálním zákonodárstvím nemají jasný, měřitelný protipól v přínosech, neboť na druhé misce vah stojí vedle racionálních argumentů,³¹ často argumenty etické, estetické a ideologické. Vše je umocněno tím, že podobné zákonodárství vždy zmenšuje míru svobody a též tím, že ve společenských rozhodovacích systémech je příroda z povahy věci zastoupena zprostředkovaně a ustoupení od antropocentrických modelů rozhodování a tvorby vůle zatím nenabízí alternativu, která by prakticky fungovala, a která by neohrožovala již dosažený standard ochrany jiných statků.

Ovšem neschopnost dohledat výnosový protipól nákladů environmentální legislativy nemůže vést k závěru, že jsou společensky neefektivní. V českých podmínkách by bylo obtížné obhájit tezi, že jakýkoli relevantní společenský efekt postrádala legislativa, která v uplynulých dvaceti letech vyvinula tlak na zvýšení energetických úspor

³⁰ Ve společnostech demokratických jde o většinu prostou, když rovnováha je zajišťována mechanismem pravidelných voleb do zastupitelských orgánů; v autoritativních režimech nejde o většinu početní, ale o většinu silovou. Ale také autoritativní režimy všech dob musí vytvářet alespoň iluzi legitimacy a spravedlnosti uspořádání pro početní většinu, protože jinak by mohl být panující řád svržen, redefinován, ve prospěch početní většiny.

³¹ Například doktrína trvalé udržitelnosti je obdobou předběžné opatrnosti, a není důvod ji považovat za součást čistě racionální argumentace. Při realizaci kroků, které budou mít masový dopad, je dobré zvážit, zda nebude nastoupen trend, který brzy tvrdě narazí na již teď dohledatelné meze.

3. OBOROVÁ POJETÍ EFEKTIVNOSTI PRÁVA

budov, eliminaci automobilových exhalací (bezolovnatý benzín, povinné katalyzátory) nebo třídění odpadu, či odsíření hnědouhelných elektráren nebo ochranu některých cenných území před výstavbou, přeměňující naši krajinu v souvislé pásmo skladišť a montoven automobilů. Přitom přímé náklady této legislativy se od začátku pohybovaly v řádu miliard Kč.

Ze shora uvedené charakteristiky norem práva životního prostředí plyne, proč je nákladová metoda spolehlivou zbraní proti environmentální legislativě, avšak její relevance je nanejvýš sporná. Nákladová metoda však má pevné místo v rámci kroků zvažujících únosnost uvažované regulace pro regulované subjekty.

PRÁVO NA PRÁVNÍ POMOC

Právní předpisy garantující ústavně zaručené právo na právní pomoc jsou dalšími z příkladů omezených možností nákladové efektivity, neboť jejich přímá nákladová bilance je záporná. Přesto jsou advokáti, jako institucionální nositelé záruk práva na právní pomoc, důležitými činiteli vlády práva,³² a protože vykonávají svou činnost na podnikatelském principu, musí mít garantováno finanční plnění za poskytnutou službu.

Tyto úvahy jsou stále aktuální, protože stávající garance práva na právní pomoc (povinnost nutné obhajoby v závažnějších trestních věcech nebo možnost ustanovit zástupce z řad advokátů účastníkovi civilního řízení osvobozenému od soudních poplatků) nejsou s postupující transformací společnosti dostatečné, neboť vlivem přerušené tradice absentují jiné instituty (například právní kliniky zapojující do právní pomoci studenty práv či povinná občanská služba členů advokátní komory), které v zemích s nepřerušným vývojem právního státu garantují právo na právní pomoc i v případech, kdy účastník nesplňuje

³² „Advokáti jsou důležitými aktéry systému vlády práva, který je v důsledku vysoce ekonomicky přínosný (srov. Posner, R. A., *Economic analysis of law*, 6th ed., New York, Aspen Publishers, 2003, str. 266 - 268, 541 - 542). Státní garanci hrazení nákladů ustanoveného obhájce, jenž v určitých případech musí v zájmu fair procesu zastupovat obviněného, je totiž nutno z ústavního hlediska chápat jako vytvoření nezbytných materiálních podmínek realizace práva na právní pomoc (čl. 37 odst. 2 Listiny).“ (nález sp. zn. IV. ÚS 167/05 ze dne 26. 4. 2005, N 94/37 SbNU 277).

3. OBOROVÁ POJETÍ EFEKTIVNOSTI PRÁVA

podmínky přidělení bezplatné právní pomoci,³³ a právní pomoc poskytovaná na podnikatelském principu je pro něj nedostupná.³⁴

V českých podmínkách je tak *via facti* z kvalitní pomoci vyloučena velmi široká skupina osob, které vydělávají méně než průměrnou mzdu, ale příjmově jsou vzdáleni od mzdy minimální. Jsou tak odkázáni na pokoutní poskytovatele právní pomoci,³⁵ kterými advokáti velmi pohrdají nedoceňující, že monopol na výkon advokacie ve spojení s ekonomickou hranicí rentability právního sporu (z pohledu advokáta) vytváří mezeru v dostupnosti právní pomoci.

Citelně je tento nedostatek viditelný u nejfrekventovanějších sporů o zaplacení, které vedou pojišťovny či dopravní podniky, kde se předmět sporu pohybuje od 500 do 2000 Kč a náhrada nákladů zastoupení žalobce přesahuje 8000 Kč. Právní zástupce žalobce jej takto zastupuje v tisíci sporů a kalkulace rentability tak díky výši odměny počítá s vysokou mírou neúspěšnosti návrhů. Žalovaní se přitom v advokátsky vedeném sporu obtížně orientují,³⁶ a často prohrají, ačkoli by se břemene žaloby zbavili jednoduchou námitkou (například námitkou promlčení nebo námitkou neústavní výše odměny zastoupení).³⁷ Zprostředkovaná újma práva na spravedlivý proces plyne z toho, že soudy se věnují žalobám, které by při odpovědném posouzení cílové výnosnosti nebyly podávány, což ubírá čas na případy, kde je naplnění rozsuzovací funkce naléhavé.

PRÁVO ZABEZPEČUJÍCÍ REALIZACI AUTONOMIE VŮLE

Růst prostoru svobody je provázen růstem počtu právních předpisů zabezpečujících fungování sféry svobodného lidského jednání. Tohoto paradoxu, který je stále aktuální, si v 19. století všiml Émile Durkheim,³⁸ který upozornil, jak v soukromém právu růst smluvní svobody vyžaduje

³³ Úspěšný žadatel musí být v hmotné nouzi, nebo bez výdělkových možností.

³⁴ Na menším městě činí „hranice relevance“ sporu pro advokáty cca 20.000,--Kč, ve větších městech půjde o větší částku, a to bez ohledu na odhad výsledku sporu.

³⁵ Jak členové advokátní komory říkají, „vinkláře“.

³⁶ Advokátskému procesu tedy rozumí soud, žalobce, ale nikoli žalovaný.

³⁷ Nerovnost zde je zjevná a mohla by být kompenzována například tím, že ve sporu do určité hranice výše předmětu sporu by nebylo vůbec rozhodováno o nákladech řízení, anebo by celkové náklady řízení u sporů, kde neproběhlo více než jedno jednání, byly limitovány do ½ výše punkta. Odpadly by tak sériové žaloby proti týmž účastníkům, resp. motivace podávat je odděleně, což zvětšuje počet vedených řízení nalézacích i vymáhacích, což by mělo multiplikační efekt.

³⁸ srov. Durkheim, E., Společenská dělba práce, Brno, CDK, 2004, str. 183–185.

3. OBOROVÁ POJETÍ EFEKTIVNOSTI PRÁVA

vznik právních předpisů zabezpečujících realizaci této svobody. Pro podepření aktuálnosti této úvahy můžeme nahlédnout do kteréhokoli evropského civilního kodexu, v části upravující smluvní typy. Obsáhlý, stále mohutnější aparát práva duševního vlastnictví, či práva informačních technologií, včetně růstu vynucovacích kapacit, je přesvědčivým dokladem o tom, jak je svoboda internetové doby podepírána aparátem právních předpisů. V nákladovém pojetí efektivnosti jsou všechny tyto předpisy čistým výdajem, protože jejich výnosy se projevují jen zprostředkovaně.

INSTITUCIONÁLNÍ STRUKTURA STÁTU – EXEKUTIVA

Právo upravující institucionální strukturu státu rovněž přináší na vstupu „čisté výdaje“, což je zásadní prvek všech snah o snižování administrativní zátěže cestou rušení úřadů a ministerstev. Tyto snahy jsou na první pohled velmi sympatické, a proto snadno získávají širokou společenskou podporu. Praktické výsledky a důsledky těchto snah jsou však skromnější než úvodní proklamace.

Ve sněmovním volebním období 2006–2010 bylo na začátku zrušeno sotva zřízené ministerstvo informatiky, což bylo legitimováno ministrem vnitra jako boj proti byrokracii. Jistě. Ubyly přímé výdaje na tento resort, ale nyní by nemělo být obtížné vyčíslit, kolik nákladů skutečně ubylo a které pouze změnily zařazení pod rozpočtovou kapitolu. Podobné pokusy nás spíše utvrzují v tom, že byrokracie je průvodním jevem moderní společnosti (jak analyzoval a úspěšně předpověděl Max Weber) a boje proti byrokracii jsou tak staré jako byrokracie sama. Citovaný příklad ukazuje, že značný podíl na úspěšném „zrušení ministerstva“ měl fakt, že se jednalo o ministerstvo nové, a že ostatní ministerstva úspěšně zabojovala proti oslabení moci, která se pomocně měří počtem spravovaných agend. Přitom vznik nového úřadu nemusí být sám o sobě důkazem růstu byrokracie, ale neustále probíhajícím procesem vydělování funkcí (funkcionální diferenciací), kdy nově vzniklé zaměření (funkce) je odrazem proměny společnosti. Nová instituce může zrovna tak umožnit lepší, přesnější a efektivnější zaměření na sledované cíle, které umožní odbřemenění těch institucí, které dosud

3. OBOROVÁ POJETÍ EFEKTIVNOSTI PRÁVA

vykonávaly činnosti, které je možno nahradit nově vzniklou institucí. Tento proces již tři sta let úspěšně funguje v rámci dělby práce. Navíc logika budování exekutivy sleduje i jiné cíle, například bránění přílišné koncentraci moci, což je rovněž legitimní cíl,³⁹ jehož dosahování je potřeba též zohlednit při nákladově vyčíslené efektivnosti.

ORGANIZAČNÍ PRÁVO VRCHOLNÝCH SLOŽEK VEŘEJNÉ MOCI

Samostatnou kapitolou předpisů, které nelze hodnotit čistě nákladovou metodou, jsou předpisy, na základě nichž fungují ministerstva, úřad vlády, Nejvyšší kontrolní úřad či kancelář prezidenta republiky. Právní předpis předvídá vznik a fungování instituce a to vyžaduje určitou sumu rozpočtových výdajů, které je nutno poměřit s výnosy. Příkladně-li se této logiky, budou neefektivní všechny instituce tohoto typu.

PRÁVO TVORBY ZÁKONŮ A PRÁVO VYNUCJÍCÍCH KAPACIT

Rovněž tvorba zákonů vyvolává náklady na provoz zákonodárných těles, jimž neodpovídají měřitelné výnosy, a zde čistě nákladová metoda selže. Stejně neuspokojivou nákladovou bilanci bude mít právo vynucujících kapacit. Produkovaný statek pořádkové či kriminální policie nebo policie městské lze jen obtížně přímo porovnávat s vynaloženými náklady. Pokud bychom na tomto místě uvažovali ve vztahu k vynucovacím kapacitám o výnosech z uložených negativních sankcí (jako jsou pokuty či peněžité tresty), pak nelze pominout zkušenost zaznamenanou i u nás, kdy tímto způsobem dojde k zainteresování vykonavatele na ukládání co nejvíce a co nejvyšších sankcí.⁴⁰ Jde o ukázkové přemístění cíle, neboť cílem vynucujících kapacit je zajišťování stavu, kdy právo není porušováno, a trestání je jen sekundárním a ne vždy účinným prostředkem k dosažení tohoto cíle.

JUDIKATIVA

Právo zabezpečující fungování soudní moci je v podobné situaci jako právo vynucujících kapacit. Produktem soudní moci je plnění

³⁹ Právě český model ministerstva vnitra představuje instituci se silně koncentrovanou mocí, danou jak vládou nad vynucovacími kapacitami, tak množstvím informací o občanech (*scientia potentia est*).

⁴⁰ Vybírání pokut za překročení maximální rychlosti městskou policií.

rozsuzovací funkce, což opět nepřináší žádné přímo měřitelné výnosy, zato náklady jsou velmi viditelné.⁴¹

Ačkoli Ústavní soud není součástí soudnictví, příklad veřejně prezentované reflexe jeho rozhodování ukazuje na úskalí intuitivně používané nákladové metody: zruší-li Ústavní soud zákon, neboť nebyl podřaditelný pod akceptovatelnou interpretaci příslušného ústavního zákona, převládne interpretace podaná „poraženým“ orgánem veřejné moci, který okamžitě dodá vyčíslení fiskálních nákladů tímto orgánem předvídaného řešení „v duchu“ rozhodnutí Ústavního soudu, přičemž z logiky rétorické techniky vyplývá, že je vybrána extrémní varianta ve svém nejméně příznivém průběhu. Stejně argumenty zaznívají i u rozhodnutí v daňových věcech, ať už se s výkladem zastávaným daňovou správou neztotožní Ústavní nebo Nejvyšší správní soud.

Podobný výklad je však výsledkem hlubokého nedorozumění, neboť výsledkem práce soudu je vždy interpretace práva, a pokud by soud měl vyloučit výsledek interpretace, která je podle něj správná, jen proto, že bude mít fiskálně nepříznivé důsledky, pak by selhal ve funkci, k níž byl povolán.⁴²

Nákladová efektivita je obecně použitelná při srovnávání nové a staré úpravy, avšak jen tam, kde tyto úpravy zavádějí stejný standard. Pokud je standard novou úpravou měněn, musí to být buď promítnuto do nákladové bilance, anebo musí být konstatována její nepoužitelnost pro nesrovnatelnost úprav.

3.2.2 Komparativní efektivnost a úsporné užívání zdrojů

Všechny výše uvedené příklady skupin právních norem, u nichž aplikace čistě nákladové efektivnosti dává nepoužitelné výsledky, byly zmíněny nikoli s cílem podpořit odmítnutí možnosti vyhodnocovat efektivnost

⁴¹ A nemalé, neboť v českém pojetí se pod náklady soudní moci počítají i náklady na celou širokou oblast vězeňství.

⁴² Přirozeně to neznamená, že by ekonomické argumenty neměly při rozhodování žádnou váhu. Ostatně některé analytické nástroje používané při rozhodování, jako je test proporcionality (při zvažování způsobilosti různých prostředků k dosažení cíle) nebo *rational basis test* (ekonomická kritéria jsou podřaditelná pod hledisko racionality). Ovšem fiskální nákladnost sama o sobě interpretační relevanci nemá.

takových norem nákladovým pojetím efektivity, nýbrž proto, aby upozornily na nutnost volit pro tyto případy adekvátní koncept efektivity.

KOMPARATIVNÍ EFEKTIVNOST

Užitečným konceptem efektivity zohledňujícím přímé náklady je například komparativní efektivity, která pracuje srovnávací metodou a sleduje, jaké náklady má posuzovaná regulace ve srovnání s alternativními možnostmi dosažení cíle. Tedy i v právu sociálního zabezpečení lze posuzovat výsledek vynaložených prostředků s jinými cestami, které slouží k dosažení obdobného cíle. A to včetně cest neprávních, protože stav, kdy cíle v oblasti sociálního zabezpečení (například bránění sociálnímu vyloučení nebo zajištění minimálního standardu lidské důstojnosti) jsou dosahovány výhradně právními prostředky v podobě nových regulací, je spíše než projevem nezbytnosti patologickým znamením doby legislativního optimismu a nesnesitelné lehkosti produkce právních předpisů.

Regulace zavádějící nové dávky či upravující parametry pro poskytnutí stávajících dávek, je jen jednou z možností, jak prostřednictvím veřejných prostředků dosahovat cílů v oblasti sociálního zabezpečení. Sociální inkluze či garance minimálního standardu lidské důstojnosti může být dosaženo i kvalitními programy sociální práce, vytvořením prostoru (či alespoň odstranění překážek) pro projevy běžné lidské solidarity a účasti s bližními či podporou programů ukazujících cesty ze sociálních pastí, které často vytváří sám systém, v němž administrativně-právní nástroje sociálního zabezpečení hrají prim.

S alternativními řešeními musí být konfrontováno i právo vynucujících kapacit, kdy např. cílů policie – garance veřejného pořádku lze dosahovat jak represivními kontrolami a přímou represí, tak prevencí a dobrou informační politikou. Stejně poznatky se týkají i trestní politiky, kde zažíváme tlak na užití alternativ trestní represe už velmi dlouho, neboť dynamika růstu nákladů na vězeňství není v relaci s dynamikou produkční schopnosti naší společnosti.

Komparativní efektivity může poskytnout dobrou službu při sledování hospodárného využívání veřejných zdrojů při zabezpečení

prostého fungování institucionálních struktur státu. Má smysl ptát se po průměrných nákladech na chod vlády, na činnost jednoho poslance či soudce. Má smysl mít představu, jakou jednotkovou cenu má jeden zákon. A stejně tak má smysl vyhodnocovat, kolik peněz má to které procesní řešení,⁴³ protože i zde může být sledovaný cíl (zabezpečení rovnosti či právo na spravedlivý proces) poměřován s jinými ústavně chráněnými hodnotami a finanční vyjádření zde může sehrát pomocnou úlohu. Efektivnostní úvahy byly v procesním právu vždy přítomny a procesní právo vždy obsahovalo výluky z ochrany,⁴⁴ o jejichž přípustnosti či nepřípustnosti v posledku rozhoduje *communis opinio doctorum*, a informace o nákladech alternativních postupů by mohla být jedním z pestré palety zdrojů, na jejichž základě se postupným procesem utváří společné mínění těchto tvůrců živého práva.

Svůj úkol zde má i česká právní akademie, protože jakkoli je právo říší jednoznačných norem, idealit a neporušitelných principů, ani jemu se nevyhýbají otázky, jimž musí čelit například onkologie: tedy kde je hranice nákladů (nemusí jít jen o náklady finanční, ale i náklady časové), za níž už musí být péče věnována jednotlivému případu v nějaké formě omezena, ve prospěch případů jiných, neboť jinak nebude pomozeno ani jednomu. Jsem si velmi dobře vědom etické vypjatosti podobných úvah, stejně jako faktu, že „účetní“ zjištění nemohou mít v těchto věcech poslední slovo, avšak když mohla česká učebnice lékařství již v první polovině 90. let minulého století obsahovat fundovanou kapitolu o ekonomických souvislostech diagnostiky a léčby,⁴⁵ pak snad není přepjaté přát si, aby i učebnice a pojednání o různých oblastech práva obsahovaly úvahy o ekonomických souvislostech předkládaných

⁴³ V praxi jsem zažil debatu holandského představitele okresního soudu, který předváděl úvahu na téma, jak procesně naložit s civilním rozkazním návrhem (v oblasti spotřebitelských smluv), který ve svém základu obsahuje důvod absolutní neplatnosti, ale zavedená praxe výkladu procesních předpisů.

⁴⁴ Nejde jen o jednoinstančnost u bagatelních sporů, ale i o výluky z ochrany pomocí správních žalob, příkazní a rozkazní řízení, řízení před samosoudcem, zvažování účelnosti znaleckého posouzení, a tak dále a tak podobně.

⁴⁵ Bylo tomu například učebnice Vnitřního lékařství kolektivu vedeného profesorem Pavlem Klenerem. Medicína zde nebyla vybrána náhodně, neboť i zde je na první pohled užití ekonomických nástrojů analýzy nízké a neetické (Podobné výhrady setrvale vznáší sociolog Jan Keller). V lékařství, stejně jako v právu stojí poskytovatelé služby před otázkou, jak s omezenými prostředky poskytnout statek co nejvíce lidem tam, kde to bude s vysokou pravděpodobností účinné.

3. OBOROVÁ POJETÍ EFEKTIVNOSTI PRÁVA

právních řešení.⁴⁶ Alespoň předestření těchto úvah je prvním krokem k odpovědnému posouzení jejich relevance pro život práva.

HOSPODÁRNOST VYUŽÍVÁNÍ VYČLENĚNÝCH ZDROJŮ

Právo životního prostředí může být dobrým příkladem prostoru pro užití nástrojů sledujících, zda přidělenými zdroji není plýtváno. Ekologicky zaměřené názory mají širokou veřejnou podporu, což se vhodně potkalo s potřebou subjektů užívajících veřejné peníze „prostavět“ co nejvíce peněz.⁴⁷ Ekologické iniciativy zde již řadu let slouží jako vhodný legitimizační štít⁴⁸ i hromosvod pro případný hněv nad přílišným zatížením státní pokladny. Pozornost od otázky efektivního nakládání s veřejnými zdroji je tak zdárně odvedena, neboť zvýšené náklady jsou přičteny ekologickým požadavkům. Ovšem i u práva životního prostředí je třeba klást důraz na co možná nejpřesnější definici cíle, což umožní posoudit adekvátnost vynaložených nákladů a porovnat tyto náklady s alternativními cestami k jejich dosažení.

Efektivnost využívání zdrojů totiž neoznačuje za plýtvání samotné vynaložení peněz, ale pozornost přesouvá k otázce, v jaké míře a jak

⁴⁶ Podobné úvahy již pronikají do judikatury delší dobu: „Nelze přehlédnout, že dovolacímu soudu je tak vytvořen prostor pro jistou selekci podání a zabránění jeho zahlcení podáními, kterým sice v dovolacím řízení nelze vyhovět, ale jejichž projednání běžnou procedurou by blokovalo rozhodovací kapacitu dovolacího soudu, a omezovalo by tak ostatní dovolatele v jejich právu na projednání věci v přiměřené lhůtě. Jinými slovy, právo na veřejné projednání věci, v níž nelze dosáhnout úspěchu v dovolacím řízení, zde neobstojí v konkurenci s právy ostatních dovolatelů.“ – srov. usnesení Ústavního soudu sp. zn. I. ÚS 176/04 ze dne 11. 5. 2004 (U 31/33 SbNU 515) –vše dostupné z: nalus.usoud.cz; či „řízení o ústavní stížnosti v případech, kde se jedná o bagatelní částky, by bezúčelně vytěžovalo kapacity Ústavního soudu na úkor řízení, v nichž skutečně hrozí zásadní porušení základních práv a svobod.“ usnesení sp. zn. II. ÚS 225/08 ze dne 1. 2. 2008 či „schopnost porušit základní práva a svobody je třeba posuzovat materiálně v kontextu aktuálních sociálních a ekonomických poměrů ve společnosti (tedy v okamžiku rozhodování Ústavního soudu). Jak uvedl Ústavní soud, nelze takový výklad chápat jako *denegatio iustitiae*, nýbrž jako promítnutí celospolečenského konsenzu o bagatelnosti výše uvedených sporů do výkladu základních práv, resp. do stanovení jejich hranice“ (usnesení sp. zn. III. ÚS 1293/10 ze dne 27. 5. 2010).

⁴⁷ Srov. například navrhovaný tunel pro rychlostní silnici Bzeneckou Doubravou – http://byznys.lidovky.cz/tunely-v-uplne-rovine-aneb-jak-sikovne-prostavet-co-nejvice-penez-p9v-/ln-doprava.asp?c=A100313_192003_ln-doprava_ter. Anebo projekt pražské cyklostezky: http://www.tyden.cz/rubriky/domaci/praha-ma-nejdrazsi-cyklostezku-v-evrope-za-150-milionu_157173.html.

⁴⁸ I v případě citovaném výše byl požadavek na tunel prezentován jako výhradní dílo tlaku ekologů: http://byznys.lidovky.cz/ekologove-brani-ptaky-pred-dalnici-r55-navrhuj-podzemi-tunely-psk-/ln-doprava.asp?c=A091009_153031_ln-doprava_nev. Pověstné „tunely pro žáby“ jsou tak poznávacím znakem šikovnosti legitimizačních taktik stavebních a pozemkových lobby.

úspěšně je penězi nevyjádřitelný cíl dosahován pomocí vyčleněných prostředků. Typickým příkladem může být právo na právní pomoc, kde však nejsou systematicky sledovány údaje o tom, jak kvalitní je služba, na níž jsou vynakládány veřejné prostředky,⁴⁹ a zda by neměly být utraceny jinak, tedy že zdroje by měly být přesunuty k jiné činnosti v rámci práva na právní pomoc (srov. příklady zmíněné výše).

NEKVANTIFIKOVATELNOST VÝSTUPU ZVYŠUJE DŮRAZ NA PRECIZACI CÍLŮ

U právních regulací, kde je z povahy věci měřitelný výnos nulový nebo neměřitelný, je nutné posuzovat účelnost vynaložených nákladů, ať už zmíněnou komparativní metodou, nebo metodou posuzující hospodárnost užívání zdrojů či metodou jinou. Všechny takové metody jsou však závislé na dobré a přesné definici cíle posuzované právní úpravy. Je-li cíl definován vágně, či způsobem, který dopředu znemožňuje odlišit tento cíl (a činnosti směřující k jeho dosažení) od cílů jiných, pak je dopředu marné hledání odpovědi na otázku, zda byly náklady využity hospodárně.

Neujasněnost cíle je v rozporu s požadavkem racionální právo tvorby a není pochyb o tom, že legislativní vůle vedená vágně vyjádřeným cílem je jednou z příčin překotnosti zákonodárné produkce v naší zemi.

3.3 Analýza ekonomických dopadů regulace (RIA)

Pojednání o koncepcích efektivnosti práva užívaných v praxi se nemůže obejít bez zmínky o analýze ekonomických dopadů (nové) právní regulace – *Regulatory Impact Assessment* (RIA), což je koncept hodnocení zákonodárných záměrů původně vyvíjený na bázi OECD.⁵⁰ Nyní se RIA podle usnesení vlády č. 877 ze dne 13. srpna 2007 stala

⁴⁹ U českých soudů lze prakticky každodenně zaznamenat zcela formální výkon nutné obhajoby v podání obhájců ex offio a lze se stále setkat s případy, kdy ustanovený advokát vychází více vstřícně požadavkům orgánů činných v trestním řízení, na nichž je závislý v otázce dalšího ustanovení, než požadavkům kvalitní obhajoby klienta, a to i tam, kde jsou tyto požadavky v konfliktu.

⁵⁰ K takovým snahám na půdě OECD srov. Grospič, J. Regulační a legislativní problémy ve světle hodnocení OECD a Evropské asociace pro legislativu, *Právní*, 9/2005, str. 945–980

povinnou součástí každého materiálu legislativní povahy předkládaného vládě České republiky.⁵¹

Regulace je dle Obecných zásad pro hodnocení dopadů regulace vnímána jako soubor nástrojů⁵², pomocí nichž výkonná moc realizuje požadavky na jednotlivce i skupiny, tedy především zákony, nařízení vlády, vyhlášky, ale i jiné formy regulace, než je regulace právní. Cílem obecných zásad pro hodnocení dopadů regulace (dále jen „obecných zásad“) je zlepšit tvorbu regulace s tím, že v rámci procesu její tvorby je nutné zvažovat, zda by nebylo vhodnější využít jiných prostředků regulace, než je regulace právní. Obecné zásady se vztahují na přípravu všech právních předpisů, které jsou připravovány v souladu s Legislativními pravidly vlády.

Při respektování principů kvality regulace lze dosáhnout nejenom zlepšení kvality regulace, ale sledovat i optimální míru regulace, jde o kritéria přiměřenosti, odpovědnosti, konzistence, transparentnosti, cílenosti a směřování. Tyto principy jsou rozvedeny níže.

3.3.1 Principy RIA

PŘIMĚŘENOST

Regulovat by se mělo pouze tehdy, pokud je to nutné. Přijatá opatření by měla být přiměřená danému riziku a identifikovaným a minimalizovaným nákladům a vycházet z porovnání využitelnosti různých nástrojů (regulace, metodická nebo informační činnost, samoregulace apod.) pro dosažení cílů. Přijaté řešení musí být přiměřené vnímanému problému nebo riziku a opodstatnit vynaložené náklady na dosažení cíle politiky. Před přijetím regulace musí být zváženy všechny možnosti jak dosáhnout cílů politiky. Alternativní řešení může být na rozdíl od příkazujícího právního předpisu účinnější a levnější. Musí být zvážena také proporce mezi jednotlivými formami regulace; odstranění nebo omezení určité formy regulace (např. právní) může mít negativní dopad, pokud díky tomu vznikne méně průhledná forma regulace, např. interní akty. Donucovací prostředky by měly být přiměřené stanoveným

⁵¹ Srov. <http://racek.vlada.cz>; navštíveno 2. 5. 2010.

⁵² Srovnej tamtéž přílohu k usnesení vlády ČR č. 877 ze dne 13. 8. 2007 „Obecné zásady pro hodnocení dopadů regulace.“

3. OBOROVÁ POJETÍ EFEKTIVNOSTI PRÁVA

cílům a rizikům. Donucovací orgány by se měly v případech, kdy je to možné, zaměřit spíše na vzdělávací a informační činnost než na trestání.

ODPOVĚDNOST

Z regulace by mělo být dostatečně zřejmé, kdo je komu odpovědný a za co. Regulující úřady by měly zavést jasné standardy a kritéria, podle kterých budou postupovat. Měl by existovat dobře známý, dostupný, spravedlivý a účinný systém žalob (stížností) a odvolání. Regulace by neměla zvýhodňovat některé subjekty na trhu.

KONZISTENCE

Při přípravě nové regulace by se měly vzít v úvahu existující nebo plánované regulace – národního, unijního nebo mezinárodního původu. Regulace musí být předvídatelná, aby poskytovala stabilitu a jistotu těm, na které se vztahuje. Donucovací orgány by měly uplatňovat regulaci důsledně na celém území a musí být zajištěna homogenní a rovná aplikace pro všechny dotčené subjekty.

TRANSPARENTNOST

Regulující úřady by měly působit transparentně a udržovat právní předpisy v jednoduché a pro regulované subjekty přijatelné formě. Konzultace se musí konat před tím, než je konečný návrh regulace vytvořen, aby existovala jistota, že byl názor zainteresovaných skupin a expertů vzat v úvahu. K vyjádření musí mít zainteresované strany dostatečný prostor. Regulace by měla být jasná, jednoduchá, srozumitelná a podrobná jen do té míry, aby mohla být správně pochopena. Publikovat by se měla s dostatečným časovým intervalem před nabytím účinnosti. Rovněž následky nepřizpůsobení se regulaci musí být jasné.

CÍLENOST, SMĚŘOVÁNÍ

Regulace se musí zaměřit na problém a minimalizovat vedlejší efekty a dopady. Regulace se musí soustředit na řešení problému. Kontrola a donucování by měly být úměrné riziku, proti němuž se vymezují. Stávající regulaci je třeba systematicky prověřovat, aby se zjistilo, zda je ještě nutná a účinná. Pokud ne, měla by být upravena nebo zrušena.

3.3.2 Reálné provádění RIA a diskuse nad její užitečností

Ani vládou organizované sledování RIA se nevyhne obtížím se získáváním dat. Primárním zdrojem dat je Český statistický úřad. Dále data od institucí, které se regulovaným problémem zabývají. Dalšími postupy pro získání relevantních dat jsou výsledky průzkumů, metody odhadu a spolupráce s odborníky.

Proces RIA je vtělen do legislativních pravidel vlády ČR v této podobě: „Přípravě každého právního předpisu musí předcházet podrobná analýza právního a skutkového stavu. Její součástí je i zhodnocení nezbytnosti změny právního stavu, a nejsou-li určité vztahy právním předpisem dosud upraveny, zhodnocení nezbytnosti rozšíření právní regulace i na tyto vztahy, včetně zhodnocení dopadů předpokládané změny právního stavu nebo dopadů právní regulace. Ta by měla být rozšířena na právní vztahy dosud právem neupravené; při tomto hodnocení se postupuje podle Obecných zásad pro hodnocení dopadů regulace“ (čl. 2 odst. 1 cit. předpisu).⁵³

Proces RIA není chápán jako všelék na nedostatky právní regulace. Viceguvernér České národní banky M. Singer na základě zkušeností z této instituce kvituje,⁵⁴ že RIA vyžaduje komunikaci s vnějším světem a nutí právníky akceptovat ekonomickou realitu, avšak může být aplikována zcela formálně, a pokud se všichni naučí kouzlit s čísly, ke skutečnému zlepšení nedojde. Právník Dalibor Veřmiřovský upozorňuje⁵⁵ na neexistenci jednotné aplikace provádění RIA a modelování dopadu. Obecné zásady pro zpracování RIA jsou zaměřeny primárně na formu. Neexistuje datová základna pro modelování dopadu regulace. Zpracování RIA lze zpětně jen obtížně kontrolovat po obsahové stránce. Neexistuje centrální nadresortní analytický útvar, který by kontroloval a koordinoval RIA zpracované jednotlivými resorty.

⁵³ Srov., např. Legislativní pravidla vlády ČR ve znění usnesení vlády ze dne 11. ledna 2010 č. 36 na <http://racek.vlada.cz>; navštíveno 2. 5. 2010.

⁵⁴ Příspěvky panelové diskuse konané dne 16. ledna 2008 „Kvalita výstupů legislativního procesu v ČR a možnosti jejího zlepšení prostřednictvím analýzy dopadů regulace (RIA)“, pořádané Institutem ekonomických studií (IES) Fakulty sociálních věd UK v Praze. Dostupné z [navštíveno dne 2. 5. 2010]: <http://ies.fsv.cuni.cz/sci/conference/show/id/474/lang/cs>.

⁵⁵ Tamtéž.

Výsledky RIA mohou být manipulovány. Ekonom Martin Mejstřík však komparativními argumenty podpořil názor,⁵⁶ že RIA zůstane pevnou součástí legislativního procesu.

3.4 Sociologické pojetí efektivity

Právní sociologie již od svého vzniku přirozeně kladla otázku sociální efektivity právem regulovaných procesů, což lze demonstrovat odkazem na klasika oboru – právníka, sociologa a ekonoma Maxe Webera.⁵⁷ Studie efektivity právních institutů našly své místo v rámci *sociologické jurisprudence*, tak jak tento obor právní vědy vymezil již na přelomu 19. a 20. století Američan Roscoe Pound, který uvažoval v myšlenkových modelech sociálního inženýrství, jež pracuje s ideou silného, téměř všemocného práva.⁵⁸

Avšak takovou roli právo nezvládne, neboť je limitováno. Např. moderní byrokratický výkon moci přisoudil právu úlohu zprostředkovatele i omezovatele moci a tato dvojaká role neumožňuje právo zjednodušeně chápat jako nástroj sociálního inženýrství, neboť mezi vládní politikou a právem není přímočarý, deterministický vztah.⁵⁹

3.4.1 Strukturní funkcionalismus a efektivity

Právní sociologové Miloš Večeřa a Martina Urbanová při pojednání o efektivity práva⁶⁰ vycházejí zejména ze strukturně-funkcionálního a behaviorálního pojetí práva. Efektivnost práva je v tomto tradičním pojetí zjišťována analýzou skutečného chování právních aktérů, rozsahu konfliktů a sporů, nežádoucích účinků a nedostatků právní úpravy, kdy nedostatky jsou definovány jako mezery v právu, interpretační obtíže, počet a důvody rušených rozhodnutí apod.⁶¹ Výsledná efektivity je

⁵⁶ Tamtéž.

⁵⁷ Srov. Příbáň, *Sociologie práva*, Praha, Slon, 1996, str. 92 a152.

⁵⁸ Jde o uvažování v duchu korigovaných nerealistických představ sociologa Augusta Comta o roli a možnostech racionálního poznávacího úsilí (vědy) poznat společnost a společenské procesy.

⁵⁹ Příbáň (op. cit. str. 158-159) zde odkazuje na právního sociologa T. Reisera.

⁶⁰ Srov. Večeřa, M., Urbanová, M., *Sociologie práva*, Plzeň, Aleš Čeněk, 2006, str. 217–225. Kniha je shrnutím oblasti zájmu sociologie práva.

⁶¹ Zde kniha v duchu strukturního funkcionalismu vychází z konsenzuálního paradigmatu, z představy harmonie. Konfliktní paradigma upozorňuje, že střetávající se zájmy jsou běžnou součástí života svobodné společnosti.

ovlivněna povahou regulovaných vztahů, kvalitou právních norem, stabilitou norem, tolerováním porušování práva, kvalitou aplikační činnosti, prestiží práva, vlivem mimoprávních normativních systémů a konečně úrovní právního vědomí.

Takto definovaná otázka efektivnosti a její míry umožňuje optimističtější pohled na právo – stačí odstranit nedostatky a stroj práva bude fungovat lépe. Avšak v současnosti se i v hlavním proudu sociologie práva prosadily teoretické směry, které opouštějí přeci jen zjednodušený pohled, který každou odchylku od normy označí za patologii. Ostatně i pozdní strukturní funkcionalismus je schopen nahlížet některé „nedostatky“ práva jako inherentní vlastnosti práva či společnosti.

3.4.2 Efektivnost ve vztahu (jen) k jedné funkci práva

Právní sociolog Steven Vago ve své učebnici *Law and Society* o efektivnosti práva pojednává tam, kde popisuje právo jako nástroj sociální změny,⁶² což je jen jedna z funkcí práva.⁶³ Vago vedle výhodnosti takového užívání práva (formálně legitimizovaná autorita, závaznost, sankce), zmiňuje limity práva (tunelové vidění upínající se k právu jako jedinému nástroji změny, omezení morálkou a hodnotami) a rozsáhle komentuje i faktory rezistence vůči změnám prosazovaným prostřednictvím práva.

Jde o faktory sociální, jako jsou partikulární mocenské zájmy (obávající se ztráty bohatství, moci, prestiže), třídní vnímání světa, ideologický odpor, faktory psychické (návyky, motivace, neznalost, selektivní vnímání, mravní vyspělost), kulturní (fatalismus, etnocentrismus, nekompatibilita, předsudečnost a pověřivost) a konečně faktory ekonomické (vysoké náklady a omezené zdroje).

Každý koncept efektivnosti práva⁶⁴ musí (přímo nebo alespoň implicitně) odpovědět otázku, zda je právo iniciátorem nebo brzdou sociální změny. Výzkumy prokazují, že právo je mocné⁶⁵ zejména v organizovaných společnostech, avšak i zde si uchovává jistou

⁶² Vago, S., *Law and Society*, New Jersey, Prentice-Hall, 1997, str. 285-319.

⁶³ Blíže k tomu v pojednání o cílech práva.

⁶⁴ Vago, op. cit. str. 294-295 a 313-314.

⁶⁵ Vago uvádí politiku bydlení, ochranu životního prostředí, vzdělávání, využívání zdrojů energií atd.

nemotornost při implementaci záměru do právního řádu (regulace nájemného může vést ke ghettoizaci, dotace farmářům vedou ke snížení jejich počtu). Pro nás je poučné, že Vago sociálně inženýrskou funkci práva poměrně důsledně odděluje od standardních funkcí jiných, jimiž jsou řešení sporů, nastolení řádu a orientující role práva.

3.4.3 Odmítání samotné koncepce efektivnosti

V soudobých *socioprávních studiích* není koncept efektivnosti práva přijímán bezvýhradně. Brian Tamanaha ve své známé (kulturně antropologicky zaměřené) knize *A General Jurisprudence of Law and Society* navrhuje koncept efektivnosti práva opustit⁶⁶, neboť - stručně řečeno - je příliš spojen s pojetím práva jako koercivního řádu (Kelsen), s ideou funkcionálního práva zachovávajícího řád a *umožňujícího* koordinaci lidských aktivit. Pomíjí (mj.) vliv konkurujících normativních systémů⁶⁷, které se vyskytují například u *transformujících* se společností, resp. společností procházejících radikální, revoluční změnou.

Funkcionalistický pohled tak místo dvou fakticky působících normativních řádů preferuje jen jeden z nich a druhý pojímá jako externí a pojednává o něm fragmentárně, útržkovitě, resp. jej vymazává, vytlačuje ze zorného pole, čímž unikají důležité souvislosti.

Pohled B. Tamanahy vychází z koncepce v zásadě nepřekonatelné trhliny, mezery [gap] mezi *právem a společností*; Tamanaha čerpá ze žité zkušenosti společnosti, kde formálně platí oktrojovaný právní řád, ale lidé žijí podle zcela jiných pravidel.⁶⁸

Koncept efektivnosti navíc předpokládá existenci jednotného *pohledu na právo*, široce sdíleného všemi aktéry. Avšak Tamanaha dokládá, že právo je předmětem strategií a taktik a je *všemi* aktéry (ať už jde o účastníky právního vztahu, soudce či normotvůrce) instrumentálně

⁶⁶ Srov. in Tamanaha, B., *A General Jurisprudence of Law and Society*, Oxford, Oxford University Press, 2001, str. 143-148.

⁶⁷ Tamanaha, op. cit. str. 144. Autor zde dokazuje, že tak jako zákonný pozitivismus nám vnucuje otázku vztahu práva a morálky, sociálně vědný právní pozitivismus připouští otázku, zda právo plní všechny deklarované funkce, a pokud ano, pak v jakém rozsahu – str. 148.

⁶⁸ Viz na jiném místě této práce vztah práva a ostatních normativních systémů. V případě Tichomořského Američana je to právní řád USA, v případě haličského Rakušana E. Ehrlicha právo rakousko-uherské občanské právo.

využíváno bez ohledu na to, co o sobě deklaruje. Skutečná sociální účinnost není podmínkou existence práva. Každodenní chování lidí není koordinováno či řízeno státním právem v té míře, jak to předpokládá funkcionalismus.

Přehlédnout rovněž nelze subjektivistické, perspektivistické argumenty proti argumentu efektivnosti, jež vedou k opatrnosti k možnostem objektivní sdílené všemi aktéry práva. Přitom objektivní posouzení cílů a míry jejich dosažení je úhelným kamenem jakéhokoli měření či lépe řečeno vyjádření efektivnosti.

3.5 Efektivnost práva z pohledu právní teorie

Moderní obecná teorie práva otázky efektivnosti právních norem nepomíjí.⁶⁹ V koncepci Viktora Knappa je právní norma považována za efektivní, jestliže dosahuje svého *účelu*, a v té míře, v níž ho dosahuje, avšak lidé efektivnost kvantitativně měřit neumí.⁷⁰ Potíže spočívají v nemožnosti experimentu, nemožnosti izolovat měřené, resp. vyjádřit vliv ostatních normativních systémů a faktu, že právo je často povoláváno k zabezpečení cílů, kterých dosáhnout nelze (nerealistické cíle vedené např. politickou logikou). Efektivnost právní normy je nicméně vždy spojena se stabilitou právního řádu a kvalitní legislativní technikou.

Aleš Gerloch⁷¹ nabízí pestřejší možnosti posuzování efektivnosti práva a rozlišuje *cílově výsledkové* pojetí efektivnosti právních norem (relace cíl právní úpravy – dosahované výsledky), *nákladově výsledkové* pojetí (relace dosažený výsledek – náklady vynaložené na jeho dosažení) a pojetí *funkční* (míra uskutečnění funkčních možností práva).

⁶⁹ Jako výjimka potvrzující pravidlo nám může posloužit publikace Kubů, L., Hungr, P., Osina, P., *Teorie práva*, Praha, Linde 2007, která samostatné heslo efektivnost práva nemá. Nutno ale přiznat, že např. u vztahu práva a společnosti (str. 295) autoři implicitně plédují, aby novelizaci předcházelo vyhodnocení efektivnosti.

⁷⁰ Srov. klasickou (popřevratovou) práci Viktora Knappa, *Teorie práva*, Praha, C. H. Beck, 1995, str. 35, 36, 117 a 165. Nebo text A. Gerlocha. „K možnostem stabilizace právního řádu ČR a zvýšení efektivnosti legislativního procesu“ in Vostrá, L., Čermáková, J. eds., *Otázky tvorby práva v ČR, PR a SR*, Sborník z konference, Aleš Čeněk, Plzeň, 2005, str. 23: „nelze předložit relativně jednoduchý model měření efektivnosti práva.“

⁷¹ Gerloch, Aleš, *Teorie práva*, Plzeň, Vydavatelství Aleš Čeněk, 2007, str. 303-305.

Posuzování efektivnosti práva však dle Gerlocha nelze jednoduše schematizovat a vypracovat jednoduchý *model* hodnocení efektivnosti, a to nejen proto, že výše zmíněné metody jsou komplementární. Překážky klade i složitost a provázanost sociální skutečnosti, nemožnost izolace jevů a systémová povaha práva, která si koneckonců vynucuje i systémové pojetí hodnocení efektivnosti, její strukturalizaci dle jednotlivých právních subsystémů i metod, stejně jako zahrnutí vlivů právního okolí a vazeb na ně. Hodnocení efektivnosti práva jako sociálního jevu by proto mělo vycházet ze *socioprávního pojetí*.⁷²

Pavel Holländer ve svých pojednáních o právu tradičně užívá poznatků ekonomie a zabývá se tedy i efektivností a její relevancí v právu.⁷³ Upozorňuje, že i na půdě ekonomie je pojednán konflikt mezi spravedlností (v ekonomickém smyslu) a efektivností, kdy se aristotelovsko-kantovská koncepce spravedlnosti dostává do napětí s utilitaristicky pojatou spravedlností. Toto napětí do značné míry předznamenává vztahy a vzájemná nepochopení mezi vědeckým zkoumáním práva a ekonomie.

3.6 Jednotná koncepce efektivnosti?

Z praktických důvodů by bylo nanejvýš vhodné mít k dispozici jednotnou koncepci efektivnosti. Ovšem výše uvedený popis jednotlivých koncepcí efektivnosti naznačuje, že jednotlivá pojetí efektivnosti mají odlišná východiska a stojí na odlišných konstrukcích.

Ekonomická pojetí efektivnosti práva tradičně aspirují na postavení výlučného nástroje pro zjišťování sociální účinnosti práva, avšak i jejich pojetí jsou velmi diferencovaná a pro odlišnost svých východisek neumožňují shrnutí pod jednotnou koncepci. Úzce nákladové pojetí efektivnosti se navíc dostává do kolize se samotnou povahou celých právních odvětví, a je proto použitelné jen omezeně, popřípadě ve variantě sledující nákladovou efektivnost pomocí komparativní metody či analýzy efektivnosti užívání zdrojů.

⁷² Gerloch, op. cit., str. 305.

⁷³ Holländer, Pavel: *Filosofie práva*. Plzeň: A.Čeněk, 2006, str. 82, 84, 254-255 a 273.

Úzce sociologické pojetí efektivity využívá výzkumného aparátu sociologie a může mít svou nezastupitelnou úlohu tam, kde výstup legislativní činnosti je obtížně vyjádřitelný penězi. Socio-právní výzkumy mají rovněž dobrou pozici při zpracovávání komparativních studií efektivity zjišťujících sociální účinnost alternativních cest k dosažení cíle sledovaného právní regulací.

Teorie práva ze všech těchto důvodů nepreferuje žádnou z efektivityních metod a upozorňuje na nutnost diferencovaného přístupu při zjišťování efektivity, podle povahy té které součásti právního řádu, jejíž efektivity má být zjišťována.

Je třeba užívat nástroje kombinující jednotlivé přístupy tak, aby byly zachovány jejich přednosti a eliminovány nedostatky. Analýza dopadů právní regulace (RIA) je jedním z těchto shrnujících, eklektických konceptů a nutno přivítat, že byla úzce vtažena do našeho legislativního procesu. Nelze zapomínat, že RIA, její konkrétní koncepce a způsob provedení je vždy ovlivněna tím, že vycházejí takřkajíc ze státního těla, a tedy je do značné míry hodnocením těch, kdo mají být hodnoceni, a nelze očekávat, že by výsledek nikdy nebyl korigován v souladu se zájmy zpracovatelů.⁷⁴ U nás máme dlouho zkušenost s tím, jak pracovat s výkaznictvím tak, abychom byli dobře hodnoceni (papírová výkonnost a reálná výkonnost se nemusí vždy shodovat).⁷⁵ Nezastupitelné místo zde má kritická role vědy, dodávat výsledky nezávislé na moci.

⁷⁴ Což nezaměňujeme s tím, že nikdy nedodá negativní výsledek. Naopak jak negativní, tak pozitivní výsledek může být formován vůlí jednotlivých resortů či politických frakcí a reprezentovaných zájmů.

⁷⁵ Srov. k „papírové výkonnosti“ srov. např. Baňouch, H. Hospodářské právo. In Komunistické právo, Brno: MPÚ, 2009, podkapitoly o plánování a strategiích manažerů či v této disertaci podkapitolu o výkaznictví soudů. Podobné fenomény z akademického světa jsou popsány in Stöckelová, T. (ed.): Akademické poznávání, vykazování a podnikání: etnografie měnící se české vědy, Praha, SLON 2009.

4. Funkce a cíle práva

Právo má z pohledu společnosti jednoduše definovanou roli-naplňovat většinou sdílenou představu o spravedlnosti a účinně korigovat chování jednotlivců. Pátráme-li při výzkumu efektivnosti po výčtu funkcí práva, dospějeme k třem základním funkčním určení práva, jimiž jsou účinný výkon sociální kontroly, řešení sporů a funkce technického nástroje provedení společenské změny. Mimo citované funkce (jejichž prospěšnost je patrná zejména z hlediska nadindividuálního) je právo pro jednotlivce prospěšné zvýšením předvídatelnosti chování jednotlivců tím, že zpřehledňuje sociální situace. Systémy pravidel usnadňují orientaci a činí očekávání určitějšími, neboť každý člen společnosti může očekávat, že ostatní členové společnosti se zachovají dle pravidel.

Samotná myšlenka funkcí práva je úzce spjata se systémovým pohledem na právo, u něž se chvíli zastavíme předtím, než pojednáme o funkcích práva. Nakonec pojednáme o vztahu funkcí práva k jeho cílům.

4.1 Systémový pohled na právo

Systémový pohled na společnost a právo⁷⁶ je v dnešní společnosti (ať ji nazýváme postindustriální či postmoderní) nejběžnějším *modelem* uvažování o těchto svébytných entitách. Sousední právní systém již dávno proniklo do obecného jazyka. Podobná automatická označení přenášejí na označované kvalitu bez nějakého většího promýšlení patřičnosti takového počínání. Když dnes za nějaké slovo přiřadíme slovo systém, často už ani neuvažujeme a neidentifikujeme jednotlivé předpoklady systému, totiž prvky, jejich vzájemné vztahy a procedury. A často jen intuitivně definujeme smysl, či funkční určení (cíl) systému.

Systémové uvažování je snadno použitelné pro účely popisné, a proto se hodí i z hledisek didaktických. Systém je synonymem uspořádanosti a vědecký popis a analýza sociální reality jsou proto se

⁷⁶ V sociálních vědách je tento pohled spjat s tzv. strukturálním funkcionalismem, který nejviditelněji reprezentuje americký sociolog Talcott Parsons – Velký sociologický slovník, str. 1575 a tam uvedená hesla; v uvažování o právu jako systému patří přední místo německému vědci Niklasi Luhmannovi – Velký sociologický slovník, str. 1553 a tam uvedená hesla, nebo Luhmann, N.: Sociální systémy, nárys obecné teorie, Brno, CDK, 2006.

4. FUNKCE A CÍLE PRÁVA

systemovým uvažováním velmi úzce spjaty. Počátkem analýzy společenských systémů je identifikace prvků, vazeb mezi nimi, snaha o definování funkce takové entity a procedur a postupů, jimiž je fungování dosahováno. Věc má ovšem ne jeden háček.

Například jednotlivé oblasti života společnosti jsou v 21. století natolik vyděleny (díky procesu diferenciaci, který provází moderní společnost od jejího zrodu), že jim jejich *funkce* přiřazujeme téměř automaticky, bez rozmyslu. Jednoduše přejímáme to, co o funkcích před námi řekla vědecká komunita toho kterého oboru, a jen málo se zamýšlíme nad předkládaným (stále rostoucím) „seznamem“ funkcí.⁷⁷

Tento postřeh plně platí i pro právní systém, kde při studiu odborné literatury stěží dospějeme ke konečnému výčtu exkluzivních funkcí tohoto systému, natož abychom dokázali vyčlenit funkce hlavní a vedlejší. Okruh otázek se ale neuzavírá. Podle systémové teorie společnosti je úlohou právního systému, jako systému norem a aparátu jejich aplikace, zajištění institucionalizace lidského chování a života společnosti.⁷⁸ Právní systém je zárukou konformity vůči standardům hodnotové orientace.⁷⁹ Proces funkcionální diferenciaci ve vztahu k právu dále pokračoval i v právu samotném, čímž naboural hierarchické a centralizované pojetí systému práva.⁸⁰ Popis funkcí systému je nutnou (nikoli postačující) podmínkou výzkumu efektivnosti práva. Záměrně je užito slovo popis, protože jakkoli je pokus o konečné definování a stanovení funkcí zajímavou intelektuální výzvou, komplexita společenského života a dynamická povaha práva neumožňují vyhotovit jednou provždy daný, konečný seznam jasně a neměně definovaných funkcí.

⁷⁷ Projev jednání spíše tradičního než racionálního (ve weberovském smyslu).

⁷⁸ Institucionalizace a instituce ve formálním i materiálním smyslu.

⁷⁹ K popisu právního systému srov. např. Gerloch, A., *Teorie práva*, Aleš Čeněk, Plzeň, 2007, str.123-131.

⁸⁰ Srov. *Iustitia distributiva a její proměny ve funkcionálně diferencované společnosti* in Kokeš, M., Pospíšil, I., eds., *In dubio pro libertate. Úvahy nad Ústavními hodnotami a právem*. MÚ Brno, 2009, str. 158, a zejm. Příbáň, J. *Právní symbolismus, O právu, času a evropské identitě*, Praha, Filosofia, 2007. str. 31-35, 269-271.

4.2 Funkce práva

Podrobnější studium naší teoreticko-právní a socio-právní literatury prozradí,⁸¹ že otázka funkcí práva je bohatě tematizována popisným způsobem, nabízejícím velmi pestrou paletu funkcí.⁸² Lze připustit, že na některé důležité funkce práva není při takové pestrosti dán náležitý důraz. Proto je užitečné uvažování o funkcích práva redukovat na hlavní funkce práva: 1) efektivní výkon sociální kontroly, 2) řešení sporů a 3) nástroj k provedení společenské změny. (Ve všech těchto funkčních dimenzích právo naplňuje většinově sdílenou představu o spravedlnosti.)

Rozbor funkcí práva je doménou sociologie práva. Martina Urbanová a Miloš Večeřa identifikují tyto sociální funkce práva:⁸³ 1) udržování sociálního řádu, 2) propůjčení legitimacy výkonu veřejných funkcí, 3) vymezení práv a povinností v sociální interakci, 4) usnadnění kooperativního jednání, 5) řešení konfliktů ve společenských vztazích a 6) přenos kulturních vzorců. Jiří Příbáň upozaduje funkci rozsuzovací, neboť rozlišuje funkce 1) integrativní,⁸⁴ 2) selektivní (norma selektuje rozmanitost chování), 3) regulativní (slučující funkci rozsuzovací a funkci stanovící chování jednotlivců) a 4) legitimizační (právo je jediným prostředkem transpozice moci politické v moc státní a legitimita zde znamená porozumění a přesvědčení sociálních aktérů o platnosti a správnosti takto vytvořeného řádu). Americký právní sociolog Steven Vago rozlišuje tři základní funkce práva, a to 1) sociální kontrolu, 2) rozhodování sporů a 3) sociální změnu.⁸⁵

Nelze zastírat, že na půdě sociologie práva a socioprávních studií není funkcionální analýza přijímána bezvýhradně (např. Hans Ryffel či

⁸¹ srov. Gerloch, A., *Teorie práva*, Aleš Čeněk, Plzeň, 2007, str. 295–297, či Vago, S., *Law and society*, 5th ed., Prentice Hall, New Jersey, 1997, str. 16-18, nebo Knapp, V.: *Teorie práva*, C. H. Beck, Praha, 1995, str. 28-34, Příbáň, J.: *Sociologie práva*, Slon, Praha, 1996, nebo Večeřa, M., Urbanová, M.: *Sociologie práva*, Plzeň, Aleš Čeněk, 2006, str. 217–225.

⁸² Opět je nutno připomenout, že pojem funkce se úzce pojí se systémovým pojetím, ale již samotné vymezení té které funkce má podobu *předpokladu* (normativní aspekt) – srov. Tamanaha, op. cit., nebo Sobek, T., *Argumenty teorie práva*, Aleš Čeněk, Praha, 2008, str. 305. Tento předpoklad je neustále podrobován korekcím na bázi empirie.

⁸³ Večeřa, M., Urbanová, M.: *Základy sociologie práva*. Brno: Doplněk, 1996, str. 159–160.

⁸⁴ Příbáň, cit. dílo, str. 163-176.

⁸⁵ Vago, S.: *Law and Society*, New Jersey, Prentice-Hall, 1997, str. 16-18.

Brian Tamanaha), neboť podstatu práva jako součásti lidského bytí nelze redukovat na pojem funkce. Další úskalí spočívá v tom, že funkcionální analýza už předem vymezuje právo v jeho celku jako lidský výtvar, který je lidskou mocí zcela manipulovatelný.⁸⁶ Z Tamanahova pohledu funkcionální přístup automaticky předpokládá, že právo vždy slouží k uchování řádu, který navíc uchovává efektivně, což je pohled, který není adekvátní pro porozumění právu a jeho povaze.⁸⁷

Neznamená to, že bychom měli rezignovat na užívání pojmu funkce ve spojení s právem. Výše uvedené přístupy upozorňují, že slovo funkce nelze užívat esencialisticky. Esencialismus je obecně v sociálních vědách nebezpečný, protože hrozí, že v našem myšlení se původní pojem – užitý na základě analogie za účelem lepšího vysvětlení a pochopení sledovaného výseku reálného světa – přetvoří v jakoby skutečnou inherentní vlastnost tohoto výseku reality. V případě práva existuje sklon k deformaci právního myšlení, kterému je blízké zaměnění před-pisu (pre-skripce) toho, co „má být“, s po-pisem (de-skripce) toho, co skutečně „je“. Mezi napsaným (a myšleným) a skutečným je však rozdíl.⁸⁸

V sociálních vědách se často používají analogie původně fyzikální (statika, dynamika, mechanismus) či biologické (organismus, oběh, systém, autopoiesis). A nejinak je tomu i u pojmu funkce a fungování, které mají silné mechanicistické konotace. Pojmy totiž někdy zatemňují podstatu věci víc, než aby ji vysvětlovaly, jen poukazují na složitost problémů, které měly osvětlit.⁸⁹ Musíme se vyvarovat zvěčnění pojmů, resp. zvěčnění společenských jevů, které jsou danými pojmy reprezentovány. Nejedna teorie v sociálních vědách příliš často končí tím, že si pojmy, které vytvořila, plete se zákony vesmíru.⁹⁰

⁸⁶ Srov. Příbáň, cit. dílo, str. 176-177.

⁸⁷ Tamanaha, B: A general Jurisprudence of Law and Society, Oxford: Oxford University Press, 2001, str. 36, 143, 177

⁸⁸ Dalším důsledkem tohoto sklonu je připsání normativní povahy statu quo (ať už je jakýkoli – pozitivní či negativní).

⁸⁹ Berger, P., Lukmann, T. Sociální konstrukce reality, Brno CDK, 1999, str. 183–184.

⁹⁰ Tamtéž, str. 182.

4.2.1 Funkce řádu (sociální kontroly)

Formalizované právo je v moderní společnosti racionálním (a efektivním) nástrojem výkonu sociální kontroly. Toto weberovské pojetí práva jako důležité součásti organizované modernity by nemělo konotovat s pojmy jako je moc a donucení více, než je nutné. Právo jako nástroj sociální kontroly plní funkci udržování *řádu*, tedy uspořádání mnoha jednotlivců a jejich aktivit. Jde o uspořádání opřené spíše o vzájemnou výhodnost, kde donucení stojí v pozadí (ale nikdy nemizí ze scény zcela).

Jak bylo předesláno výše, právo naplňováním funkce řádu snižuje neuspořádanost (entropii) společnosti,⁹¹ čímž se chování členů společnosti stává předvídatelným, neboť každý člen společenství může očekávat, že ostatní členové společenství se chovají a budou chovat dle pravidel. Pravidla zpřehledňují sociální situace, neboť ustavují řád společnosti a řády usnadňují orientaci a činí očekávání určitějšími.

Svůj úkol právo plní pomocí formálních pravidel chování – právních norem, které jsou vtěleny do právních předpisů. Právo je nástrojem formální sociální kontroly. Sociální kontrola vyžaduje srozumitelná a jasná (explicitní) pravidla chování, sankce za porušení pravidel (jde o sankce dopředu stanovené) a rovněž vyžaduje vynucení dodržování pravidel a vynucení podrobení se sankcím. Má-li být právo funkční, pak tato pravidla musí být všeobecně známá, vynucovaná, srozumitelná, stabilní (napětí s dynamikou společnosti) a uznávaná (legitimní). Právo se tak stává médiem organické solidarity, založeným na vztazích anonymní vzájemné závislosti.⁹² V rozrůzněné moderní společnosti právo plní pomocí pravidel nezbytnou koordinující funkci.

Právo vyplňuje prázdnotu vzniklou díky rozpadu (či zpochybnění platnosti) normativních systémů tradiční společnosti, kdy vodítka morální povahy náhle zmizela. Neznamená to ovšem, že právo může fungovat bez ohledu na neformální nástroje sociální kontroly, ani to

⁹¹ K právu jako nástroji snižování entropie srov. Knapp, V. 1995, str. 30.

⁹² Durkheim, E.: Společenská dělba práce. Brno: CDK, 2004, str. 193.

neznamená, že předpokladem úspěšnosti fungování práva je potlačení neformálních nástrojů kontroly.⁹³

4.2.2 Rozsuzovací funkce (funkce rozhodování sporů)

Právo musí „umět“ řešit spory. V naší společnosti právo v plnění této funkce selhává a podrobnější studium ukazuje, že na vině může být i teoretické uchopení požadavků na právo kladených. Právní aktéři nejsou dostatečně důrazně konfrontováni s tím, že neumožňuje-li tvorba a aplikace práva efektivně řešit spory, pak právo neplní jednu z důležitých funkcí. V nejednom výčtu funkcí práva není rozsuzovací funkce dostatečně akcentována, což velmi pravděpodobně tkví v intuitivně užívaném modelu (či přesněji paradigmatu) společnosti.

Konsensuální model společnosti předpokládající, že zájmy členů společnosti a jimi zastávané interpretace situací a pravidel jsou objektivně ve shodě, u nás v teoretických a před-teoretických úvahách o povaze společnosti převažuje. Konsensuální paradigma má tendenci nahlížet na konflikt jako na něco nepřírozeného, nežádoucího. Jako na něco, co postupně vymizí. Tento model společnosti je pevně usazen v jádru strukturního funkcionalismu, který na problematiku norem nahlíží optikou konformita-deviace (legitimizující užití vynucení pro odstranění zjištěné odchylky od normy). Tím je mimochodem vytvořeno jisté napětí, neboť v liberální společnosti nelze automaticky definovat každou odchylku od normy jako nedovolenou deviaci, kterou je nutno potírat.⁹⁴

Konfliktuální model společnosti⁹⁵ nahlíží na střet jako na přirozený průvodní jev pestrosti a plurality společnosti, jako na nezbytný průvodní jev odlišnosti sociálních perspektiv jednotlivých aktérů. Realita, tak jak ji vnímáme, je sociálně konstruována a odlišné historické a kulturní osvětlení jednotlivých aktérů přímo předurčuje tyto aktéry k odlišnému náhledu na tytéž věci, jakkoli je lze nakonec „objektivně“ popsat.

⁹³ Více k tomu srov. v kapitole právo a ostatní normativní systémy.

⁹⁴ K tomu i představitel adaptované teorie strukturního funkcionalismu Robert King Merton Psychologické vysvětlení deviace nestačí, neboť za některých podmínek může být deviantní chování normální (Merton, R.K.: Sociální struktura a anomie in Studie ze sociologické teorie. Praha: Slon, 2000, str. 150, 153 a 156. Stručně řečeno deviantní chování může mít příčinu v sociální struktuře).

⁹⁵ V sociálních vědách vstoupil na scénu nejvýrazněji v myšlení Karla Marxe.

Přijmeme-li konfliktuální paradigma,⁹⁶ pak se na spor budeme dívat jako na něco běžně se vyskytujícího, jako na něco, co nikdy nezmizí, což akceleruje důraz na existenci účinného nástroje umožňujícího řešení střetů aktérů, kteří tutéž věc vnímají odlišně. Rozsuzovací funkci práva musí proto každá pluralitní společnost věnovat značnou pozornost.⁹⁷

Pro naši situaci je důležité poznání, že transformace a přerod společnosti přirozeně přináší zvýšený počet právních sporů. Při opouštění autoritativního schématu vlády se navíc ukazuje neudržitelným pohled na soudní systém vystavěný na konsensuálním paradigmatu společnosti: svobodná a pluralitní společnost přináší odlišné pohledy na tytéž věci a odlišné perspektivy přinášejí konflikty.⁹⁸ Soudnictví transformující se společnosti musí uchovat, rozvíjet a chránit důležitou sociální funkci soudců rozhodovat spory, přičemž rozhodováním rozumějme rozhodování v rozumném čase, kdy slovy Evropského soudu pro lidská práva (ESLP) opožďující se spravedlnost je spravedlností odmítnutou.⁹⁹ Máloco eroduje ideu spravedlnosti tak mocně, jako *denegatio iustitiae* (odmítnutí spravedlnosti) a průtahy v soudním řízení nejsou ničím jiným než odmítnutím poskytnout spravedlnost těm, kteří se na soud obrátili.

4.2.3 Funkce nástroje sociální změny

Výzkumy prokazují, že právo je relativně mocným nástrojem sociální změny,¹⁰⁰ zejména v organizovaných společnostech, avšak i zde si uchovává jistou nemotornost při implementaci záměru do právního řádu, kde často vede k nezamýšleným důsledkům. Právo není bezhodnotovým nástrojem sociální změny. Společnost nelze *řídít* pomocí práva. S. Vago sociálně inženýrskou funkci práva odděluje od standardních funkcí, jimiž

⁹⁶ Roman Tomasic upozorňuje (in Tomasic. *The sociology of law*, SAGE, 1985, str. 101), na rozdílné přístupy v konfliktních a konsensuálních paradigmatech, nicméně podotýká, že každý přístup je vhodný pro řešení jiných typů otázek (str. 103).

⁹⁷ Tento apel je v postkomunistické zemi velmi naléhavý, neboť socialistický normativní systém plánovitě uspořádané společnosti nutně vycházel z konsensuálního paradigmatu.

⁹⁸ K tomu srov. Berger, P, Luckmann, T. *Sociální konstrukce reality*, Brno, CDK, 1999 angl. orig.: *The Social Construction of Reality. A Treatise in the Sociology of Knowledge*, Garden City, NY: Anchor Books, 1966.

⁹⁹ Srov. výskyt maximy „*justice delayed is justice denied*“ v oficiální databázi ESLP HUDOC dostupné z: <http://cmiskp.echr.coe.int>.

¹⁰⁰ Vago, S., *Law and Society*, 1997, str. 285-319. Vago uvádí politiku bydlení, ochranu životního prostředí, vzdělávání, využívání zdrojů energií atd.

jsou řešení sporů, nastolení řádu a orientující role práva. Již jen toto dělení naznačuje, že není radno tyto funkce směšovat a normotvůrce by si měl při stanovování cílů ujasnit jejich poměr k funkcím.

Vládní zásahy do ekonomického a společenského života jsou realitou moderních společností.¹⁰¹ Z hlediska této role státu je sociální zabezpečení hlavním polem vládního aktivismu.¹⁰² Úloha státu je pole, na němž se politické strany nejvíce neshodují, neboť jde o různé nastavení vztahu mezi jedincem a státem. Zdaleka ne všichni členové liberální společnosti nahlíží na stát jako na říši altruismu a vzájemných sympatií,¹⁰³ ale přesto se na všech pólech ideologického spektra setkáváme s návrhy na použití práva jako nástroje kompenzačních či deregulačních zásahů do společnosti.¹⁰⁴ Je to mírně překvapivé, neboť samotný koncept efektivnosti práva je silně spojen s autoritativními režimy a frekvence výskytu prací o efektivnosti práva je přímo úměrná tomu, jak se pohybujeme na východ.¹⁰⁵

4.3 Vztah funkcí a cílů práva

4.3.1 Soudobé koncepce vztahu cílů a funkcí práva

Jak správně upozorňují Miloš Večeřa a Martina Urbanová,¹⁰⁶ funkce práva nelze vyvozovat ze zjednodušeného instrumentalismu, který předpokládá, že každá právní norma sleduje specifické cíle, v konfrontaci s nimiž pak lze měřit jejich efektivnost. Navíc cíle právní normy mohou být nahlíženy rozdílně v rozdílném čase,¹⁰⁷ neboť mohou být podstatně modifikovány oproti cílům právní úpravou původně sledovaným. Dále

¹⁰¹ Srov. levicové a antitržní pojetí in Heywood, A.: *Politická teorie*, Praha: Eurolex Bohemia, 2005., str. 70, který zde uvádí „anarchokapitalistickou“ výjimku M. Rothbarda a ost.. Máme-li před očima důsledky minulé centrálně řízené ekonomiky, můžeme postrádat uvedení konkrétních případů tam, kde autor anticipuje úspěšnost „jisté dávky plánování“, srov. str. 278.

¹⁰² Heywood, op. cit., str. 83 a 85.

¹⁰³ Např. Hegel, G: *Základy filosofie práva*, Praha: Academia, 1992, str. 274–281.

¹⁰⁴ Empirie nám přináší poznatek, že růst smluvní volnosti byl zatím vždy doprovázen růstem normativní infrastruktury zajišťující realizaci autonomie vůle (Durkheim, E., *Společenská dělba práce*, Brno, CDK, 2004, str. 183–185).

¹⁰⁵ Knihy o komunistickém hospodářském právu byly přímo posedlé efektivností – více k tomu in Baňouch, H. *Hospodářské právo* in Bobek, M., Molek, P., Šimíček, V. (eds.) *Komunistické právo v Československu*, Kapitoly z dějin bezpráví, Brno, Masarykova univerzita, MPÚ, 2009, str. 706–750.

¹⁰⁶ Večeřa, M., Urbanová, M. *Základy sociologie práva*. Brno: Doplněk, 1996, str. 157.

¹⁰⁷ Tento jev je typický pro tranzitivní země vycházející z formální právní kontinuity.

řada právních norem nemá specificky vyjádřitelný cíl, neboť tyto normy existují díky tradici, legislativní nečinnosti nebo jako výsledek potřeby kompromisu uspokojujícího potřeby různých zájmových skupin.

Funkce práva nelze zúžit pouze na cíle pozitivní právní úpravy, jsou širší a zahrnují jak činnost právních institucí, tak reálnou podobu právních vztahů.¹⁰⁸ Specifikace funkcí práva rovněž závisí na sociokulturním systému, struktuře a rozvinutosti sociálních vztahů (např. dělby práce, povaze a síle jiných normativních systémů), ale i na formě politického systému a jeho základních hodnotových východisek. Podle citovaných autorů cíl (účel) práva (resp. konkrétní normy) vyjadřuje především to, co je chtěno, co je žádoucí, co by mělo být, kdežto funkce práva zdůrazňuje prvek fakticity, tedy to, co právo zajišťuje, k čemu reálně přispívá.¹⁰⁹ Rozdíl či naopak splývání funkcí a cílů práva závisí na předmětu zájmu té které analýzy, avšak při studiu efektivnosti je rozdíl mezi funkcemi a cíli výrazný.

Účely v právu jsou podle Gustava Radbrucha tři: obecné blaho, spravedlnost a právní jistota,¹¹⁰ přičemž Pavel Holländer uvádí, že tato triáda přesně zrcadlí skutečnost.¹¹¹ Jednotlivé účely nejsou v hezké shodě, nýbrž v ostrém vzájemném konfliktu. Účelem v právu se rozumí normotvůrcem chtěný stav věcí, jehož dosažení je sledováno prostřednictvím právní normou postulovaného lidského chování.¹¹² Jinými slovy, účely jsou „zamýšlené důsledky jednání“. Účely přitom mohou být jednak individuální dobra (lidská důstojnost, život, zdraví, vlastnictví) nebo dobra kolektivní (vnější obrana, vnitřní bezpečnost, zdravé životní prostředí). Přičemž z jiné perspektivy na účel nahlíží zákonodárce (motiv přijetí právní normy), z jiné vnější pozorovatel

¹⁰⁸ Tamtéž.

¹⁰⁹ Srov. Večeřa, M., Urbanová, M. *Základy sociologie práva*. Brno: Doplněk, 1996, str. 157. Funkce v úzkém pojetí je spjata se systémovým pojetím a vyjadřuje vztah mezi jeho různými prvky, kdy představuje pozorovaný důsledek určitého strukturálního prvku k dosažení či uchování stavu systému, k němuž prvek náleží. Představuje tedy určitou závislost a je klíčem k identifikaci působení integračního mechanismu práva.

¹¹⁰ Radbruch, G.: *Der Mensch im Recht*. Göttingen: 1957, str. 88; cit. dle Holländer, P.: *Filosofie práva*. Plzeň: Aleš Čeněk: 2006, str. 81.

¹¹¹ Holländer, op. cit., str. 82 a 88.

¹¹² Röhl, K. F.: *Allgemeine Rechtslehre*, 2. Aufl., Köln, 2001, str. 226. Citováno dle Holländer, op. cit., str. 82, 83 a 84.

4. FUNKCE A CÍLE PRÁVA

sociolog (výsledek poznávání) a z jiné soudce v soudním řízení (účel je normativní moment spoluurčující interpretaci práva při poznávání jeho obsahu a smyslu).¹¹³ Funkce chápe Holländer jako základní směry při sledování účelů.¹¹⁴

Rozlišení mezi bezprostředními (dílčími) a finálními cíli práva nabízí ve své koncepci Aleš Gerloch.¹¹⁵ Bezprostřední cíle jsou cíle, k jejichž dosažení byla norma přijata. Finálními, nejobecnějšími cíli práva jsou perspektivní (abstraktní) účely v podobě hodnot svobody, rovnosti, jistoty a spravedlnosti. Hodnoty zde představují cíle, k jejichž naplnění a ochraně právo směřuje. Přitom konkrétní účely (cíle) nemusí odpovídat obecným účelům a účely mohou působit proti sobě. Větší míra svobody může v situaci neukotvených a nejasných pravidel koexistence snižovat míru jistoty.

4.3.2 Cíle a funkce práva při analýze efektivnosti

Vymezení obsahu funkcí a cílů práva a jejich vzájemného vztahu je při analýze efektivnosti práva nezbytné. Označení funkce vyjadřuje působnost, zaměřenost k nějakému účelu, poslání, význam, činnost, chod.¹¹⁶ Etymologická analýza nás přivádí k latinskému slovu *fungī*, tedy vykonávat, zastávat.¹¹⁷ Slovo cíl označuje záměr, konečné místo, finalitu. Funkce se tedy váže na dynamiku, činnost, konání a slovo cíl na stav, statiku, kdy cíl je jednak stanovován do budoucna a jednak patří do říše ideálních kategorií.

Výše uvedené vymezení by mohlo svádět k plnému ztotožnění funkcí práva s jeho reálným působením a cílům práva vyhradit působení zamýšlené. Takto jednoduše však nemůžeme tuto otázku strukturovat, neboť i uvažování o funkcích práva často sklouzne od analytického popisu k normativnímu předpisu vyjadřujícímu to, co bychom chtěli, aby právo dělalo, nikoli to, co skutečně dělá. A stejně tak cíle práva mohou mít velmi konkrétní, reálnou podobu.

¹¹³ Holländer, op. cit., str. 84.

¹¹⁴ Tamtéž, str. 272.

¹¹⁵ Gerloch, A.: *Teorie Práva*. 4. vyd. Plzeň: Aleš Čeněk, 2007, str. 151 a 296-297.

¹¹⁶ Srov.. in kolektiv: *Velký akademický slovník cizích slov*. Praha: LEDA, 2005. CD.

¹¹⁷ Srov.. in kolektiv: *Velký etymologický slovník*. Praha: LEDA, 2007. CD.

4. FUNKCE A CÍLE PRÁVA

Pro potřeby analýzy efektivnosti práva bývá pojem cílů práva vyhrazen relativně konkrétním konečným stavům, jichž zamýšlí dosáhnout právní předpis či jiná část právního řádu. Funkce práva zde mají více analytickou a abstraktní povahu. Platí však, že každý cíl, jehož chce právo dosáhnout, v různé míře přispívá k oslabení či posílení jednotlivých funkcí práva.

Při stanovování způsobů, jimiž má být naplněn uvažovaný cíl právní normy (právního předpisu), je nutné zabývat se tím, jak zvolený způsob dosažení cíle ovlivní obecné funkce práva, zejména funkci řádu a funkci rozsuzovací, neboť není žádný důvod se domnívat, že nové právní normy budou mít na funkce práva neutrální vliv. Cílem tohoto imperativu není znemožnění změny právní úpravy (stabilita prospívá funkci řádu i funkci rozsuzovací), nýbrž požadavek, aby změna byla provedena tak, aby funkce práva neoslabila. Právo totiž funkce, které mu připisujeme, neplní automaticky, jen prostým faktem své existence.

5. Efektivnost jako právně vědecká otázka

Z úvah o odstraňování překážek efektivnosti práva nelze vynechat žádnou oblast, která může fungování práva ovlivňovat. Věda zde není výjimkou. Tato myšlenka není výzvou k přímé instrumentalizaci vědy, nýbrž jen připomínkou, že právní věda musí mít silný hlas v diskusi o celospolečenských právních otázkách každodennosti.¹¹⁸

Níže uvedený text se jednak bude zabývat tím, jaké je místo studií efektivnosti práva v rámci pravovědy, pozornost je věnována i vztahu teorie a praxe, jakož i náležitému uplatnění vědeckých poznatků v právotvorbě. Protože efektivnost je tématem primárně ekonomickým, zvláštní místo je věnováno i obavám z ekonomické ideologizace práva.

5.1 Právní věda a její obor poznání

5.1.1 Dvě protichůdná pojetí právní vědy

Ryzí nauka právní se v oblasti výzkumného zaměření a užívaných metod držela v zásadě normativistického výměru své činnosti, který se zaměřoval poměrně striktně na normy *de lege lata*, což lze připomenout například tímto citátem: „*Předmětem poznávání normativního jsou normy a nelze věc chápati tak, že by jí byly předměty nebo věci, o kterých tyto normy jednají.*“¹¹⁹ Toto metodologické východisko mělo důsažný vliv na hodnocení ostatních výzkumů: „*Co jinak se – mimo obor normativní teorie – produkuje, má jen vnější náter a název produkce právnícké.*“¹²⁰

¹¹⁸ Věda je ve svobodné společnosti autonomní silou, kterou nelze manipulovat. V minulosti byly možnosti vědy v tomto směru přeci jen omezené, přes veškeré záslužné snahy vědců o opak.

¹¹⁹ Weyr, F., Právní věda a věda o právu, poznámky ke Kaplanově a Englišově noetice, Brno, Orbis, 1935, str. 9. Pokud budou v tomto textu užívány četné příklady a odkazy na brněnskou školu, je to čistě proto, že byla pro své výrazné metodologické zaměření a četné polemiky dobrým příkladem k demonstraci předmětných obtíží.

¹²⁰ Weyr, F., Teorie práva, Brno, Orbis, 1936, str. 164. Tato snaha o čistou právní vědu se pochopitelně opírala o hluboké gnoseologicko-filosofické důvody: „*Pokud poznávající subjekt... užívá... metody kauzální [táže se po příčině s cílem vysvětlit, nikoli poznat] dochází k problémům neřešitelným, které... jsou vlastně problémy „na oko“, a rozplynou se v nic, jakmile si uvědomí svůj metodický synkretismus [směšování kauzální a normativní metody] a opustí její.*“ Tamtéž, str. 53.

Zmíněné citáty jsou odrazem metodologických polemik vedených na nově založené brněnské právnické fakultě.¹²¹ „Pro normativisty může být jen věda o právu, tj. věda o právních normách, vědou.“¹²² V tomto boji nezůstávala pozadu ani sociologická nauka o právu, která Weyrovými slovy vytýká normativní vědě, že je pouhou interpretační naukou.

Aniž bychom se pouštěli do nuancí rozdílů mezi právní vědou a vědou o právu, nutno chápat, že František Weyr upozorňoval na důležitý problém, totiž že normativní teoretické poznání je infiltrováno metafyzickými a prakticko-politickými, či ideologickými hledisky. Vedlejším důsledkem však bylo vytlačení zkoumání mimoprávních faktorů, či užívání mimoprávních metod mimo vědecký zájem teorie práva. Všimněme si ale, že i společenské osvětí normotvorby leží zcela mimo rámec výše uvedeného výměru právní vědy. Vzniká však současně nepříjemná situace: právní věda extralegální faktory a metody vylučuje ze svého zorného pole, ale ostatní společenské vědy uvolněné místo neobsazují, protože je považují za doménu právních vědců, a to nejenom pro složitost a svébytnost práva, ale protože právní systém z vnějšku definují šířeji než čistá právní věda. Životná právní věda nemůže ponechat popsany „negativní kompetenční konflikt“ bez uspokojivého řešení.

Právní věda se musí ohlížet i na realitu. Na to, jak se právo skutečně chová. Tradičně je u nás tento bod zájmu vymezen sociologií práva.¹²³ Lze pochopit podezřívavost vůči sociologii, která se ještě počátkem dvacátého století držela původního comtovského záměru zkoumat

¹²¹ Avšak zaměření na formy a metody vědeckého poznání byl symptomatický i pro ostatní společenské vědy nově založené fakulty.

¹²² srov. Weyr, F., *Právní věda a věda o právu*, poznámky ke Kallabově a Englišově noetice, Brno, Orbis, 1935, str. 9, 23 a 44. „...*Je-li Englišova věda skutečně vědou, tj. poznáváním, pak... tato praktická věda... byla by dokonalou obdobou 'právní vědy'... obě něco 'tvorí' Kallabova věda tvoří...normy, Englišova by tvořila účely (postuláty). Já však tvrdím, že žádná z nich nemůže být 'vědou'.*“

¹²³ „*Úkolem sociologie práva je informovat zákonodárce o tom, do jaké míry bude zákon, který navrhuje respektován*“ Podgórecki, A. *Sociologie práva*. Praha. Svoboda. 1966, str. 52. Nyní by již asi takový sociálně-inženýrský optimismus o předvídatelnosti chování sociální reality nebyl udržitelný. Citát dobře dokumentuje implicitně stále přítomné schéma uvažování o dělbě práce v rámci studia práva. Podgórecki v průběhu let svůj postoj korigoval – srov. například jím spolueditovaný sborník, kde najdeme například i kapitolu o temném sociálním inženýrství, kde Cathleen Csaba v případové studii rozebírá normativní mýtus o Pavlíku Morozovovi; další příspěvky věnují pozornost vztahu sociotechniky a autoritářství či vztahu sociotechniky k hodnotám – Podgórecki, A., Alexander, J., Shields, B., *Social Engineering*, Carleton University Press, Ottawa, 1996.

všechny společenské fakty, snažila se držet i jeho imperiální záměr být „vědou věd“ a *určovat* kudy má společnost jít, přičemž však odmítala přiznat, že četné informace ukazují, že tento výměr i ambice jsou nereálné. Nyní jsme však již dál.

Ujasnění si svého místa nebylo pro sociologii práva snadné. Už před válkou bylo možno zaznamenat takové sociálně inženýrské myšlenky přeceňující schopnost lidského poznání: *„Úkolem právní sociologie jest zkoumati právní jevy v souvislosti s lidskou společností a to nepředpojatou analysou materiálu, čerpaného ze zkušenosti. ... Právní věda svou uzavřeností v sebe samu ztratila do jisté míry kontakt s dneškem. Kdyby sociologii zdařilo se jen docílití toho, aby právo stalo se živým a odpadla mrtvá ustanovení, aby právo odpovídalo nejen potřebám doby, ale i zajišťovalo správný vývoj pro budoucnost, pak by sociologie v poměru k právu vykonala úkol nejzáslužnější.“*¹²⁴ I osmdesát let poté, co byla tato slova napsána, jsme nuceni rezignovat na možnost objektivně poznat potřeby doby, neboť sociální realita je komplexní a poznávací možnosti lidského rozumu jsou omezené.

Právní věda se nevyhýbá reakci na vlivy z jiných vědeckých oblastí. Jak bylo ukázáno výše, nevyhýbá se ohledu na mimoprávní faktory a umí tvůrčím způsobem užívat i metod původně vzniklých na půdě jiných věd. Proto i výzkum efektivnosti práva patří do výměru soudobé právní vědy.¹²⁵ Přiznané vykročení do právního okolí neznamena destruktci právní vědy, stále totiž zůstaneme uvnitř Alexyho trojúhelníku systematická platnost, sociální účinnost a akceptovatelnost právních norem.¹²⁶

¹²⁴ Koblížek, Oldřich, Sociologie a právo, Zvláštní otisk Sborníku věd právních a státních, Praha, 1934.

¹²⁵ Úvahy se pohybují přesně v tom prostoru, který pro právní vědu zapověděla ryzí nauka právní (srov. Veverka, V., Čapek, J., Boguszak, J., Základy teorie práva, Praha, Aleko, 1991 str. 21. nebo Veverka, Vladimír, Čapek, Jiří, Boguszak, Jiří, Základy teorie práva, Praha, Aleko, 1991 str. 27).

¹²⁶ Cit. dle Holländer, Pavel, Nástin filosofie práva, úvahy strukturální, Všehrd, Praha 2000, str. 17.

5.1.2 Náležitě nastavení vztahu teorie a praxe a úvahy o povaze a roli vědy

Jedním z výrazných rysů intelektuálního stylu Jaroslava Kallaba¹²⁷ je jeho pojmání relace teorie – praxe. Teorie samozřejmě nesmí být zcela ve vleku praxe, avšak zrovna tak se nesmí od praxe odpojit: „*K důkazu, že nějaká teoretická konstrukce jest správná, nestačí její právní bezvadnost. Vyžaduje se nad to, aby byla prakticky upotřebitelnou tj. aby byla metodickou pomůckou umožňující nám správnější řešení konkrétních otázek.*“¹²⁸ I když je téma hojně zpracováno nadměru povolanými osobami, nemělo by škodit, nahlédneme-li na polemiky o úloze právní vědy očima opatrných oponentů normativní vědy.¹²⁹

POLEMKA JAKO TEST TEORIE

František Weyr si Kallabovy kritiky váží. Sám opakovaně Kallaba označoval za jediného svého relevantního kritika: „*Nejvážnějším, ba vlastně jediným skutečným kritikem noetických základů normativní teorie v našem písemnictví jest dosud Jaroslav Kallab... ...Není možno reklamovati Kallaba pro normativní teorii, jak jsem to s výhradami učinil.... Kallabovy polemiky proti normativní teorii činí přes veškerou svou zásadní odmítavost dojem oázy v poušti.*“¹³⁰ Na Weyra dělala dojem

¹²⁷ Učence, jenž byl stejně tak trestním právníkem, jako významným právním filosofem, internacionalistou (zastupoval mj. mladou republiku na konferencích v Trianonu a Versailles) a vedle vši této práce se ještě stačil položit základy *systémové* sociální péče o matky, děti a mládež. Aktivita na poli trestního zákonodárství nad mládeží byly součástí mnohem širšího rámce budování systému péče o děti, mládež, svobodné matky a válečné sirotky, na němž měl Kallab lví podíl, a projevil se tak jako vědec, který i v rámci plnění nepsaného úkolu společenské spoluzodpovědnosti, vždy najde prostor pro uplatnění schopností získaných ve své profesi.

¹²⁸ Císařová, Dagmar, Několik zamyšlení nad Kallabovou prací „Základy nauky o způsobilosti býti stranou a o příslušnosti soudu v trestním řízení rakouském“, Praha 1907, in Sborník z konference k úmrtí prof. JUDr. Jaroslava Kallaba, Masarykova universita v Brně, Brno, 1992, str. 19.

¹²⁹ Z doby po listopadu 1989 zejména: Bulín, Hynek, Jaroslav Kallab a Weyrova normativní teorie právní, in Sborník z konference k úmrtí prof. JUDr. Jaroslava Kallaba, Masarykova universita v Brně, Brno, 1992, str. 65–95 a Kubeš, Vladimír, Dějiny myšlení o státu a právu ve 20. století se zřetelem k Moravě a zvláště k Brnu. Díl první, Masarykova univerzita v Brně, Brno, 1995, str. 198–210, Kapitola 14, Kallabův přínos normativní teorii. Dopředu se proto omlouvám těm, kterým by se snad mohlo zdát, že nejsem k Františku Weyrovi dosti uctivým; vše je totiž dáno – zcela v kallabovském duchu – perspektivou pohledu.

¹³⁰ Weyr, F. Teorie práva. Brno-Praha, 1936, s. 375 a 377. Dle H. Bulína (opus. cit. s. 95) se Kallab se podílel na upevnění základů normologie.

Kallabova poctivá snaha ponořit se na základě důkladného studia ryzí nauky právní do jejího diskursu¹³¹ a kritizovat ji „zevnitř“, což je přesně ten způsob, jak má být s každou teorií nakládáno. Podobný empatický přístup však není samozřejmostí a často pracujeme s karikaturami teorií. Není jednoduché zaujmout stanovisko k tomu, kdo byl v polemice „vítězem“, resp. kdo prohrával, pomineme-li otázku, zda lze vůbec polemiku takto pojímat, a zda jejím účelem není spíše tříbení stanovisek. Nicméně nahlédnutí do Weyrových publikací ukazuje na jistou nervozitu a přecitlivělost na straně jedné a bohorovné přehlížení práce jiných vědců, či odsudky celých vědních oborů na straně druhé (např. označení standardní romanistické práce, užívající metodu historické a komparativní analýzy za „toliko referát“, a nikoli právní teorii)¹³². Tento postoj je logickým dopadem výměru ryzí nauky právní, která chtěla být čistou, nezpochybnitelnou a tedy jedinou vědou o právu; ostatní obory se měly právně teoretických úvah vystříhat, resp. posečkat, zda jejich závěry (sebelépe empiricky či jinak opodstatněné) projdou testem provedeným deduktivní (a tedy na předpokladech založenou) metodou paradigmatu čiré nauky.

Kallab uznával důležitost normologie pro vědecké zkoumání práva a svá pojednání (ve srovnání s jinými autory) nekoncepcoval tak, aby na jejím konci bylo totální vyvrácení, nýbrž začlenění do obecného myšlenkového systému, což bylo v duchu jeho filosofie sociálních věd.¹³³

¹³¹ Kallaba zklamalo, že Weyr hlubší studium jeho filosofie nepodnikl. (Srov. Kallab, J. Právní věda a věda o právu, Brno, 1935). Weyr si však nikdy nic takového nepřipustil a považoval za dostačující, že odkázal na jiné autory. Srov. Weyr, F. opus cit., s. 375. Přitom Kallab Weyra k proniknutí do svého systému vyzval již r. 1921. Viz k tomu Kallab, J. Positivní právo a princip spravedlnosti. Časopis pro právní a státní vědu, 1921, s. 241.

¹³² viz k tomu Weyr, F. opus cit., s. 147. Serióznosti na kritice nepřidává, když se její původce na stejném místě (ahistoricky a etnocentricky) položen do prostředí meziválečného právního systému ptá, zda výčet pramenů práva „pochází od samotných tvůrců římského právního řádu“. Weyrovi zde vadí narušení zákonodárského monopolu připuštěním obyčejí a přehlíží, že pranýřovaný romanista, jen cituje Justiniána, tedy *normotvůrce*. Srov. i: „*chatrná teorie římského práva*“ (Weyr, opus cit., s. 153).

¹³³ To mu na jedné straně přineslo od Weyra výtku z eklecticismu a na straně druhé výtku o nemístné smířlivosti Srov. Bulín, H. opus cit., str. 73 a Čermák, V. O podstatě práva, zároveň rozbor normativní teorie. Knihovna sborníků věd právních a státních, Praha: Orbis, 1940, str. 45.

PRÁVO A POLITIKA Z POZICE VĚDY

Typickou ukázkou Kallabova přístupu je stať: Poznámky o významu normativní teorie (čiré vědy právní) pro teorii práva trestního. Příspěvek k poznání vztahu mezi právem a politikou.¹³⁴ Kallab podnikl intelektuální experiment, kdy „formou normy“ uvažoval o politice, tak jak se projevuje v trestním zákonodárství.¹³⁵

Otázka, na jakých základech bude vybudováno trestní právo, je nejen právní, ale i politická, čímž Kallab vysvětluje, že v novodobých zákonodárných pracích se otázky neřeší cestou vědeckého rozboru, ale cestou politického kompromisu. A zde Kallab, po kritice (programové) nevšímavosti normologie k otázkám moci a politiky staví tezi, že i demokratická politika¹³⁶ je podřízena normám. Normologie naproti tomu výslednice politických procesů pojímá jako důsledek přírodovědně chápané kauzality. Dále Kallab analogicky s pojmem objektivnosti poznatku vymezuje spravedlnost jako snahu po jednotném *chápaní* toho, co býti má. *„Jest obrácením myšlenkových základů práva, tvrdíme-li, že norma jest závazná proto, že máme poslouchat zákonodárce. To nesmíme přehlížeti ...jinak bychom totiž došli k závěru, že pro myšlení normotvůrce není pravidel, že věda tu ustupuje libovůli... Vidíme-li však v právu... projev snahy po jednotném, tj. spravedlivém řešení otázky, které z možných chtějí považovati za objektivní, získáváme nejen jasnou směrnici pro kritiku díla zákonodárcova, nýbrž i pro **interpretaci a aplikaci** práva, i konečně pro řešení otázky poměru práva a politiky.“*¹³⁷ Interpretace a aplikace, tj. praxe právní, je hledáním správného práva.¹³⁸

¹³⁴ Kallab, J. Poznámky o významu normativní teorie (čiré vědy právní) pro teorii práva trestního. Příspěvek k poznání vztahu mezi právem a politikou. Vědecká ročenka PRF MU. XUI, Praha-Brno: Orbis, 1932, s. 41–65.

¹³⁵ V duchu své definice, podle níž ryzí nauka právní, čili normologie zkoumá myšlení dané formou normy.

¹³⁶ Nikoli politika *sic volo, sic jubeo, stat pro ratione voluntas* – Kallab, J. opus cit., str. 51 a 52.

¹³⁷ Tamtéž, ss. 57, 59, 60, 61 a 65.

¹³⁸ Normu začleňujeme do souboru jiných norem, které se časem mění, čímž Kallab odkazem na Gényho vysvětluje, proč norma během dějin často mění svůj smysl.

ZAHRNUJE WEYROVA PRÁVNÍ VĚDA VŠECHNY OTÁZKY, JEŽ KLADE PRAXE?

Nyní obraťme pozornost ke stati „*Právní věda a věda o právu. Poznámky k Weyrově noetice*“¹³⁹, kterou V. Kubeš označuje¹⁴⁰ za nejlepší vystižení jádra Kallabovy teorie. Pro styl Kallabova myšlení je příznačné, že v úvodu stati, která byla reakcí na podobně nazvaný Weyrův článek, přivítal, že Weyr se odhodlal vstoupit do argumentační arény a dal podnět ke: „*kontradiktornímu projednání základních otázek metodologických, jimž se zabývají někteří členové právnické fakulty brněnské.*“ Kallab zde dal najevo své hluboké uznávání principu polemiky, otevřeného soupeření názorů, komunikace a přihlásil se též jak k myšlence soutěže, tak k myšlence pluralismu. „*Neboť i když se zjistí rozpory ...bude z toho zisk, že se vyjasní pouhá nedorozumění a odliší skutečné rozpory od pouhých rozdílů terminologických, ke kterým sváděl dosavadní zvyk projednávati zásadní metodologické otázky ve formě monologiů.*“¹⁴¹

Nepřekonatelná různice mezi Kallabem a Weyrem panovala v oblasti vztahu poznávání a tvoření, kdy Weyr zásadně rozlišoval mezi poznáváním a chtěním a mezi intelektem a vůlí. V noetice, nauce o poznání, však podle Kallaba takové přísné rozlišení není možné. Kallab si zde vzal na pomoc psychologii, „německou“ teorii hodnot, anglický pragmatismus a Bergsonovu filosofii. „*Nemohu tedy uznati, že při poznávání (toho co jest) nespolutpůsobí vůle, kdežto zase to, při čem vůle spolupůsobí (odpověď na otázku co má býti) není poznáváním.*“¹⁴² Weyr roli vůle v poznání odmítl.¹⁴³ Avšak např. výrazný normativista V. Kubeš konstatoval, že jeden z nejdůležitějších poznatků kritické filosofie spočívá v tom, že proti mechanické receptivitě vybudovala spontaneitu rozmyslu - poznávající subjekt není pasivním, nýbrž tvoří.

¹³⁹ Srov. Kallab, J. Právní věda a věda o právu. Poznámky k Weyrově noetice. Časopis pro právní a státní vědu, roč. 18, 1935. Odpověď na článek jež se stejným nadpisem, s podtitulem: „Poznámky ke Kallabově a Englišově noetice“ uveřejnil prof. dr. Weyr jednak v Časopise pro právní a státní vědu, roč. XVIII, 1935, s. 81–120, jednak jako sv. LXXIII. Sbírký spisů právnických a národohospodářských, 1935, Zvláštní otisk z Časopisu pro právní a státní vědu, č. VI.-VII., roč. XVIII., Nákladem autora, Brno, 1935.

¹⁴⁰ Opus cit., s. 200

¹⁴¹ Srov. Kallab, J. Právní věda a věda o právu, 1935, s. 1 a podobně i s. 17

¹⁴² Kallab, opus cit., str. 5, 7–8.

¹⁴³ Srov. Bulín, opus cit., s.76, 84.

Vědeckou pravdu o normách může vypovídat historie práva, sociologie práva, nebo metodologie práva, která vypovídá pravdu o formě normy: „*stopuji-li možnosti myšlení formou normy dané*“.¹⁴⁴ To je oblast Weyrovy teoretické vědy o právu, v důsledku čehož však podle Kallaba chybí označení pro celou oblast právních věd praktických, pro myšlenkové postupy, které se snaží dát objektivní odpověď na otázku, co má být. Weyr odmítá právní vědu pro její snahu nalézt objektivní normu, čímž nevypovídá o normě, nýbrž *sama vypovídá ve formě normy*, sama je normotvůrcem. Avšak norma nikdy nemůže být podle Weyra objektivní, protože chybí možnost srovnání s objektem, čímž popírá, že i normu mohu *srovnávat s lidskou zkušeností o tom, co být má*, což podle Kallaba pramení z toho, že svůj pojem objektivnosti a skutečnosti Weyr bere z pozitivistické filosofie, a nikoli z kritického idealismu. V moderním státě jsou stanoveny orgány, které autoritativně stanovují co být má, avšak při noetické otázce po smyslu normy nelze směřovat logickou platnost (tj., že každý správně myslící subjekt ji musí uznat za správnou) s platností „sociologickou“ (že tlakem autority se musím normou řídit), stejně jako s platností „psychologickou“ (že z těch či oněch důvodů normu prakticky uznávám).¹⁴⁵

SPOR O VĚDECKÝ STATUS SOCIOLOGIE PRÁVA

Spor o relevanci jiných věd pro právní vědu lze demonstrovat na stati „*Tři poznámky k Weyrově úvaze o metodě sociologické*“¹⁴⁶. Kallab důrazně upozorňuje, že lidské myšlení má *společenskou povahu*, řečí, tradicí a mravy, literaturou, uměním sdílíme určité myšlenkové výtvořiny, jež se po svém vytvoření jednotlivcem staly obecným majetkem velkých skupin. Kallab pokračuje: „*Weyr jako učenec jistě ví, jak nepatrný je přínos jednotlivců ve vědě. Z největší části přejímáme poznatky již hotové.... již nutnost dorozumívati se řečí vede nás k tomu, abychom ve*

¹⁴⁴ Kallab, Právní věda a věda o právu, str. 19.

¹⁴⁵ Podobné přiřazování některých pohledů oborům (logice, sociologii, psychologii) přetrvalo dodnes, přestože je zrádné, neboť je často činěno bez ohledu na to, co dané obory o té které věci či jevu skutečně říkají. Vše co nějak souvisí se společností, a není vhodné to ponechat na půdě práva, má právní věda tendenci připisovat sociologii; srov např. „sociologické pojetí vlastnictví“, atd., atp.

¹⁴⁶ Publikováno v Časopise pro právní a státní vědu. Brno: Právnícká jednota Moravská v Brně, 1928, ss. 1–17.

*slovesch přejímali petrifikované jaksi poznatky svých předků.*¹⁴⁷ Kallab celý tento výklad podnikl proto, aby upozornil, že přes adjektiva duchovní či duševní, není na jevech zaznamenatečných v našem prožívání nic metafyzického. Při čtení této pasáže se místy nechce věřit, že jde o před válkou psaný text, neboť jde o zcela soudobě znějící konstatování z oboru sociologie vědění.¹⁴⁸ Záhadnost tohoto Kallabova předjímání strukturalistického a socio-lingvistického obratu v sociálních vědách mizí, uvědomíme-li si, že studoval ve Francii, která je baštou tohoto paradigmatu. Budiž proto tato poznámka dokladem užitečnosti univerzitních výměn, interdisciplinarity a vytváření prostoru pro svobodné bádání o zdánlivě odtažitých věcech.

Úvodem¹⁴⁹ druhé poznámky týkající se objektivního poznatku Kallab souhlasí s Weyrovou výtkou o omylu těch sociologických směrů, které se přírodovědnými metodami snaží zjistit objektivní zákonitosti vývoje lidských dějin¹⁵⁰. Právo platí bez ohledu na to, co si o něm myslíme, zda je uznáváme, zda je logické. Kallab odmítá, že by tato povaha norem byla důvodem pro vyloučení hodnotících poznatků o normách z vědeckého normativního myšlení.¹⁵¹

Řeč jako historický a kulturní produkt, jako sediment praxe a sociální zkušenosti *pudí* (nevědomě) *myšlení* určitým *směrem*. Při vědeckém poznání je proces zaměřenosti myšlení již vědomý, avšak mezi poznávajícím a předmětem poznání je řeč, ve které je již myšlenkové dílo předků petrifikováno. Kallabovo uvažování jde zcela v duchu dnešní sociální vědy, takže nepřekvapí, když v duchu teorie paradigmat upozorní, že poznatky jsou podmíněny *stanoviskem*, z jehož úhlu jsou

¹⁴⁷ Kallab, Tři poznámky o metodě sociologické, s. 7.

¹⁴⁸ Právníkům by nemělo ujít upozornění na kontextuální, situačně a temporálně podmíněnou podstatu významu slov. Slova jsou pro právníka skalpelem (srov. Filip, J. Ústavní právo I. Základní pojmy a instituty. Ústavní základy ČR. Brno: Doplněk, 1999, str. 294). Přesnosti není v právním vyjadřování nikdy dost, avšak sociální povaha slov a řeči způsobuje, že právníkův skalpel má občas nemile elastickou čepel i rukojeť.

¹⁴⁹ Srov. Kallab, opus cit., s. 7 a násl.

¹⁵⁰ Neboť takové počínání by vyžadovalo existenci normy, s níž by byl vývoj poměřován. Poznámka H. B: typickým představitelem takové sociologie byl Auguste Comte a jeho *positivismus*.

¹⁵¹ „Normu zákonnou uznáváme ne proto, že nás k ní vedou pravidla správného myšlení o tom, co má být, nýbrž pravidla správného poznávání toho, co jest, uznáváme závěr za správný (za objektivní, na naší individualitě nezávislý), poněvadž vyplynul ze správného použití pravidel myšlení.“ Kallab, J. opus cit., s. 14 a násl.

činěny. I princip kauzality¹⁵² je myšlenkovým výtvořem, jenž je třeba předpokládat (jde tedy o apriorní hledisko).

Polemiku s útokem na vědeckost sociologie uzavírá Kallab takto: „*Poznání právníkové je normativní... tu jde vždy o odpověď na otázku, co má být... Naproti tomu sociologie se zabývá zjevy kulturními, tj. těmi zjevy, jež nelze myslit bez supozice postulátu, ale zabývá se jimi metodami popisnými, totiž hledá odpověď na otázku, co jest.*“

SPRAVEDLNOST JE NUTNÝ ČI NEŽÁDOUCÍ ATRIBUT POSUZOVÁNÍ PRÁVA?

Vedle sporu o to, či teorie je v rozporu s učením *kritického idealismu* Immanuela Kanta, z něhož vycházel jak Jaroslav Kallab, tak František Weyr, byla základním úběžníkem kritiky čiré nauky právní setrvalá snaha prokazovat nemožnost či nesmyslnost oddělení práva od ideálu spravedlnosti, což lze manifestovat Kallabovým upozorněním¹⁵³, že ve Weyrově spisu *Základy filosofie právní* není nikde zmínka o spravedlnosti.

Tím byla odstartována významná kapitola polemiky. Kallab sám uvedl, že právě v otázce nutnosti zakomponování spravedlnosti do právně teoretických úvah se s Weyrovým učením nejvíce rozchází, neboť jde o jednu z nezávažnějších právních otázek vůbec. Kallab přitom odmítl výtku, že jeho pojem spravedlnosti je nejasný, resp. že je budován ve shodě s nějakou mravní zásadou – v souladu se svou teorií objektivnosti připomněl, že o spravedlnosti hovoří jako o principu logickém, nikoli mravním. Weyr však označil nazývání principu jednotnosti spravedlností za zavržitelné: „*poněvadž označujeme tím představu bez toho již velice nesnadnou a obtížnou slovem, které v obecné mluvě znamená něco zcela jiného.*“¹⁵⁴

I obecný (laický) názor vyžaduje u aplikace práva jednotnost (spravedlnost jako posuzování podobných případů podobně a rozdílných

¹⁵² Kallab, *Tři poznámky*, opus. cit., str. 16. Zde je uveden citát z Rickerta, avšak na artifiční povahu kauzality upozornil již David Hume. Analýzu kauzality nemůže pomínout žádný kriminalista, resp. právník zabývající se odpovědností. Weyr (dle Bulín, opus. cit., s. 76) však žádný problém s kauzálním zákonem nemá a proklamuje jej jako zákon obecný. Skutečnost je dle Weyra kauzální (ibid., str. 80).

¹⁵³ Kallab, J. *Positivní právo a princip spravedlnosti*. Časopis pro právní a státní vědu, 1921, s. 241–245.

¹⁵⁴ Kallab, J. opus. cit., s. 242.

rozdílně) a snaha vytlačit problém za hranice vědy poukazem na jeho mimoprávnost neobstojí, neboť jde o požadavek logický.¹⁵⁵

Weyr viděl v imperativu zahrnutí spravedlnosti do systému právních norem návrat „k přirozenoprávnímu bludu“¹⁵⁶ a považoval snahy o nalezení kritéria mezi spravedlivým a nespravedlivým právem za noetickou chybu¹⁵⁷, neboť posuzování obsahu normy je mimo kompetenci vědy¹⁵⁸. Šlo též o úsilí logicky nemožné, neboť se pracuje se dvěma odlišnými normovými soubory: totiž s právem a s etikou. Spravedlivé je dle Weyra to, co je v souladu s určitou normou.¹⁵⁹ Weyr, jehož teorie se programově soustředila na formální¹⁶⁰ (nikoli obsahové) aspekty práva, považoval otázku spravedlnosti za nikoli možný předmět vědeckého poznávání¹⁶¹, a to na základě deduktivního, formálně logického vývodu, podle něhož je spravedlnost¹⁶² předpokladem *každé* právní normy. Zde se projevuje jistá tendence „řešit“ některé otázky tím, že je vykáže za hranice teorie.

Kallab konstatoval,¹⁶³ že Weyr je v otázce spravedlnosti opatrný pravděpodobně pro potíže, jak naložit s event. nespravedlivou normou. Kallab upozorňuje na etnocentrické a kontinentálně zaměřené (z francouzského osvícenství pramenící) Weyrovo východisko,¹⁶⁴ podle něhož jen zákonné právo je právo, a pohotově sahá k historicko-komparativnímu argumentu, poukazuje na *prétorské právo*, nekodifikovanou anglickou ústavu, kdy není možno nalézt „zákon“, který

¹⁵⁵ I soudobá jurisprudence odhlíží od vnitřních spleťností práva a staví poměrně radikální požadavek testovatelnosti každého právního aktu principem správnosti, či dobra. Tamanaha, B. A general jurisprudence of law and society. New York: Oxford University Press, 2001, s. 241.

¹⁵⁶ Srov. Kalab, J. Positivní právo a princip spravedlnosti. Časopis pro právní a státní vědu, 1921, s. 241.

¹⁵⁷ Srov. Weyr, František, Teorie práva, Praha, Orbis, 1936, str. 84. Podobně o normativistech Kallab, J. Poznámky o významu normativní teorie..., s. 57.

¹⁵⁸ Citováno dle H. Bulína, opus cit. s. 71 a 72.

¹⁵⁹ Srov. Weyr, opus cit., s. 83.

¹⁶⁰ „Podle Weyra každá norma bez ohledu na její obsah může být právní“ (srov. Bulín, cit. práce, str. 68); srov. i např. Weyr, F., Teorie práva, str. 155.

¹⁶¹ Srov. Weyr, F., opus cit., s. 83; podobně ve vztahu k možnosti hodnocení obsahu norem srov. str. 149.

¹⁶² Weyr zde hovoří o absolutní spravedlnosti, v protikladu se spravedlností relativní, kterou však definuje jako spravedlnost, k níž dojdeme porovnáním, hodnocením dvou norem, či zásad.

¹⁶³ Již v roce 1921 – Kallab, J. Positivní právo a princip spravedlnosti. Časopis pro právní a státní vědu, 1921, s. 243.

¹⁶⁴ Skotské osvícenství, spojené s empirií a poznávací skepsí zanechalo odkaz odlišný.

by zakládal závaznost precedentu, a doporučuje k přečtení Ehrlichovu studii, podle níž islámské právo nezná myšlenku právo tvorné moci státu. V závěru Kallab varuje před škodlivostí představy o všemocnosti státu a zákonodárce, o tom, že zákonodárce může učinit právem i největší nespravedlnost, neboť i velká díla zákonodárná vznikla u vědomí toho, že nad jejich tvůrci stojí vyšší moc, totiž zásady logiky. Kallab na mnoha místech mluví o spravedlnosti jako o dynamickém procesu stálého upravování a opravování (všech) norem.

ROLE PRAXE

F. Weyr, veden poznatkem o tom, že tradiční právní věda je v (neblahém) vleku římskoprávní nauky, odmítal přiznat římské jurisprudenci, té zvláštní, nerozeznatelné směsi právní teorie a praxe, status právní vědy; hovořil o ní jako o *praktické nauce aplikace práva*¹⁶⁵, vadil mu sklon římských juristů k praktikismu, díky němuž nemohli – podotkněme důrazně, že podle Weyra –, podobně jako praktický inženýr ve vztahu k matematice, „vytvořit ucelenou soustavu pojmů, čili... teorii“. Jaroslav Kallab pracoval deset let jako soudce¹⁶⁶, což nesporně ovlivnilo jeho pohled na praktické¹⁶⁷ uplatňování práva. V osobě Jaroslava Kallaba se rovněž setkáváme s právním filosofem *par excellence*, takže nijak nepřekvapí, že své poznatky o roli praxe zabudoval do svého noetického systému, s ohledem na empirismus, čímž mu dodal na komplexnosti. František Weyr v otázce poměřování práva potřebami praktického života neváhá označit tyto potřeby za domnělé.¹⁶⁸

I když bychom přijali takový výměr právní vědy, který se od všech hodnotových a pragmatických momentů distancuje a vytěsňuje je mimo svůj poznávací záběr, pak se logicky uvolní prostor pro nějakou jinou

¹⁶⁵ Weyr, F. *Teorie práva*. Brno-Praha, 1936, s. 144 a 145. Když Weyr chvíli předtím přikládá tento praktikismus údajně sebereflexi Římana, který: „*jakoby cítil, že mu chybí k tomu [k soustavnému teoretickému myšlení] nutný talent a originalita*“, projevuje zcela nečekaný sklon k (vědecky) nepodložené spekulaci.

¹⁶⁶ J. Kallab se po promoci se ve svých 24 letech stal soudcem, a soudcovskou službu opustil po 10 letech (během níž se vzdělával i v zahraničí), kdy se stal profesorem trestního práva, a nastoupil dráhu právního vědce.

¹⁶⁷ Shodně také Kubeš, V. *opus cit.* s. 208.

¹⁶⁸ Srov. Weyr, F. *Teorie práva*. Brno-Praha, 1936, s. 157. Bylo by zajímavé pokusit se vysledovat, jak byl tento rys Weyrova přístupu ovlivněn tím, že do akademické sféry vstoupil jako bývalý rakouský státní úředník.

vědu, ať už ji nazveme jakkoli, která se bude při použití metod právní expertízy a právní argumentace snažit odpovídat na otázky, jež právní věda označí za (pro ni) irelevantní. „*Smysl vědy, ať hledá pravdu nebo spravedlnost jest sloužiti životu... ...Úkolem věd pěstovaných na právnické fakultě, jest pěstovati lidskou schopnost hledati spravedlnost.*“¹⁶⁹.

POUČENÍ PRO DNEŠEK

Vývoj ve společenských vědách a vývoj demokratických justičních systémů potvrdil důležitost mnoha otázek, ke kterým přitáhl pozornost Kallabův vědecký instinkt. Ať již budeme mít na mysli např. zvýšenou roli soudů při výkladu práva či obrácení pozornosti ke zprostředkující povaze řeči a jejím důsledkům. Kallab cítil potřebu duchovních věd, a proto trpělivě připomínal, že i o myšlenkových výtvořech lze činit objektivní poznatky. Upozorňoval, že poznatek čiré nauky právní o nemožnosti zasahování vědy do tvorby norem, je (pouze) jejím předpokladem, vstupním axiomem. Také v celém průběhu polemiky s Weyrem byl Kallab zaměřen na to, aby upozornil na fatální důsledky, jež by mohly vyplynout z formalismu normologie: proto setrvale vznášel otázku po začlenění spravedlnosti, proto upozorňoval jak na usměrňující roli vůle v procesu poznání, tak na nepřípustnost libovůle, a až tvrdohlavě trval na tom, že aplikující orgány mají povinnost přizpůsobovat výkladem právní normy pod úhlem interpretační směrnice spravedlnosti.

5.2 Nutné napětí mezi ekonomickou a právní vědou?

Ekonomie a právo je dnes velmi vlivným podoborem *teorie práva*. Domovskou půdou law&economics jsou sice severoamerické university a právní diskurs USA vůbec. To však neznamená, že jde o disciplínu Evropě cizí. Naopak. V základu poznatků LAE nalezneme kořeny evropské, a tak americký soudce a teoretik Richard Posner patří k LAE stejně jako Ital Bruno Leoni nebo Rakušan Ludwig von Mises. A evropské intelektuální zakotvení má i nejdůležitější práce

¹⁶⁹ Kallab, J. Právní věda a věda o právu, s. 23.

pojednávající o vzájemných interakcích a podmíněnosti základních prvků práva a ekonomie, jíž je bezesporu Hayekova práce Právo a zákonodárství svoboda, která podobně jako Schumpeterova Demokracie a kapitalismus mnohé čerpá z témat specifického kulturně-vědeckého středoevropského kontextu přelomu 19. a 20. století.

5.2.1 Mezioborové studie: přínosná fúze či platforma povrchního tlachání?

Uvnitř každého vědního oboru existuje silná tendence dívat se podezřívavě na disciplíny prolínající se různými obory. Je to pochopitelné jak z teoretického, tak praktického hlediska: propojování vede k narušení jednotného pojmového slovníku, který je základem dorozumění uvnitř vědního oboru a existuje i zkušenost s jistým typem „interdisplinaristů“, kteří těží z toho, že své výstupy uvnitř jedné disciplíny prezentují jazykem (a před fórem) disciplíny jiné, což stěžuje verifikaci a kritickou diskusi o předkládaných závěrech. Byl-li by v takových případech k dispozici „překladatel“, mohlo by někdy vyjít najevo, že publiku jsou servírovány banality. Tomu je třeba se vyhnout. Jak napsal francouzský sociolog Mattei Dogan, ke spojení věd se lze postavit dvěma způsoby: *„Jedním extrémem jsou ti, kdo se uzavírají do tradičních hranic své disciplíny, zužující tak obzor a omezující šanci, že přinesou něco nového. Druhým extrémem jsou nadšení imitátoři. V některých oblastech je vypůjčování [metod, pojmů, modelů] pouhopouhým napodobením, nikoli přizpůsobováním provázeným představitostí“*.¹⁷⁰

Prolínání disciplín bude vždy provázeno rizikem výše zmíněné nadšené imitace, nicméně toto riziko by nemělo být důvodem k apriornímu odvržení mezi-vědního „vypůjčování“, neboť zkušenost nás učí, že přínosy jsou cenné a riziko stojí za to podstoupit. Bude vhodné terminologické upřesnění: Dogan odmítá pojem interdisciplinarity jako falešný, neboť interdisciplinarita vyžaduje ovládat celé obory, což je iluze. Týmová práce založená na střídání přístupů zase vede k porcování reality, disciplíny se tak jen setkají, ale neprotnou. Východiskem je právě

¹⁷⁰ Dogan., M., Křížovatky nových společenských věd. Právník, 1997, č. 4, s. 320.

kombinace *hybridizace* segmentů jednotlivých disciplín či specializací, ne však disciplín jako celků.¹⁷¹

Tak i hybridní obor *právo a ekonomie*, který kombinuje specializované podobory ekonomie a právní vědy, skýtá šanci překlenout fragmentaci (v právu například na výzkum jednotlivých právních odvětví) a mezery a trhliny v poznání, které nutně vytvořilo předchozí uzavření se do hranic své vědy. A to na stykové ploše studia lidského jednání a jeho motivace. Tvůrčí přizpůsobování modelů a metod provázené představitostí tak nutně muselo obohatit jak právní vědu, tak ekonomii. Důsledkem plodnosti takového vypůjčení je právě nepochybná explikační síla některých poznatků LAE.

5.2.2 Naše tradice výzkumu práva a ekonomie

Spojení ekonomie a práva není ničím novým a jeho kořeny najdeme i u nás.¹⁷² Hovoříme-li o spojení práva a ekonomie, nemáme co dočinění s nucenou fúzí – jde jen o spojení něčeho, co k sobě vždy patřilo. Ekonomie, resp. národohospodářství a politická ekonomie, byla z právnických fakult vyhnána dílem převládajícím systémovým paradigmatem, usilujícím o přehledné rozčlenění společnosti do subsystémů dále členěných na subsystémy nižších řádů a dílem byla vyhnána z ideologických důvodů,¹⁷³ neboť představovala spolehlivou kritickou platformu pro nově zaváděnou centrálně plánovanou ekonomiku.¹⁷⁴ Nyní je v našich podmínkách law&economics aktivně pěstován na Národohospodářské fakultě VŠE v Praze a na Institutu

¹⁷¹ Dogan (op. cit., s. 298).

¹⁷² Blíže k tomu Baňouch, H.. *Ekonomie a právo: skutečně nemáme na co navazovat?*. In *Ekonomicko-filosofické myšlení v tradici brněnské právní školy – k odkazu Václava Chytila a Vladimíra Vybrala*. Brno: Masarykova univerzita, 2007.

¹⁷³ Více o vypuzení ekonomie z univerzit např. Zajíček, Miroslav.: *Odešel poslední ekonom staré školy František Vencovský*, Respekt 2006, č. 19. Komunisté sice prvorepublikovou ekonomickou tradici zdecimovali, to jim však nebránilo využívat služeb jejích žáků-at' už to byl Zajíčkem zmiňovaný F. Vencovský, nebo na konferenci poctěný V. Vybral. Ostatně stejně byl režimem pokrytecky využíván kulturní kapitál mnoha nekomunistických intelektuálů, kteří prošli kriminály padesátých let. A tak nenávidění „buržoazní právníci“ hájili zájmy země údajně ovládané antagonistickou třídou...

¹⁷⁴ Což vyplynulo i z příspěvku Věry Němečkové „Karel Engliš jako kritik vládního plánu poválečné měnové a finanční obnovy“ na konferenci „Ekonomicko-filosofické myšlení v tradici brněnské právní školy – k odkazu Václava Chytila a Vladimíra Vybrala“ konaném v roce 2007 a pořádané MU v Brně.

ekonomických studií Fakulty sociálních věd UK,¹⁷⁵ tedy stojí mimo právnické fakulty. Avšak ani na půdě brněnských práv by law&economics nemusela být tak cizí, jak se nám na první pohled může zdát: stačí, když byt' jen letmo nahlédneme do prací prvního rektora Masarykovy university Karla Engliše a jeho pokračovatele Václava Chytila (přitom prvního si budeme všimnout jako vědce-ekonomů, nikoli jako politiků).

Při svých úvahách o hodnotách a hodnocení Engliš odmítl nadsubjektivní definici štěstí jako absolutního základu etiky. Současně označil za logicky vadnou (Benthamovu) utilitaristickou myšlenku „štěstí nejvyššího počtu“, neboť štěstí je myšlenkovou konstrukcí subjektivního účelu, přičemž dva účelové soubory nejsou vůbec srovnatelné.¹⁷⁶ Odmítnutí utilitarismu má tedy stejné zdroje jako výše uvedené odmítnutí (Posnerovy) efektivnostní teorie práv a styčné body nacházíme i v příkazu ekonomické analýzy, jež zní:¹⁷⁷ zahrnout i individuální, subjektivistické „pohledy na svět“ a hodnocení. Tedy, jak napsal Engliš: „*Věda, jež chce pochopiti zjevy hospodářské, musí se vžítí do způsobu myšlení hospodařícího člověka, jest proto subjektivistickou*“.¹⁷⁸ Minimálně v oboru obchodního práva, resp. práva soukromého, se při objeovávání efektivních pravidel lidského chování neobejdeme bez poznatků hospodářské vědy.

Dnes existuje silná tendence vidět předválečnou brněnskou právnickou školu monoliticky a ztotožňovat ji s ryzí naukou právní a se jménem Františka Weyra. Tím se však ochuzujeme o význam poznání, které nám může přinést studium myšlenkových odkazů jiných učitelů. Nehledě na to, že tato diskuse měla významný podíl na promýšlení a precizaci samotné čiré nauky právní. „Příslušníky“ brněnské *normativní školy* byli prakticky výhradně jen Weyrovi oddaní žáci-ale ty měl každý z výše citovaných příslušníků *brněnské školy* (adjektivum *normativní* musí být vynecháno záměrně). Příslušnost různých směrů k téže *universitas* však měla význačné vědecké plody vzniklé ze soutěže názorů.

¹⁷⁵ Srov. adresy vysokoškolských pracovišť. Dostupné z: <http://ies.fsv.cuni.cz/> a <http://nf.vse.cz> . Mnoho informací o oboru nalezne zájemce na blogu Law&Economics Blog – Blog o právu & ekonomii, dostupný z <http://leblog.cz/> .

¹⁷⁶ Engliš, K., *Theorie hodnoty a hodnocení*, Praha: Melantrich, 1947, s. 66.

¹⁷⁷ Srov., Šíma, op. cit., s. 29.

¹⁷⁸ Engliš, K., *Základy hospodářského myšlení*, Brno: Barvič a Novotný, s. 1922, s. 78.

Tak jako polemiky Jaroslav Kallaba¹⁷⁹ mohou dnešního čtenáře upozornit na nebezpečnost vyřazení sociologie, historie či římské jurisprudence z fokusu právní vědy, tak texty Karla Engliše¹⁸⁰ upozorňují na nebezpečí vyřazení otázek po finalitě z úvah o právu, ať už má tato finalita podobu spravedlnosti (kterou považoval František Weyr pro její neuchopitelnost za právněvědecky irelevantní), anebo jde „jen“ o vyloučení úvah o účelu interpretované normy, které nemá tak jako v prvním případě drastické důsledky, nýbrž „jen“ činí právo v každodenním životě téměř neupotřebitelným nástrojem v praxi se vyskytujícími problémů. Ekonomické a k praxi tíhající zakotvení Engliše vedlo k poznámce o nutnosti používat teleologii jako výkladovou pomůcku¹⁸¹ a stejným směrem – poutáním pozornosti k účelu – mohou sloužit tyto pomůcky i nám.

Přínosy ekonomie právní teorii tak lze s opatrnou nadsázkou ilustrovat například na Weyrově názorovém vývoji, kdy po předválečných protestech, jimiž (odvoláváním se na Kanta) zahrnoval vsunutí třetího, teleologického prvku (chtění) mezi bytí a mětí (normativita), v poválečném vydání Úvodu do studia právního (1946), změnil názor a zmínil i výkladovou relevanci teleologického jazyka. Předmět vědeckého zájmu *ekonomie*, a plody takového studia, obohatily jiný vědecký obor – právní vědu. Při pochybnostech o oprávněnosti tohoto soudu lze nahlédnout do celé řady předválečných vědeckých sborníků a právnických časopisů, v nichž byly ku prospěchu věci vedeny otevřené polemiky jednotlivých názorových škol, které se v diskusích a polemických střetech vzájemně obohacovaly a zpřesňovaly své poznatky.

¹⁷⁹ Srov. např. Kallab, J., Právní věda a věda o právu. In Brněnská škola právní teorie (normativní teorie), Praha: Karolinum, 2003, str. 227–253 nebo Kallab, J. Tři poznámky k Weyrově úvaze o metodě sociologické. Časopis pro právní a státní vědu. Právnícká jednota Moravská v Brně, 1928, s. 1–17.

¹⁸⁰ Za všechny srov. např. Engliš, K., Kritika normativní teorie. In Brněnská škola právní teorie (normativní teorie), Praha: Karolinum, 2003, s. 195–212.

¹⁸¹ Op. cit. s. 205.

5.2.3 Exkurz: příklad využití psychologie v právu

Stěží hledat vážnější výzvu pro sociální vědy, než je otázka řešení rasových předsudků vedoucích k přetrvávání rasové diskriminace. Spojené státy americké se ještě v polovině dvacátého století potýkaly s rasovou diskriminací, která měla silnou společenskou podporu, ačkoli je neslučitelná s ideou demokracie. Kniha klasika psychologie Gordona Allporta¹⁸² je dobrou ukázkou úskalí, která čekají úsilí o sociální změnu v prostředí demokratického státu, který v důsledku vzato nemá oprávnění „měnit“ občany proti jejich vůli, ale je rovněž dobrou ukázkou zdravého skepticismu k možnostem práva, který je však v našem současném prostředí sociální vědy stále výjimečný.

Když Allport psal v roce 1953 předmluvu k vydání své bezmála šestisetstránkové knihy zevrubně zkoumající fenomén předsudků, byl si vědom, jakému složitému problému čelí a jaké omezené prostředky má sociální věda k dispozici a jak velkou odpovědnost na sebe bere. K tématu přistoupil pokorně, přes svou nespornou a výsledky prověřenou erudici a přes vědomí, jakou sílu poskytuje zázemí Harvardské univerzity. Kniha pečlivě rozebírá fenomén předsudku a konstatuje, že je něčím normálním, přirozeným projevem života ve skupině. Poté je rozebrána odlišnost, reakce na ni, včetně podob „reakce na reakci“. A následuje hluboká a jemná analýza včlenění vnímání odlišností do našeho poznávání, jazyka a myšlenkových stereotypů, kdy úvahy pokračují směrem k sociokulturním faktorům a procesu získávání předsudků v procesu socializace (včlenění do společenských pravidel). Poté je analyzována dynamika předsudků, jejich projevy u jednotlivých typů osobnosti, a není vynechána role náboženství.

Když se vědec dostane ke snižování napětí mezi skupinami, obrátí se k zákonu, avšak se skeptickým otazníkem „Pomohl by zákon?“¹⁸³ A autorova analýza je důkladná i zde, a noří se i do dějin a druhů legislativy. I když je autor optimista ohledně možnosti zákonů měnit

¹⁸² Allport, G., W., O povaze předsudků, Praha, Prostor, 2004. Pro právníky je instruktivní kapitola Pomohl by zákon?, str. 475-491, Závěrečné slovo k hodnotám, str. 526-529

¹⁸³ Citovaná práce, str. 475-491.

postoje „střední skupiny smrtelníků, kteří je potřebují jako spolehlivého rádce při formování svých zvyků,¹⁸⁴ upozorňuje, že legislativa o menšinových skupinách by se měla v nejvyšší dosažitelné míře opírat o výzkumy, publicitu, přesvědčování a usmiřování. Pocit cizí nadvlády sníží účinnost zákona. „Předsudky patrně neodstraní zákony, které způsobem, jakým jsou schvalovány, budí další předsudky“.

Vztah práva a sociálních věd autor vidí jako zbytečně oslabený a postěžuje si, že soudy mají jen malý zájem o vědecké poznatky.¹⁸⁵ I když právní kroky mohou mít jen nepřímý vliv, apeluje Allport na to, aby byly podnikány na základě vědeckých výzkumů (a chce se dodat, výzkumů stejně erudovaných, jako je ten Allportův). Přestože právní opatření mají autorovo požehnání, kniha končí důrazem na nápravné projekty, jako jsou vzdělávací programy, kontaktní a seznamovací projekty a mediální působení, kdy je skeptický k přesvědčování a připomíná roli autentické katarze. I pro naši soudobou situaci a ústavní debatu je poučné přiznání role hodnot a jejich místa v procesu vědecké práce, kdy hodnoty mají pouze motivační a inciační roli, avšak nemohou a nesmí ovlivnit formulaci problému, vědecké pozorování, experimentování, shromažďování dat či zobecnění pozorovaných pravidelností ani do procesu komunikace mezi teorií a výsledky výzkumu. Neboť myšlenka tolerance byla vstupní *hodnotou* výše dokumentovaného výzkumu.

5.3 Obavy z ekonomické ideologizace pravovědy – odmítání supremace ekonomické ideologie

V právní vědě je nebezpečí ekonomické ideologizace¹⁸⁶ samotné právní vědy silně pocíťováno. Pavel Maršálek rozhodně odmítá¹⁸⁷ vpád ekonomie do hájemství práva, neboť právo nelze redukovat na funkci

¹⁸⁴ Cit. práce, str. 486 a 487

¹⁸⁵ Cit. práce str. 488 a 490 a 526-529.

¹⁸⁶ Ideologie je zde použita ve smyslu partikulárního pojmu ideologie, jak jej definoval Karl Mannheim. Blíže k pojmům ideologie srov. Baňouch H., Použití pojmu ideologie při analýze skupinově sdílených přístupů k aplikaci práva. In Hloušek, V., Šimíček, V., Dělna soudní moci v České republice, Brno: Mezinárodní politologický ústav 2004. Nejde tedy o nehodnotící pojem ideologie.

¹⁸⁷ Srov. Maršálek, P. Právo a společnost, Praha: Auditorium, 2008.

ekonomiky. Markéta Selucká¹⁸⁸ varuje před utilitarismem a hodnotovým redukcionismem, který může přinést ekonomická ideologie do práva, resp. „inženýrsky pojatá“ ekonomie. Příliš zužující je i ekonomické pojetí štěstí. Právo by tak mohlo utrpět újmu na své podstatě, neboť právní pohled by měl být i pohledem právně filozoficko-etickým. Tatiana Machalová varuje před redukcionismem a obtížemi spojenými s narušením jednotného oborového jazyka a pojmového aparátu, který je definičním znakem samostatného oboru.¹⁸⁹ A B. Fábry demonstroval nebezpečí ideologizace práva skrze ekonomii na příkladech analýzy nákladů a výnosů tíhnoucí jen ke kvantitativnímu vyčíslování (počty stran nových předpisů), nebo na etické problémy při vyčíslování nákladů a užiteků směrem k lidskému tělu (otázka úplatného poskytování lidských orgánů), či úskalí redukce motivů lidského jednání jen na maximalizaci zisku a užívání modelu člověka *homo oeconomicus*.¹⁹⁰

OPTIMISTIČTĚJŠÍ POHLEDY

Nebezpečí významových posunů týchž pojmů jistě není při oborové spolupráci malé a je třeba je mít na paměti, protože jinak, mám-li použít bonmot, se změni badatelsky prospěšná *fúze* v matoucí *konfuzi*. Faktem je, že podobor *právo a ekonomie* je již široce a dlouhodobě etablován a hrozba narušení jasnosti vnitrooborových dorozumívacích a explikativních aparátů je touto ustáleností přeci jen eliminována.

Vypořádání námitky ideologizace „čistého“ práva je těžší. „Imperialismus“ ekonomie (mám-li použít slova Kamila Fuchse¹⁹¹) se tu a tam projevuje, avšak má-li komunikace práva a ekonomie podobu poučené a empatické výměny oborových intelektuálních aktiv, která respektuje dosažené vědomostní výdobytky a poučení z minulých omylů,

¹⁸⁸ Srov. Selucká, M.: Ekonomická ideologie 21. století a právo jako normativní systém. In sborník z konference Tradice a inovace v občanském právu, Brno: MU, 2007, str. 163–170.

¹⁸⁹ Srov. Fábry, B., Ideologizácia práva cez ekonomické vedy? In Ekonomicko-filosofické myšlení v tradici brněnské právní školy – k odkazu Václava Chytila a Vladimíra Vybrala. Brno: Masarykova univerzita, 2007.

¹⁹⁰ O redukcionismu pojednává citovaný článek Matteie Dogana (viz poznámka č. 77) a postačí na něj odkázat.

¹⁹¹ Kamil Fuchs: „Pojetí ekonomie v Brněnské škole – souvislosti a inspirace“ in Ekonomicko-filosofické myšlení v tradici brněnské právní školy – k odkazu Václava Chytila a Vladimíra Vybrala. Brno: Masarykova univerzita, 2007.

pak je i tato obava lichá a hybridní podobor *ekonomie a právo* může přinést právní vědě cenné poznatky, což je poznatek mající oporu ve zkušenosti s dosavadním působením tohoto oboru.

Sociolog práva Roger Cotterrell¹⁹² odkazem na Jacka Balkina konstatuje, že ekonomická analýza práva je nejméně úspěšnější intelektuální invazí z amerických právních škol, avšak nemůže plně kolonizovat právo, neboť její zaměření diverguje s oblastmi zájmu právníků, kdy kvantitativní statistické analýzy a sofistikované výzkumné dovednosti vyžadované ekonomickou výzkumnou kulturou se odlišují od výbavy právníků, neboť právo je více oborem právně-profesionálním než právně-akademickým. Ekonomická analýza se zaměřuje jen na určité aspekty sociálních vztahů a je poznamenána redukcionismem. Silně zjednodušuje komplexitu společenských vztahů. Ekonomické modely se nejeví jako adekvátní zachycení celistvosti právních aspektů sociálního života.

Výtky vedené proti ekonomické agumentaci z etických pozic jsou zčásti plodem nedorozumění. Analýza motivů lidského chování aparátem ekonomické teorie nám pouze sděluje, jak se lidé budou pravděpodobně chovat, budou-li vedeni snahou maximalizovat svůj prospěch. Empirie jí dává zapravdu v tom, že tento model má vysoký vysvětlující potenciál při předvídání budoucího chování mnoha lidí. Ekonomická analýza nemá preskriptivní charakter, nekonstruuje normu, podle níž by se lidé měli chovat. A je v tomto smyslu pragmatická.

Výsledky ekonomické analýzy mohou být nasazeny k dosažení cílů po výtce etických. Analýza je totiž bezhodnotovým nástrojem, kde patřičným nástrojem hodnocení je zjištění spolehlivosti dodávaných predikcí a vysvětlení. Věřím, že v právní obci nemůže mít takový přístup dlouhodobě zavřené dveře, protože i právo, ve svém normativním pojetí, je „eticky bezohledné“, resp. že etické ohledy umožňuje učinit relevantními, jen když to umožňuje právní norma. Jinak jsou chráněny vyšší hodnoty, jako je rovnost před zákonem, či příkaz rozhodovat stejné případy stejně, a odlišné odlišně. Neznamená to, že by ekonomizující pohled byl bez nebezpečí, neboť je jisté, že se stěží může stát jediným analytickým

¹⁹² Cotterrell, R.: *Law, Culture and Society*, London: Ashgate, str. 51 a 56.

nástrojem, avšak právě právní myšlení je dobře vybaveno k tomu, užívat plodů ekonomické analýzy a vyvarovat se nebezpečným zjednodušením a redukcionismu.

5.3.1 Důsledky odmítání ekonomických pohledů

Pokusím se nyní na příkladech doložit, že apriorní odmítání poznatků ekonomie mívá vážný dopad na fungování práva samotného.

Konkursní právo je spojeno s fungováním ekonomických zákonitostí snad jako žádné jiné právní odvětví.¹⁹³ Po roce 1989 bylo znovu budováno na třech základních pilířích: jednak na základních kamenech zbylých po socialistickém hospodářském právu, jednak na stávající úpravě občanského soudního řízení a roli hrála i komparace s prvorepublikovým právem. Tyto základy, společně s počáteční zahlceností a personální krizí, daly vzniknout právní oblasti, která naprosto nerespektuje přirozenost sféry, na níž dopadá. Příkladem je samotná délka řízení, která ve své podstatě maří základní účel řízení: nalézt nejméně nákladnou cestu k co nejvyšší míře uspokojení věřitelů, jež ale zachová při životě ty úpadcovy aktivity, které jsou životaschopné.¹⁹⁴ Konkursní řízení přešlo do zvláštní obdoby „obchodního trestního práva“ ovládaného inkviziční zásadou, jehož pravidelným plodem je pouze uspokojení těch pohledávek, které řízení v průběhu času samo vytvoří. Proto bylo v nedávné době zcela změněno.

Důvodová zpráva k zákonu o insolvenčním řízení¹⁹⁵ je dobrou praktickou ukázkou jednoho z přínosů, který může do obecné právní debaty přinést obor *právo a ekonomie*, neboť tento text rozebírá možné

¹⁹³ Tržní hospodářství je spojeno s podnikáním, jehož společenská produktivní síla mj. stojí na procesu kreativní destrukce (J. A. Schumpeter). Subjekty, které se ukázaly být neúspěšné (např. díky špatnému odhadu vývoje situace nebo díky nečekané změně, která učinila s dosud neutrálních rysů toho kterého podniku fatální překážku přežití) neustále zanikají a jsou nahrazovány novými. Konkursní právo zde hraje důležitou roli zabezpečující pružný výstup z odvětví dle předem daných pravidel.

¹⁹⁴ Podle starého známého pořekadla není výsledek snahy věřitelů po co nejvyšším uspokojení pohledávek zabít slepičku a její prodej na maso, ale zachování podmínek, v nichž by slepička v úspornějších podmínkách nadále mohla snášet zlatá vejce, z nichž se pak budou postupně uspokojovat pohledávky vzniklé výstavbou megalomanského kurníku.

¹⁹⁵ Tisk 1120, volební období 2002–2006, www.psp.cz. Zbyněk Šin trefně hovoří o tom, aby příprava zákona nezanedbávala požadavek zohlednění „anticipované interpretace“ ostrá, L., Čermáková, J. eds., *Otázky tvorby práva v ČR, PR a SR*, Sborník z konference, Aleš Čeněk, Plzeň, 2005, str. 171.

chování regulovaných subjektů pod zorným úhlem úvahy, která automaticky nepředpokládá, že získá-li pravidlo podobu právní normy, lidské chování ve velké většině až automaticky odpovídá obsahu právní normy. Styl důvodových zpráv, kdy před-pis, který je pro lidské chování obsažen v právní normě, je automaticky zaměňován s po-pisem lidského chování, je určitou deformací, ke které mají sklon všichni právníci.

Přítom právní normou předpokládaný stav ve spoustě situací nemusí odpovídat stavu skutečnému, aniž by šlo o protiprávní a právem snadno odstranitelnou patologii. Právní subjekty například mohou napřimit své chování k hledání jiné normy, jejíž uposlechnutí jim brání v chování podle nové normy, která pro ně není příznivá. Ve složitém právním řádu není obtížné takovou normu najít.¹⁹⁶

Výsledek procesu interpretace práva je přes všechny objektivizační techniky stále v určité části podmíněn vůlí interpretujícího subjektu a s právem je všemi jeho subjekty zacházeno strategicky a takticky,¹⁹⁷ kdy proklamovaný a skutečně sledovaný cíl interpretace není totéž.¹⁹⁸ Jediné, co je od tohoto úsilí může podle ekonomického dogmatu odvrátit, je nevýhodnost takového počínání. Jistý prvek pragmatického pohledu na motivace lidského chování by mohl být jedním z užitečných přínosů ekonomické vědy pro právní myšlení.

Pokud dnes postrádáme teoreticko-koncepční zamyšlení nad možným obsahem toho kterého druhu odvětvových legislativních aktů, pak zároveň musíme dodat, že jde o anomálii způsobenou čtyřicetiletou nucenou přetržkou svobodného bádání v těch oblastech, které se mohly konkrétně (kriticky) dotknout moci, resp. způsobu jak je aktuálně vykonávána.¹⁹⁹

¹⁹⁶ Podobný mechanismus je uplatňován v procesu daňové optimalizace, kde čím vyšší je hrozící zdanění, tím více se vyplácí aktivity směřující k odvrácení zdanění.

¹⁹⁷ Každý normativní systém je předmětem strategií a taktik a je instrumentálně využíván bez ohledu na to, co o sobě deklaruje on sám a aplikující aktéři – srov. Tamanaha, B. *A General Jurisprudence of Law and Society*. Oxford University Press: Oxford, 2001, str. 217.

¹⁹⁸ K extrémním případům strategického zacházení s právem ze strany žalobce srov. Kozel, R.: Zneužívání občanského soudního řízení jeho účastníky k trestné činnosti, (Právní rozhledy 3/2002, s. 130), či ze strany veřejné moci srov. Vedral, J.: Komu náleží příspěvek za mandáty? (spor o výklad jednoho ustanovení jako příklad právního formalismu), (Právní rozhledy 17/2006, s. 628).

¹⁹⁹ Není přínosný nekritický obdiv k prvorepublikové produkci, ale nezaškodí připomenout některé její přístupy, nyní nevídané. Např. Kazimír Čakrt napsal pojednání o legislativní technice finančního práva, kde analyzoval, jak jsou různá

Spíše úsměvným bodem tohoto opatrného plaidoyer pro právnické neuzavírání dveří ekonomii může být příklad usnesení státního zástupce, který srovnával po přepočítání svůj plat s „příjmem“ advokáta, který však odvozoval od hodinové sazby, čímž zcela pominul ekonomickou povahu a roli této sazby, v níž se promítají jak veškeré náklady na její dosažení, tak situace,²⁰⁰ kdy příjem není z jakýchkoli důvodů dosažen. Tento projev provozní slepoty je jistě pochopitelný, ale toto hodnocení současně nebrání v hypotéze, že celá oblast soudních poplatků a nákladů řízení je právníky posuzována jen z hlediska velmi zjednodušených kalkulačních úvah, avšak regulované subjekty jsou motivovány ke svému jednání zcela jiným typem zvažování.²⁰¹

Dobrym příkladem nebezpečí skrytého v apriorním odmítání relevance ekonomického stylu myšlení je postoj k právu ochrany osobnosti a v odmítání vysokých peněžitých kompenzací za porušení práva na soukromí. Tyto kompenzace byly u nás často odmítány jako projev škodlivé amerikanizace práva. Vydavatelé těchto typů médií, jejichž referování je ostýchavé ke skutečnosti, museli být touto doktrínou velmi potěšeni, protože jim zaručovala dobré zisky. Stačilo později lež opatrně dementovat, ale peníze získané tím, že díky vypuštění „upravené“ zprávy byl zvýšen náklad, byly v bezpečí, protože nehrozilo, že soud by přičkl jiné, než symbolické odškodné.²⁰² Právě předvedená

řešení otázek mezi výkladu finančního práva podmiňována základním teoretickým přístupem autora (normativismus, juspositivismus, jusnaturalismus či historickoprávní škola), Čákr, K.: *Legislativní technika finančního práva*. In Sborník prací k počtě šedesátých narozenin Jaroslava Kallaba. Praha: Orbis 1993, str. 45-61. „Úkolem teorie jest především v tom, aby správně formulovala problémy. Fenomenologická dodatečná racionelní konstrukce vychází z materiálů, s nimiž se setkáváme při pozorování, a orientuje poznávací činnost k cílům, jež v poslední instanci dává praxe; teorie provádí jen tematickou izolaci“, op. cit. s. 45.

²⁰⁰ Náklady jak fixní, v podobě nájmu za kancelář, celkových mzdových nákladů na spolupracovníky, nákladů pořízení kancelářské techniky), tak náklady variabilní.

²⁰¹ Sám jsem se v počátku svých studií práv dotazoval učitele ústavního práva, zda už zná nějaký příklad, kdy je strana konstruována jako výdělečný podnik, který svá aktiva čerpá z poměrně výrazných finančních prostředků od státu. Bylo řečeno, že by to nikoho nenapadlo, a že „by to nešlo“. Přesto byla taková možnost nabídnuta. Což později stvrdil M. Sládek a další, kteří přišli přesně s takovými projekty.

²⁰² Více o tom například v článku Kateřiny Zachovalové „Sex, lži a bulvár. Po česku“ in Lidové noviny. 3. 5. 2005, kde popisují konkrétní případ šéfa bulvárního listu Ondřeje Höppnera, který se rozhodl publikovat nepravdivou zprávu a pochvaloval si, že vzrostl prodaný náklad (podle textu šlo o více než 20 % ní zvýšení). Přitom

ukázka toho, jak je škodlivé, když právní doktrína pomíjí ekonomickou stránku motivace lidského jednání, by snad mohla přispět k tomu, aby doktrína uměla pracovat s případy, kdy je šířena vědomá nepravda s cílem zvýšit náklad u vědomí toho, že soudní sankce se ani nepřiblíží k eliminaci prospěchu získaného otištěním nepravdy.²⁰³

Podobné efekty působily i v pojišťovacím právu, kde institucionální ochraňovatelé proti riziku byli výkladem chránění proti vyplácení vysokých pojistných plnění, což nepromítli do výše požadovaného pojistného, kde se operuje s riziky nelimitovanými.²⁰⁴

A též doktrína ukládání trestů nemůže abstrahovat od snahy zohledňovat i ekonomickou stránku motivace lidského jednání, což lze dokladovat na hospodářských trestných činech v době začátků transformace ekonomiky, kterou provázely přesuny velkých majetků, jejichž dočasní správci nebyli nijak významně motivováni na řádné správě. Ukázalo se, že pro nemalou skupinu těchto lidí je od určité hranice finančního prospěchu přijatelné přijmout několikaletý trest odnětí svobody a chovat se tak, aby byl v polovině svého výkonu prominut. Zkrátka cena osobní svobody nepřevážila desítky a stovky miliónů získaných porušením práva. Jedinou účinnou motivací proti takovému jednání jsou peněžité tresty úměrné výši prospěchu získaného protiprávním jednáním, či tresty propadnutí majetku.²⁰⁵

jedno bulvární nakladatelství díky uplatňované soudní doktríně neprohrálo za deset let více, než 300.000,- Kč, ačkoli na konci této dekády mělo čistý roční zisk více než 200 miliónů Kč.

²⁰³ Finanční „pokuta“ zde musí mít i odrazující efekt, přičemž nemusí být nutně celá příjemem poškozeného, ale může jít ve prospěch nějaké charitní aktivity, avšak část musí zůstat poškozenému, aby tím vyvážila nepříjemnosti spojené s tím, že se rozhodl aktivně a veřejně bránit.

²⁰⁴ V právu náhrady škody jistě hraje roli i setrvačnost se socialistickým normativním systémem, který automaticky zvýhodňoval dlužníky a kde typickým subjektem povinným k vyplácení odškodnění byl subjekt de facto splývající se státem, který měl v mnoha sférách zajištěno privilegované postavení.

²⁰⁵ „...je vhodné připomenout zákonnou koncepci trestu propadnutí majetku...pohrůžka tímto trestem má působit k dosažení účelu trestního zákona tam, kde jiné tresty (např. trest odnětí svobody) neskýtají dostatečnou záruku preventivního a represivního působení na potenciální i skutečné pachatele.“ usnesení Ústavního soudu sp. zn. I. ÚS 369/03 ze dne 4. 11. 2003

5.4 Úkoly pro vědu

Dnešní právní věda je součástí systému sociálních věd a jako taková je plně včleněna do systému jejích poznatků. Uznává principiální omezenost lidského myšlení v oblasti praktického rozumu, avšak tato skepse neznámá, že věda nemá co nabídnout, neboť si uchovává své analytické funkce, stejně jako schopnost kriticky poměřovat rozdílné alternativy a modely.²⁰⁶ Důležitým je uchování širšího konsensu o struktuře pojmů, což je podmínkou produktivní diskuse, neboť umožňuje argumentovat a vznášet protiargumenty. Takto může věda formulovat vědecké závěry i v oblasti morálních hodnot.

Srovnávací pravověda je důležitá. Srovnání je klíčem k efektivnosti, příležitostí vyhnout se slepým uličkám. Transformující se země má nyní něco, co by se dalo nazvat *výhodou zaostalosti*.²⁰⁷ Po společenské změně lze sáhnout po právních institutech prověřených životem, se znalostí kladů a záporů té které cesty.

Lze mít pochopení pro obavy z uchování čistoty právní vědy, ale negativní kompetenční konflikt si právní věda nemůže dovolit, neboť by ponechala stranou otázky a úhly pohledu, které jsou produktivní z hlediska vědeckého poznání, které však žádná jiná věda v okolí neuchopí, neboť jí v tom brání složitost práva.

Právní věda musí být schopna absorbovat pod svůj záběr i otázky efektivnosti, resp. kultivovat a udržovat svou schopnost vést s neprávními vědami v tomto směru tvůrčí a obohacující polemiku. Uvnitř vlastního pole působnosti může věda své přednosti (přesně a jasně formulovat a argumentovat) uplatnit např. produkcí akademických komentářů, které zastíní rozšafný a alibistický styl dosavadní produkce vznikající uvnitř právního provozu a popisující často nikoli realitu, ale představu o ní.

²⁰⁶ Srov. kapitolu „Úloha vědy“ in Holländer, P., *Filosofie práva*, Aleš Čeněk, Plzeň 2006, str. 278-279.

²⁰⁷ *Výhoda zaostalosti* je pojem politické ekonomie popisující investiční výhodu zastaralých ekonomik, které mohou volit neefektivnější řešení, protože na rozdíl od ekonomik s normálním vývojem vidí, jak byla různá alternativní řešení úspěšná. Investičně výhodná je právě možnost nemarnit *zdroje* investováním do různých alternativ, a dále možnost *hned* sáhnout po té nejvýhodnější. Středověká a novověká recepce institutů římského práva, které se vyvinuly metodou stasisů pokusů a omylů a důkazem výhodnosti přejímání.

6. Identifikace možných překážek efektivnosti práva

CO ROZUMÍME PŘEKÁŽKOU EFEKTIVNOSTI PRÁVA?

Překážkou efektivnosti práva je cokoli, co snižuje či eliminuje dosažení cíle právní úpravy a fungování práva.²⁰⁸ Tak by mohla znít ta nejjednodušší definice. Překážka efektivnosti jednak zvyšuje náklady či úsilí vynaložené na zabezpečení cíle právní úpravy, nebo snižuje přínosy této úpravy. Obecně se soudí, že *„mezi faktory ovlivňující efektivnost právních norem patří: a) úroveň informovanosti adresátů o obsahu právních předpisů, b) odpovídající úroveň právní kultury, c) uplatňování všech stránek režimu zákonnosti.“* Platí, že efektivnost práva *„je tím vyšší, čím souladnější, harmoničtější a promyšlenější je fungování všech článků systému státních orgánů...které nejsou zbaveny povinnosti a odpovědnosti průběžně hodnotit společenský dopad platných právních norem a rozhodnutí na jejich základě vydávaných. Zvyšování kvality ...právních norem je úkolem všech státních orgánů.“*²⁰⁹

Statický pohled na právo jako sumu norem vyjádřenou v textech zákonů je v soudobém kontinentálním právním diskursu již přeci jen překonán. Na právo je dnes nahlíženo dynamicky. Právní systém je něčím, co je systémově předvídanými technikami soustavně vytvářeno²¹⁰ z aktuálně existující masy práva (tvořeného zákony, soudcovským právem, tradičními i měnícími se složkami relativně autonomního právního uvažování a difúzním komplexem vztahů právního systému

²⁰⁸ Uceleně se u nás efektivností práva zabývala publikace Hajn, P. Efektivnost hospodářského práva, Brno, UJEP, 1980. Práci, která se tématu věnovala mezi prvními byl článek Cepl, V, K pojmu efektivnosti právních norem, Právník č. 10/1973, str. 892-899.

²⁰⁹ Veverka, V., Čapek, J., Boguszak, J., Základy teorie práva, Praha, Aleko, 1991 str. 62 a 80.

²¹⁰ Ostatně již Hans Kelsen ve své koncepci individuální normy celý problém vystihl s tím, že „proces, v němž generální hypotetická norma je uvedena v platnost, není aktem jejího stanovení ukončen.“ Ba právě naopak, právní norma musí být v jedinečném životním případě individualizována: „Platnost generální normy, tj. specifická existence této normy, není statický stav, nýbrž dynamický proces.“ (Kelsen, H., Všeobecná teorie norem, Masarykova univerzita, Brno 2000, str. 63).

k systémům extralegálním) kontinuálně fungující praxí aplikačních orgánů i adresátů právních norem.²¹¹

Základní členění překážek efektivnosti práva a jejich systemizaci by mohlo založit dělení na překážky mimoprávní a překážky existující v právu samotném. Další členění může poskytnout systemizace dle jednotlivých funkcí práva. Avšak právo jako společenská entita se vzpírá jednoduché izolaci jevů, stejně jako se brání vytváření jednoduchých a jednoznačných kauzálních modelů vydělujících příčiny a následky. Podobná systemizace tak může být spíše na konci (než na začátku) pátrání po překážkách efektivnosti. Na začátku disponujeme pouze přibližným členěním. Mezi právní překážky efektivnosti patří stabilita právního řádu, převládající pojetí legislativy a legislativních procesů, otázka cílů právní regulací dosažitelných a cílů právní regulací nedosažitelných, sdělnost a srozumitelnost práva, ale i ideologie aplikace práva. K mimoprávním, vnějším překážkám efektivnosti náleží vliv mimoprávních regulačních systémů, prestiž práva a zákonodárce, právní vědomí, hodnotová dezorientace a anomie, legitimita práva, byrokratizace aplikačních procesů, vliv deviací v postojích k právu a vliv právních deregulátorů, tedy prvků, které přímo působí proti regulační funkci práva (jako je politicky motivované pohrdání právem nebo vznik paralelních struktur ke strukturám státu).

Následující kapitoly proto nejdříve představí obecné pojednání o regulačních možnostech práva a následovat budou jednotlivé studie, na nichž byl fenomén překážky efektivnosti práva studován.

6.1 Regulační schopnosti práva

Abstraktní pojetí efektivnosti práva nezvratně musí brát cíl právní úpravy jako nezpochybnitelný, jako něco co musí být vždy dosaženo, bez ohledu na ostatní faktory jako je mínění adresátů právních norem nebo schopnosti a možnosti práva. Právní věda však nemůže pracovat jen

²¹¹ Podobně in Kühn, Z., Baňouch, H., *O publikaci a citaci judikatury aneb proč je často tuzemská judikatura jako císařovy nové šaty*. Právní rozhledy, 13/2005.

s tímto obecným normativním pojetím, které má ze všeho nejbliže k ideálně-typickému modelu. Nemůže pomíjet skutečné chování práva.

6.1.1 Právo jako nástroj

AUTOPOIETICKÝ SYSTÉM A INSTRUMENTALISMUS

Právo má výrazné rysy *autopoietického*²¹² systému, je systémem sebe-vztažným, sebe-popisujícím, sebe-produkujícím a sebe-organizujícím. Autopoietický systém si sám určuje své zákonitosti a formu, svá pravidla fungování, sám se organizuje a určuje svou změnu. Komunikuje se svým okolím, ale nečerpá z něj svůj normativní a legitimující základ. Autopoiesis vyjadřuje²¹³ samostatnost, nezávislost a jistou netečnost práva ke společnosti.

Rizika a naděje autopoiesis spočívají v tom, že porozumět právu lze opět jen jazykem práva. Právo se auto-legitimizuje (pouhým) faktem své existence.²¹⁴ Formální legitimita práva je připraveností akceptovat v rámci určitých mezí tolerance rozhodnutí, která ještě nemají obsah. Právo ale má autonomii i k politické moci a systémům donucení. Právo nelze řídit (manipulovat) z jednoho centra.

Jaká poučení nám plynou z pojednání o autopoietických rysech práva? Právo není jednoduchou převodovou pákou sociálních sil. Má vlastní logiku, jazyk a způsob fungování. Vhled na základě „zdravého rozumu“ je často velmi obtížný a někdy dokonce nemožný. Právo se chová jako ostatní expertní systémy a nerespektování vnitřní logiky může vést k tomu, že zavedená právní norma se chová zcela jinak, než mysleli její (neprávní) autoři, resp. zadavatelé a inspirátoři.

Úskalí právního instrumentalismu velmi pravděpodobně souvisí s autopoietickými rysy práva. Avšak i zde nelze opomíjet, že model autopoiesis je jen popisem chování práva, který nám umožňuje vysvětlit jeho projevy. Pokud však zaměníme po-pis s před-pisem, snadno se

²¹² Pojem přichází z biologie *autos* = sám; *poitein* = činit (řecky); v biologii myšlenka sebe-organizace systémů, které pak mohou operovat jen za podmínek, které si samy vytvořily.

²¹³ Srov. Luhmann, N., *Sociální systémy*, nárys obecné teorie, Brno, CDK, 2006 (poprvé 1984), s. 48–54.

²¹⁴ Instruktivně o autopoiesis pojednává Příbáň, J., *Sociologie práva*, Praha: Slon, 1996, str. 140–145

dopracujeme k tomu, že potenciálně patologické rysy práva budeme vydávat za cosi nezbytného, neodvratitelného a tedy normálního, pak bude výše popsaná biologizující analogie spíše škodlivá, neboť může fungovat jako brzda snahy dosáhnout toho, aby právo v tom či onom ohledu fungovalo jinak (lépe).²¹⁵ Je-li totiž něco projevem normy, tak je vše v pořádku.²¹⁶

Pojetí práva jako entity schopné utvářet lidské postoje je terčem podezření z mnoha rozličných teoreticko-právních náhledů. Je realitou, že kognitivní omezení oslabují schopnost učit se právu a činí právní instrumentalismus velmi obtížným.²¹⁷ Richard Posner,²¹⁸ který jinak tíhne k obhajobě instrumentálního pojetí rozumu,²¹⁹ je skeptický k tomu, že by právo mělo funkci vytváření nebo vyztužení sady sociálních norem nebo ideologie. Nesdílí přesvědčení soudců a právních vědců, že právo ovlivňuje chování i nepřímo, tím že mění postoje a skrz ně chování. Právo může být spíše sociální následovník než sociální vůdce.²²⁰

INSTRUMENTALISMUS JAKO DOMINANTNÍ PRÁVNÍ IDEOLOGIE

Nicméně instrumentální pohled na právo je velmi rozšířen. Podle Romana Tomasice je instrumentalismus dominantní právní ideologií,²²¹ úzce se pojící s behavioralismem.²²² Metodologické

²¹⁵ Hlas experta s deformovaným uvažováním by sdělovat něco v tomto smyslu: „s tím nic nenaděláte, to je prostě vlastnost práva.“

²¹⁶ Právní filosofie by neměla podléhat zaměňování de-skripce (právo takové je) s pre-skripce (právo takové musí být), což je jedna z deformací právního myšlení, kdy se napsané považuje za skutečné, neměnné a neproblematizované.

²¹⁷ Ellickson, R. C., *Bringing culture and human frailty to rational actors: a critique of classical law and economics*. Chicago-Kent Law Review, 65, 1989, p. 40. Cit dle Hanson a kol.

²¹⁸ Posner, Richard. A., *The problems of Jurisprudence*, Harvard University Press, London, 1993. Srov kapitolu *The ontology of Law: Are There Right Answers to Legal Questions*, str. 213-215.

²¹⁹ Duxbury, N., *Patterns of American Jurisprudence*, Clarendon Press, Oxford, 1995, str. 418.

²²⁰ Posner v citované práci na str. 214 zprostředkovaně odkazuje na Kutchinského veřejné mínění určuje tresty, spíše než tresty určují veřejné mínění.

²²¹ Tomasic, Roman, *The sociology of law*, SAGE, 1985, str. 101. Podle Tomasice je Evan instrumentalista, stejně jako Podgorecki či R. Pound (str. 110). Podgorecki je včleněn do behaviorálního modelu uvažování (str. 121) Jen na okraj je možno zmínit i u nás zaznamenaný fakt, že většina práva je pro sociology nepřívětivou oblastí. Na tvorbu práva se právní sociologové zaměřují méně než na studium jeho aktérů, To má mnoho příčin, mj. vyžaduje širší studijní perspektivu (cit. práce str. 99). Tento fakt vede k fatálním důsledkům při vykazování právně sociologických studií mimo pravovědu, je zde totiž negativní kompetenční konflikt mezi právní vědou a sociologií.

problémy instrumentalistického přístupu směřují výzkum ke zpracování obecných studií o omylech při aplikaci právních pravidel.²²³ Instrumentalismus souvisí s myšlenkou, že je možno uskutečnit sociální změnu skrze právo. Idea regulatorního působení směřujícího ke skutečné maximalizaci veřejného dobra byla diskreditována argumenty snesenými ekonomy a historiky. Regulace je závislá, resp. odkázána na byrokracii a zájmy aktérů regulatorního působení, což podobu a výsledky regulace zásadně ovlivňuje. Problémy reforem realizovaných skrze právo vyplývají z toho, že podobu reformy určuje byrokracie. Když uvážíme, že omyly reforem mají často základ v intuitivní strategii reformistů, pak nebudeme na společenskou reformu realizovanou skrze právo nahlížet tak optimisticky. A obtížím není konec, i když je něco vydáváno za úspěch změny realizované pomocí práva, musíme se vypořádat s faktem, že u působení práva na celou společnost máme co dočinění s častým problémem sociálních věd – určení směru kauzálního působení. Otázka zní: Je vývoj důvodem nebo důsledkem právní změny?²²⁴

Proti instrumentalizaci práva snáší přesvědčivé argumenty Brian Tamanaha, který implicitně hájí právo jako řád a protestuje proti přímočaré funkcionalizaci práva k libovolným cílům.²²⁵ Tamanaha²²⁶ na základě historických a kontextuálních studií proměn teoretických přístupů k právu upozorňuje na zásadní proměnu náhledu na právo a zacházení s právem, na které je dnes nahlíženo jako na prázdnou nádobu, kterou lze naplnit libovolným obsahem. Podle tohoto náhledu

²²² Dříve velmi vlivný směr, který vysvětluje lidské chování (*behave* – chování) a chování společnosti (skupin jednotlivců) na základě modelu stimul (působící na člověka) – reakce (člověka na stimul), tzv. S-R schéma.

²²³ Cit. práce, str. 109, str. 110 a 114. Podle Tomasice je nepochopitelně pomíjena otázka interpretace práva a legislativy, a je zde velký prostor pro interpretativní a fenomenologickou sociologii, zkoumající jaký význam je přikládán agenty různým pravidlům (str. 115).

²²⁴ Cit. práce, str. 121, a dále k reformám na str. 124 a 246

²²⁵ srov. Tamanaha, B. *A General Jurisprudence of Law and Society*. Oxford University Press: Oxford, 2001, a zejména Tamanaha, B. *Law as a Means to an End. Threat to the Rule of Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2006. Kriticky k strukturně funkcionalistickému přístupu srov. i Příběh, op. cit., str. 178.

²²⁶ Vedle známé *A general jurisprudence of law and society* zejména publikace Tamanaha, Brian, *Law as a Means to an End, Threat to the Rule of law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2006.

může být právo manipulováno, povoláváno a užíváno jako mocenský nástroj k prosazení cílů, motivovaných tím kterým individuálním či skupinovým zájmem. Před několika stoletími tomu bylo jinak a právo bylo bráno jako něco, co má nezbytný obsah a vlastní integritu, které jsou tím či oním způsobem dány či predeterminovány. Právo bylo nahlíženo jako souhrn nutných pravidel. Opuštění tohoto pohledu, ke kterému došlo v minulém století, uvolnilo cestu instrumentálnímu pohledu na právo, které pojmáno jako nástroj k dosažení cíle, což je nebezpečné v případě existence ostře rozdílných názorů na to, co je či není pro členy společnosti prospěšné, což může podle Tamanahy zplodit hobbesovskou válku všech proti všem, vedenou skrze a uvnitř právního řádu. Právo je zde nástrojem bojovníků, kteří budou bojovat o kontrolu a užívání právního náradí jako zbraní společenských, politických, náboženských či ekonomických sporů. Právo více sporů produkuje, než řeší. Funkce práva při zachování sociálního řádu a rozhodování sporů je potlačena.

Tamanaha neusiluje o návrat k dřívějšímu neinstrumentálnímu chápání práva,²²⁷ neboť to není ani možné, ani žádoucí, když toto právo mělo spoustu vážných nedostatků a jeho sevřenost byla dána do značné míry právě (vnucenou) homogenitou socioprávního řádu. Právo však není schopno plnit své funkce řádu a rozhodování sporů, pokud nejsou vytvořeny podmínky: 1) nutící normotvůrce orientovat se na sledování obecného dobra či skutečného veřejného zájmu, 2) vedoucí členy exekutivy k dobrověrnému (ve smyslu jednání v dobré víře) dodržování práva a 3) nutící soudce k rozhodování na základě nalezení korektních právních odpovědí a nevyužívání inherentní neurčitosti práva k prosazování svých přání. Tamanaha nezná prostředek k dosažení tohoto stavu, kdy směřování k těmto cílům je podle něj věcí každodenního usilování zmíněných právních aktérů, ale zmíněné podmínky jsou nezbytné pro náležité fungování instrumentálního systému práva. Zatím směřujeme do bouřlivých vod.

²²⁷ Op. cit., str. 246, 247 a 250

LIMITY PRÁVA

Pojednání o překážkách efektivnosti práva nemůže obejít téma limitů práva, které bylo a je velmi frekventované v euro-americkém socio-právním diskursu.²²⁸ Belgičtí sociologové Claes, Devroe a Keirsbilck se ve svém sborníku *Facing the Limits of Law* (Utkávání se s limity práva)²²⁹ snaží odpoutat od užívání limitů práva jako sugestivní metafory a snaží se mapovat oblast typizace limitů práva napříč právními odvětvími, kdy se na právo dívá z pozice participanta a všimá si jak normativních, tak deskriptivních limitů, neboť vedle vlastností práva zohledňuje i hodnoty a normativní aspirace rules of law. Kniha, jak název napovídá, je zaměřena na hledání cest k překonání limitů práva.

Peter Schuck téma limitů práva zpracovává²³⁰ esejistickou formou a vedle rostoucí komplexity práva identifikuje limity práva v jeho schopnosti reagovat na měnící se sociální realitu. Limity práva podle Schucka souvisí s mechanismem mobilizace politické vůle,²³¹ institucionální racionalitou, čerstvosti a přesnosti informací, sociálně produktivními pobídkami, energii a zápaem jednotlivců, rychlosti a efektivnosti, ale i pružnosti, tváří v tvář diversitě, učením se a schopnosti korekce tváří v tvář permanentní změně a četnosti chyb, stejně jako s důvěrou v právo a legitimitou. V tomto pojetí jsou limity práva spatřovány buď mimo právo, anebo se jeví eliminovatelnými při zlepšeném fungování práva a otázkou začlenění naplňování těchto požadavků. Limity práva v tomto pojetí navíc kruhově odkazují na efektivnost práva, a proto je použitelnost takto pojatého konceptu nižší, než je tomu u předchozí publikace.

²²⁸ Srov. kupř. Allott, N.M. *The Limits of Law*. Butterworths: London, 1980, nebo Hans Zeisel, *The Limits of Law Enforcement*. Chicago: University of Chicago Press, 1982, nebo sborníky Sarat, A., Douglas, L., Umphrey M., *The Limits of law* (eds). Stanford: Stanford University Press, 2005 a četné odborné články

²²⁹ Claes, E., Devroe, W., Keirsbilck, B. (eds): *Facing the Limits of Law*, Berlin, Dordrecht Springer, 2009.

²³⁰ Schuck, P. H. *The Limits of law, Essays on democratic governance*, Oxford: Westwiew Press, 2000.

²³¹ cit. práce, str. 454 a též 30, 187, 436, 438, 440, 442 a 451.

6.1.2 Právní citění, právní vědomí a znalost práva

Adam Podgórecki si všimal souvislostí míry souladu obecného právního citění adresátů práva a obsahu práva se skutečným chováním adresátů práva.²³² Připomněl Bertranda Russella, podle něhož je právo bezmocné, neopírá-li se o právní citění.²³³ Russell tímto způsobem vysvětloval komplexitu moci práva, která se vzpírá jednoduchým modelům uvažujícím o přímočarém působení práva na společnost.

Podgórecki příkladmo poukazoval²³⁴ na rodinné právo tehdejších USA a právní úpravu vztahů mezi rodiči a dětmi, zejména tradičního (mocenského) pojetí rodičovské autority, která je v napětí s liberálním konceptem svobodného jednotlivce.

Pozitivní postoj k právu (tj. postoj právo podporující) však není jediným faktorem kladně ovlivňujícím efektivnost práva. Stejný vliv má jeho stabilita a neměnnost a prestiž práva.

Nesmíme zde podlehnout zjednodušenému uvažování typu: změníme-li postoj k právu, změníme i jeho efektivnost. Avšak postoj k právu není jednoduše manipulovatelnou veličinou. Tvorba postoje k právu je otázkou spojenou s celkovým procesem formování osobnosti a jejího včleňování do světa „druhých“ (proces socializace). Pocit „být v právu“ je pocit vyrůstající během vývoje dítěte pomocí: 1) vznášení nároků vůči druhým, 2) vzdorování požadavkům druhých vůči sobě odůvodněných tím, že je to závazek resp. povinnost 3) posuzování neoprávněných nepříjemností jemu způsobených druhými; tento pocit je formou argumentace dovolávající se spravedlnosti.²³⁵

²³² Podgórecki, A. *Law and Society*, Routledge, London, 1974, str. 119-120.

²³³ Orig. „*The Law is almost powerless when it is not supported by public sentiment, as might be seen in the United States during prohibition, or in the Ireland in '80's, when moonlighters [pašeráci alkoholu] had the sympathy majority of the population. Law, therefore as an effective force, depends upon opinion and sentiment even more than upon the powers of police. The degree of feeling in favor of Law is one the more important characteristics of a community.*” Russell, B., Power, London, 2004 (poprvé 1938), str. 25. Pojem právní citění zde vyjadřuje obecný názor na to, co je správné a spravedlivé. Zde užitý pojem se poněkud liší od vymezení M. Rehbintera, který právní citění vymezuje jako pocit mravní závaznosti při dodržování práva.

²³⁴ Podgórecki, cit. práce, str. 118–120.

²³⁵ srov. Kabele, J. *Přerody: principy sociálního konstruování*. Praha. Karolinum. 1998, str. 253.

Výzkumný směr znalostí práva (takzvané KOL výzkumy „knowledge about law“),²³⁶ je spojen s pojmy jako sense of Justice [smysl či cit pro spravedlnost], legal sentiment [právní cítění], legal consciousness [právní vědomí], the moral attitudes of community [morální postoje společenství] či intuitive law (legal sense) [intuitivní právo, právní cit]. Výzkum znalostí práva má pět výzkumných oblastí: 1) analýza vztahu mezi intuitivním a oficiálním právem 2) studium obecného vztahu mezi právem a morálkou 3) studie efektivity činnosti práva 4) identifikace patologie práva 5) studium postojů k právu a aktuálního chování regulovaného právem. Po tomto přehledu převzatém od Podgoreckihho Tomasic upozorňuje (opět odkazem, tentokrát na Kutchinského), že důležitost znalostí práva (a právních postojů) pro dodržování práva je přeceňována.

Nastíněné problémy se dotýkají faktu, že základním kamenem řádu společnosti jsou normy, avšak zdaleka nejde jen o právní normy, neboť základní masu tvoří: *„nepřisaná, přesto sdílená. pravidla hry a koexistence v jednom sociálním prostoru. Sdílení norem se projevuje dvojitým způsobem: v podobě očekávání, která máme vůči sobě a druhým, nebo jako určitá dovednost či umění vhodně a efektivně jednat. Sdílet normy můžeme ovšem i tak, že jim rozumíme, ale neřídíme se jimi.“*²³⁷

Normy obecně slouží jako prvek *umožňující* efektivnost, neboť každá norma je zpravidelňující faktor a pravidelnost zjednodušuje rozhodování (samozřejmě za předpokladu, že nejsou příliš složité a lze-li je jednoduše poznat v jejich celku). Při uvažování o zvyšování sociální účinnosti práva je dobré nezapomínat, že z pohledu efektivnosti je lhostejné, zda jde o normy právní či mimoprávní.²³⁸

Naposled uvedený citát je však důležitý i tím, že upozorňuje na fakt, že sdílení a znalost normy ještě automaticky neznamená, že se jí subjekt vždy řídí. Zjednodušené chápání právního vědomí jako znalosti právních

²³⁶ Tomasic, Roman, *The sociology of law*, SAGE, 1985, str. 116 a 117.

²³⁷ Petrusek, M., Alan, J., Kabele, J.: *Sociologie*, Praha, SPN, 1992, str. 86.

²³⁸ K tomu více v kapitole o vztahu práva k ostatním normativním systémům.

norem tedy není adekvátní.²³⁹ Ostatně teorie znalosti normy jako hlavního faktoru jejího dodržování příliš spoléhá na to, že subjekt práva je účinně odrazen od protiprávního jednání hlavně proto, že mu hrozí sankce, avšak normy nejsou dodržovány (jen) na základě donucení.

Sociální antropologie přinesla mnoho potvrzujících poznatků pro svou hypotézu, že i v moderní společnosti se lidé řídí zákony převážně na základě síly zvyku, úcty k ostatním, občanské ctnosti a dalších neoficiálních prostředků sociální kontroly.²⁴⁰ Na tomto místě je důležité připomenout, že ani v tomto pojetí faktor donucení zcela nemizí. Pod povrchem dobrovolné slušnosti spočívá jistota, že kdyby se lidé zákony neřídili, vláda by narušitele za použití fyzického násilí zadržela a zbavila jej jeho lidské svobody. Vidíme, jak škodlivé může být mávnutí ruky nad excesem s odkazem na to, že tato protiprávní činnost není rozšířena. Podobné porušení rovnosti před zákonem a neodvratnosti sankce narušuje onen pocit jistoty, který je v hlubinách pod povrchem dobrovolné slušnosti.

Notorieta právotvorby praví, že ten kdo vytváří pozitivní právo, by měl dbát, aby vytvářel pravidla známá subjektům, jímž jsou adresována.²⁴¹ Obyčejně o to skutečně obzvláště pečuje. Zásada, podle níž „neznalost zákona neomlouvá“, patří k úhelným kamenům kontinentálních právních systémů a je neodmyslitelně spjata s pozitivistickým pohledem na právo, jakkoli má tato zásada římskoprávní původ,²⁴² kteréžto právo bylo více právem interpretací než

²³⁹ Návštěva jakéhokoli soudního jednání v trestní věci nás rychle přesvědčí, jak vysokou znalost prakticky důležitých aspektů hmotného a procesního práva mají osoby vícekrát trestané.

²⁴⁰ Murphy, Robert, F.: Úvod do kulturní a sociální antropologie. Praha. Slon. 1998, str. 167-168.

²⁴¹ Srov. tento klasický požadavek např. in Pufendorf, Samuel: De officio hominis et civitatis. Pracoval jsem s anglickým překladem: Tully, James (ed.). Silverthorne, Michael (transl.): On the Duty of Man and Citizen According to natural Law. Cambridge University Press, Cambridge. 1991, str. 18.

²⁴² Bartošek, Milan: Encyklopedie římského práva. Praha. Academia. 1994, str. 361. Neznalost práva každému škodí, neznalost skutku neškodí. Paul Digesta 22, 6, 9. Zásada má různé varianty u Gaia či Papiniána: *Ignorantia facti excusatur, ignorantia iuris non excusatur. Ignorantia iuris non praesumitur nec toleratur; Errans in iure non excusatur.* Pokud lze omyl definovat jako neznalost právého stavu věci, je zřejmé že *error* a *ignorantia* jsou si tak blízka, že se zpravidla stahují v pravidlo jediné – Kincl, Jaromír, Urfus, Valentin, Skřejpek, Michal: Římské právo. Praha. C.H. Beck. 1995, str. 112-113.

právem zákonných textů. Předpoklad, že strany znají právní pravidla, může být poněkud neplausibilní, ve světle množství důkazů o tom, že lidé často chybují při odpovědích na požadavky kladené právem,²⁴³ a když se pokoušejí dodržovat právo, nesprávně interpretují právní signály.

U nikoho (ani u toho, kdo má právnické vzdělání) nelze předpokládat úplnou znalost právního řádu.²⁴⁴ Demokratický zákonodárce zde nevystačí s odkazem na odpovědnost adresátů za znalost práva, neboť při překročení určité hranice právo neznajících či právo chybně interpretujících subjektů je ohrožována legitimita práva.

6.1.3 Dimenze ovlivňující dodržování právních norem

Působení práva je limitováno a je mnoho způsobů, jak tato omezení analyzovat a popsat tak, abychom obdrželi v praxi využitelné výsledky. Právní sociolog William Evan již před lety vypracoval na základě studia výsledků pestrých kvantitativních sociologických výzkumů přehled dimenzí ovlivňujících dodržování právní norem,²⁴⁵ které vystihují podmínky, za nichž se členové společnosti chovají dle norem. Seznamme se s nimi.

1) MÍRA ZNALOSTI OBSAHU NOREM

Jde o tradiční a intuitivně nejvíce akcentovanou podmínku dodržování práva. Přitom však právní profesionálové nepochybují o tom, že znalost práva je spíše výsadou právních specialistů²⁴⁶ a jak už bylo zmíněno výše, fakt že adresát právo zná, nemá přímou relevanci k jeho chování, ať už z důvodů chování mimo-racionálního (emotivní či tradiční jednání) nebo z důvodů strategického využití znalosti práva k jinému chování, než je chování v souladu s právem (např. recidivisté či profesionální zástupci v případech, kdy zájem klienta vysoce nadřadí všem jiným kritériím).

²⁴³ Hanson, Jon, D., Hart, Melissa,: Law and Economics in Patterson, Dennis (ed.) A Companion to Philosophy of Law and Legal theory, Oxford, Blackwell Publishers, 1996, str. 323.

²⁴⁴ Knapp, V., Teorie práva, Praha: C.H.Beck, 1995, str. 23.

²⁴⁵ Evan, William, M., Social structure and Law, Sage, 1990, str. 66–74.,

²⁴⁶ Cit. práce, str. 67. Autor upozorňuje, že tuto vlastnost znalosti práva obsahují teorie vzniklé v rámci otevřené společnosti, i v rámci jejího opaku, která se liší zejména selektivním důrazem na informace o povinnostech.

2) MÍRA, V NÍŽ NORMY VYJADŘUJÍ HODNOTOVÝ KONSENSUS

Soulad se společenským konsensem je důležitou dimenzí ovlivňující dodržování práva. Soulad s konsensem zvyšuje úctu k právu. Pro naše účely je velmi důležitý poznatek o paradoxu, který vznikne při představení si kontinua, na jehož jednom pólu je situace absolutního souladu práva s hodnotovým konsensem a na druhém pólu je situace absolutního nesouladu zamýšlené normy s hodnotovým konsensem.

Tento mentální experiment nás směřuje k důležitému důsledku pro normotvorbu: při absolutním vyjádření konsenzu nejsou právní normy potřeba a je vhodné je vůbec nestanovit,²⁴⁷ při nulovém vyjádření konsenzu (které je v demokratické normotvorbě jen obtížně možné) neexistuje síla, která by zajistila všeobecné dodržování normy.²⁴⁸ Představit si můžeme například zákon, který by nařizoval, že rodiče se musí zbavit dětí, nebo že se musí povinně sterilizovat. Ostatně nesnáze, s nimiž se setkává snaha Čínského státu řešit demografické potíže právními cestami (politika jednoho dítěte apod.) potvrzují tuto hypotézu.

Nelze přeceňovat význam podobných myšlenkových pokusů pracujících s modelovými, ideálně typickými situacemi. Přesto nelze popírat užitečnost podobných představ pro strukturaci řešených problémů.

²⁴⁷ Zejména v době tzv. legislativní smršti bylo v ČR vydáno nemálo zákonů, které regulovaly scénu, která právní regulaci nevyžadovala.

²⁴⁸ Srov. např. články Ladislava Kryzána: „Čína: Máš víc než jedno dítě? Vyloučíme tě ze strany“ MF Dnes, 8. ledna 2008, ve městě mohou mít rodiče jedno dítě, na venkově dvě; zákon nejvíce porušují prominenti a celebrity. „Čínu děsí obchodování s dětmi. Před únosci je chrání třeba i řetězy“, MF Dnes, 5. února 2010, Podle tamních úřadů jsou únosy dětí v zemi na vzestupu. Chlapce gangy prodávají nejčastěji zoufalým rodinám, které potřebují dědice. Z dívek se zase vychovávají nevěsty pro muže z venkova. Chudí vesničané pak prodávají děti proto, že je nejsou schopni uživit. Děti přebývají a rodiče, jimž se narodí "nadpočetné" dítě, se ho v obavách z úředních sankcí občas snaží prodat. Stát již přistoupil ke korekci této politiky „Od teď můžete mít dvě děti. Pekingské úřady změnilly populační politiku“; MF DNES, 25. ledna 2010, kdy povolil dvě děti obyvatelům Pekingu, ale nejde o razantní korekci - viz „Čínští úředníci chtějí sterilizovat deset tisíc lidí, kteří touží po dalších dětech.“ MF Dnes, 16. dubna 2010. Po povodních: „Čína povolila lidem další děti, LN26. května 2008“. Při aplikaci zákona dochází k excesům „Čínské úřady donutily k potratu ženu v 9. měsíci“, Aktualne.cz, 8.1.2008. Přímochaře mocenský zásah do nejnítěrnějších věcí však vede i k preferencím mezi pohlavími „Číňan prodal dcerku, aby si mohl koupit syna“, MF Dnes, 2. srpna 2006. V tradiční čínské společnosti jsou upřednostňováni chlapci. Jsou totiž pro rodiče zárukou toho, že se o ně ve stáří bude mít kdo postarat. V zemi matky podstupují potraty poté, co genetickými testy zjistí, že čekají holčičku. Stárnoucí populace, problému 4-2-1, kdy se jeden potomek musí starat o své dva rodiče a čtyři prarodiče a nedostatek partnerek pro preferované chlapce jen dokresluje, proč je vhodné odolávat pokušení právně regulovat podobné věci. Zákon mijející není dodržován.

3) MÍRA NORMATIVNÍ KOMPLEXITY

Složitost práva negativně ovlivňuje jeho dodržování.²⁴⁹ Složitá sociální realita až příliš často nachází odraz ve složitých právních normách. Je dávno pryč doba lakonických příkazů desatera. Komplexita, složitost norem roste, a periodicky se objevují pokusy o radikální zjednodušení právního řádu. Hospodářská a poznávací (kognitivní) omezení kladou překážky rostoucí komplexitě; z práva se však navzdory těmto překážkám stává složitý expertní systém, s nímž se laik může seznámit jen prostřednictvím právního profesionála. Vůle obracet se na specialisty roste.

4) PŘÍSNOST SANKCÍ

Obecně se předpokládá, že tvrdost sankcí díky odstrašující funkci podporuje dodržování práva, ale jak případy trestu smrti, tak přísných sankcí za násilné trestné činy nepodporují takto přímé uvažování, neboť četné empirické doklady nedokládají pozitivní vztah mezi zpřísněním sankcí a úbytkem přísněji trestných činů.²⁵⁰ Jedno z vysvětlení zde nabízí klasická typizace jednání vycházející z poznatků sociologa, právníka a ekonoma Maxe Webera, kterážto vedle racionálního jednání (kalkulující s negativní sankcí jako důsledkem zamýšleného jednání) upozorňuje na četnost jednání vedeného tradicí či emocemi.

5) NEODVRATNOST SANKCÍ

Má-li být právo (v „knihách“ napsané) dodržováno i v realitě, pak stavy odporující právu musí být skutečně odhaleny, stíhány a postiženy.²⁵¹ Pro obecné vědomí jsou takové případy bedlivě sledovány a informace o odchylkách se šíří velmi rychle, přičemž jednak podlamují vůli dodržovat jiná pravidla a jednak dávají informaci o tom, že konkrétní protiprávní jednání stojí za to podniknout, protože riziko sankce není velké.²⁵²

6) DOSTUPNÉ KAPACITY VYNUCENÍ

Zde je nutno podotknout, že tyto kapacity se v jednotlivých odvětvích liší a jsou závislé i na společenském uspořádání. Totalitní společnosti mají

²⁴⁹ Evan, cit. práce, str. 68.

²⁵⁰ Evan, cit. práce, str. 73.

²⁵¹ Evan, cit. práce, str. 69.

²⁵² Z tohoto pohledu je např. problematická jak délka soudních řízení, tak odkládání nástupu výkonu trestu odnětí svobody.

relativně velké zdroje pro vynucení trestního práva. Pro transformující společnosti je jistým problémem, že totalitní společnosti měly relativně velké zdroje pro vynucení trestního práva, které navíc upřednostňovaly, stejně jako represivní aparát k jejich vynucení. Trestní právo hrálo nadproporčně větší roli, což trvá i v transitivním období, kdy však musí být přesouvána pozornost i k zajištění kapacit vynucení i v jiných odvětvích, než je trestní právo. A to nejen proto, že mnohé z represivních praktik a technik účinně potlačujících negativní chování není k dispozici, resp. nemůže být užito pro četnost negativních vedlejších efektů, které přinášejí.

Role soukromého práva je v otevřené společnosti řádově vyšší než v případě společnosti totalitní či autoritářské. Pokud nejsou kapacity vynucení dostupné ve všech odvětvích práva, pak klesá dodržování práva v jeho celku. Peripetie s českým exekučním právem, které bylo nejdříve hodně atrofované a poté přirozeně vyrostlo do ve velmi robustní podoby, ukazují, že pokud není otázce vynucení věnována pozornost, je vážně oslabena důvěra v právo a náprava je velmi složitá.

Dodejme, že k vynucujícím kapacitám musíme v širším pojetí řadit i orgány rozhodující spory, neboť v horizontálních vztazích, typických pro soukromé právo je autoritativní rozhodnutí o tom, která ze střetávajících se interpretací právní situace je náležitá, spojeno s pozitivním efektem pro toho, kdo právo zachovával a s negativním důsledkem pro porušovatele práva.

7) DŮVĚRA V JEDNOTNOST VYNUCENÍ PRÁVA

Prvek rovnosti před zákonem je z hlediska dodržení norem velmi citlivý a pojí se s otázkou legitimitnosti právních norem.²⁵³ Pro dodržování práva je v demokratickém právním státě důležitá důvěra (confidence) v jednotnost vynucení práva. Zde je nutno upozornit, že mezi úrovní důvěry v jednotnost vynucení práva a mezi skutečným stavem věci může být významná diference. Důvěra není ničím jiným než převládajícím souhrnem subjektivních přesvědčení jednotlivců a toto sdílené mínění bývá citlivé na individuální odchylky, které jsou navíc zajímavé pro

²⁵³ Evan, cit. práce, str. 70

sdělovací prostředky. Tento aspekt výrazně zvyšuje důležitost přímé a otevřené komunikace orgánů aplikujících právo, stejně jako důležitost transparentnosti jejich činnosti a připravenosti vysvětlovat své kroky.

Sféra důvěry je sférou představ, mínění, kde se plně uplatňuje tzv. Thomasův teorém, podle něhož, zjednodušeně řečeno, je-li určitá situace lidmi definována jako reálná, pak je reálná i ve svých důsledcích.²⁵⁴ Například při rozhodování soudu je třeba dbát o to, aby síla a dopad budoucího rozhodnutí nebyly dopředu erodovány tím, že je vydá subjekt, u něhož, viděno z vnějšku, mohou být pochyby o jeho nestrannosti. V sociální realitě je lhostejno, že tento člověk rozhodoval nestranně a nezávisle, bez přihlídnutí k nevalidním kritériím. Důležité je totiž i zdání nezávislosti a nestrannosti pro třetí osoby, neboť i tento aspekt je důležitý pro zaručení důvěry v soudní rozhodování. Zmíněné kritérium reflektuje sociální povahu soudního rozhodování, z níž vyplývá, že i když třeba ve skutečnosti neexistuje (jak v subjektivní, tak v objektivní poloze) reálný důvod k pochybnostem o nestrannosti a nezávislosti, nelze přehlížet případnou existenci kolektivního přesvědčení, že takový důvod existuje.²⁵⁵ Nedostaví se potřebný pocit, že rozhodnutí je spravedlivým rozhodnutím nezávislého a nestranného orgánu. Pro orientaci ve světě a pro jednání člověka je mnohem důležitější vlastní – subjektivní – vnímání situace než skutečný – objektivní – stav reality.

VZTAHY MEZI DIMENZEMI

Podle citované knihy W. Evana *Společenská struktura a právo* lze modelovat možné vztahy mezi některými těmito dimenzemi a uvnitř každé z těchto dimenzí můžeme modelovat vztah jejího stupně k dodržování normy.²⁵⁶ Avšak někdy jde o poznatek kontraintuitivní.

Předpokládá se obecně, že znalost norem a hodnotový konsensus mají pozitivní vazbu, ovšem výzkumy mínění právních profesionálů

²⁵⁴ Thomasův teorém (srov. např. in Kolektiv, *Velký sociologický slovník*, I., Praha, Karolinum, 1996, str. 171),

²⁵⁵ Poznatek byl zahrnut i do judikatury ústavního soudu při definování pojmu soud v materiálním smyslu-nález sp. zn. Pl. ÚS 11/04 ze dne 26. 4. 2005 (N 89/37 SbNU 207; 220/2005 Sb., in *nalus.usoud.cz*, část V. A).

²⁵⁶ Evan, cit. práce, str. 71-73.

přesvědčivě ukazují, že právě u skupiny právních expertů často míra znalosti té které právní normy posiluje její negativní hodnocení.

Složitost norem sama o sobě snižuje stupeň jejich znalosti a tyto dimenze působí proti sobě. Složitost ve vztahu k hodnotovému konsensu působí rovněž negativně, neboť vyvolává závislost na experech a vede k erozi aktivního občanství.

Míra vynucovací kapacity a neodvratnost sankcí se vzájemně podporují a upozaděno nemůže být jedno ani druhé. Nedostatek vynucovacích kapacit vede k tomu, že právo není dodržováno.

Bylo již naznačeno, že mezi hodnotovým konsensem a dodržováním norem je přímá souvislost, stejně jako mezi neodvratností sankcí a dodržováním norem. Inverzní je naopak vztah mezi dodržováním norem a jejich složitostí uvnitř i mezi nimi navzájem. A poznatkem jdoucím mimo rozšířené mínění je zjištění, že nelze jednoznačně konstatovat, že tvrdost sankcí vždy podporuje dodržování norem.

6.1.4 Inherentní překážky efektivity práva

ÚSKALÍ INSTRUMENTALISMU, LIMITY PRÁVA A EFEKTIVNOST

Vztah limitů práva k jeho efektivity je zřejmý. Limity omezují působení práva, dosažení cíle činí obtížným či nemožným. Avšak naše poučení z analýzy instrumentalismu a limitů práva směřuje k důrazu na pečlivé zvažování, zda vůbec mají být právní nástroje nasazeny a pokud ano, pak k pečlivému výběru těch z nich, které jsou adekvátní pro řešení dané situace. Výsledkem může být jak opuštění regulačního záměru a rozhodnutí o nasazení jiných, mimoprávních nástrojů, tak korekce záměru do podoby, která je právními prostředky zvládnutelná. Vše vyžaduje přesnou definici regulačního záměru a upozornění na meze moci práva je racionálním prostředkem vyvracení omylu legislativního optimismu.

ÚPRAVA INTUITIVNÍCH PŘEDSTAV A ÚSKALÍ ANALOGIÍ

V podobných situacích je častým důvodem střetů specialistů s laiky korekce intuitivních představ o reálné moci práva. Zkušenost nás učí, že víra ve schopnost práva změnit postoje lidí je velmi rozšířena a nemálo zákonů vzniká na pozadí touhy po změně postoje. Přání je zde otcem

myšlenky. Avšak jak bylo rozebráno výše, data dosud nepotvrdila schopnost práva jednoduše manipulovat postoji a míněním lidí. Vztah není takto přímočarý, a pokud ke změně postojů takto vůbec dochází, pak se tak děje v dlouhodobých časových horizontech a vývoj od jednoho postoje k druhému není pohybem po přímé a jednoduše stopovatelné trase.

Bylo řečeno, že právní instrumentalismus je dominantní ideologií (ve smyslu skupinově sdíleného náhledu) právníků. Z povahy ideologie plyne, že se opírá o pozorované pravidelnosti a je z tohoto pohledu „správná“, neboť vystihuje podstatné rysy daného jevu sociální reality. Nikdy to nejsou rysy všechny a jev není obsažen ve své úplnosti. Ideologie má orientující funkci a je založena na přenášení poznatků na základě analogie, často nevyřčené a přítomné jen v intuitivní podobě, nebo v podobě předporozumění. Tak tomu bude i s právním instrumentalismem. Na počátku je nepochybně existující mikro-jev, podle něhož jednotlivá právní norma umí zajistit, aby se chování lidí změnilo v souladu s normativním cílem právní normy. A tento poznatek je intuitivně přenášen na právo jako takové.

Pozornosti uniká, že ani u mikro situace není dosažení cílového stavu stoprocentní a u jednotlivých cílů se liší. Navíc aktéři se sice nové regulaci mohou podrobit, ale její negativní dopady na své záměry kompenzují jinde, ve sféře nacházející se mimo působnost sledované právní normy. Jakkoli může být izolovaná efektivnost viděna jako uspokojivá, ve svém celku může poklesnout.

A podobné úvahy lze rozvíjet i dále. Neexistence právní regulace určitého negativního jevu může vést ke zkratkovité úvaze, že jeho příčinou je absence regulace, avšak důvodem mohou stejně tak být dřívější neúspěšné pokusy o regulaci či úvaha o převažujících nevýhodách nasazení právní regulace.

Tak či tak, je vhodné vyvarovat se zkratkovitého přenášení poznatku, že jestliže nějaký normový soubor v situaci teď a tady zajistil dosažení daného cíle, pak jakýkoli jiný myšlený normový soubor zajistí dosažení jakéhokoli myslitelného cíle v libovolné oblasti života společnosti.

Předpoklad, že právo je sociální vůdce (a nikoli následovník), se nemůže opřít o přesvědčivé empirické potvrzení, ačkoli právní instrumentalismus je s tímto předpokladem neodbytně spjat.

6.1.5 Znalost práva nezaručí dosažení cíle

Silné spoléhání na právo jako na nástroj společenské změny či dokonce řízení společnosti je neodbytně spjata s informační přístupností právních předpisů. Je-li přístupnost předpisů zajištěna, je podle této dedukce vše na dobré cestě. Skrže maximu neznalost práva neomlouvá je totiž zaručeno naplnění cíle práva a případné odchylky od nově normované skutečnosti je třeba eliminovat.

Znalost práva nesouvisí nijak přímočaře s jeho dodržováním, ale to je jen část problému. Zásada neznalost neomlouvá je především otázkou formální legitimacy eventuálního právního postihu, což ale s efektivností souvisí mnohem volněji, než se na první pohled zdá. Právní úprava si obecně klade za cíl dosáhnout většinově chování, které bude v souladu s cílem právní úpravy, nikoli vytvořit podmínky pro postihování chování v rozporu s cílem úpravy, neboť takový postih je jen pomocným cílem. Při určité četnosti chování odchýlného od právní normy totiž může celková efektivnost práva klesat, neboť vynucovací a rozsuzovací kapacity jsou vázány úzce na jedno místo.

Daleko vážnější problémy spojitosti znalosti práva s efektivitou se však váží na poznávací kapacitu adresátů právní normy. Zkrátka, při určitém počtu nově a nově vznikajících právních norem je překročena absorpční kapacita vědomí adresátů právní normy, kteří se jednoduše nestačí s právními předpisy seznamovat. Za určitých podmínek může takový proces ohrozit materiální legitimitu eventuálního právního postihu a tím nepochybně ohrožuje i důvěru v právo, což oslabuje efektivnost.²⁵⁷

6.1.6 Dimenze dodržování práva a překážky efektivnosti

Výše představená analýza dimenzí ovlivňujících dodržování právních norem má přímou souvislost s efektivností práva a jejími překážkami.

²⁵⁷ Tento jev byl zvláště aktuální v době tzv. legislativní smršti, což byl politický mobilizační slogan českých premiérů M. Zemana, V. Špidly a S. Grosse – viz kapitola o stabilitě práva

Neboť všechny v úvodu představené definice efektivnosti práva pracují na výstupu se skutečným stavem reality, tedy s mírou naplnění právem předpokládaného stavu věcí. A tak je zjevné, že překážkami efektivnosti práva jsou složitost právních norem, nedostatečné vynucující kapacity, odvracitelnost sankcí (například v důsledku přílišné fragmentace právního řádu na spoustu specializovaných odvětví spojené s rezignací na jednotné chápání těch prvků, u nichž speciální povaha odvětví nevnucuje odlišnost) a veškeré jevy snižující důvěru v jednotnost uplatňování práva. Čím je právo složitější, tím obtížněji se sleduje jeho dodržování a tím obtížněji je vynucováno. Dodržování klesá.²⁵⁸

U dalších dimenzí je situace složitější. Přísnost sankce s dodržováním normy nesouvisí tak přímočaře, jak se obecně soudí a rovněž konceptu efektivnosti je cizí automatické ztotožnění (na papíře) stanoveného cíle právní úpravy se skutečným stavem věcí.

Vztah dodržování práva k hodnotovému konsensu úzce souvisí s mírou instrumentální využitelnosti práva a nelze zjednodušeně tvrdit, že tam, kde se konsensus a právo rozcházejí, má právo ustoupit. Nikoli. Normotvůrce si však musí být vědom obtíží, které čekají normu v jejím právním životě a pečlivě zvažovat jak volbu mimoprávních alternativ, tak silnou předregulační komunikační aktivitu – korigující záměr a směřující k vytvoření podporujícího konsensu (zde je požadavek efektivnosti ve shodě s požadavkem demokratické legitimacy), kdy v posledku musí zvážit, zda náklady takto vynaložené povedou k zamýšleným účinkům, a zda je takový proces efektivní.

Přirozeně však platí, že tam, kde zamýšlená norma reguluje něco, co je silou společenského konsensu stejně dodržováno (a vynucováno mimoprávními prostředky),²⁵⁹ je právní úprava zbytečná a negativní vliv na efektivnost práva nespočívá jen v tom, že jsou vynaloženy zdroje na nepotřebnou úpravu. Vzniklé poškození je mnohem rozsáhlejší, neboť s každou další normou, byť by byla sebejednodušší a sebezřejší, se

²⁵⁸ Evan, cit., práce, str. 72.

²⁵⁹ Tuto povahu měly např. četné předpisy z hygienické oblasti, které byly těsně před a po vstupu do EU přijímány pod praporem aproximace právního řádu a předepisovaly konkrétní prostředky k dosažení cílů, jejichž naplňování však v praxi nečinilo větších obtíží.

právní řád stává složitějším, tíže interpretovatelným, méně přehledným a obtížněji vynutitelným. Zbytečné předpisy efektivnost práva snižují.

6.2 Právo, jiné normativní systémy a efektivnost

Právo je formálním normativním systémem sociální kontroly, vybaveným jasnými a předem danými sankcemi a státním vynucením. Tím se výrazně liší od jiných normativních systémů,²⁶⁰ jako je sekulární morálka, či různá náboženství.

Právo vyplňuje prázdnotu vzniklou díky rozpadu (či zpochybnění platnosti) normativních systémů tradiční společnosti, kdy vodítka morální povahy náhle zmizela. Neznamená to ovšem, že právo může fungovat bez ohledu na neformální nástroje sociální kontroly, ani to neznamená, že předpokladem úspěšnosti fungování práva je potlačení neformálních nástrojů kontroly. Naopak. Formální a neformální nástroje sociální kontroly koexistují vedle sebe a mohou se vhodně podporovat. Již jen proto by právu neprospělo, pokud by se pokoušelo neformální nástroje sociální kontroly zničit, či si je podrobit.²⁶¹

6.2.1 Právo a morálka

S postupem modernizace se právo odpoutává od jasného morálního obsahu. Důraz se přesouvá k procedurám a k pojmům zákonnosti a výkonu moci dle zákona a na jeho základě. Mezi právem a morálkou vždy bude mezera, trhlina („gap“). Vztah práva a společnosti či vztah práva a morálky je předmětem neustálých právně-teoretických debat.

Vlivná koncepce B. Tamanahy z myšlenky v zásadě nepřekonatelné trhliny, mezery [gap] mezi *právem a společností*; Tamanahovy poznatky jsou obdobné s poznatky E. Ehrlicha,²⁶² se kterým jej pojí žitá zkušenost společnosti, kde formálně platí oktroyovaný právní řád (právní řád USA, resp. právo rakousko-uherské občanské právo), ale lidé žijí podle zcela jiných pravidel. Tamanaha připomíná setrvačnost dřívějších

²⁶⁰ Problematice vzniku a působení sociálních norem obecně se věnuje kniha Posner, E., *Law and social norms*, Harvard University Press, 2002. Pozornost je věnována i efektivnosti sociálních norem, str. 169–184.

²⁶¹ Působení ostatních normativních systémů ztěžuje možnost izolace skutečného vlivu práva, což ztěžuje měření efektivnosti práva. Tím je naznačeno, že jiné normativní systémy mohou mít jak negativní, tak pozitivní vliv na efektivnost práva.

²⁶² Tamanaha, B., *A general Jurisprudence...*, str. 146.

normativních koncepcí, které se v realitě prosazují dlouho poté, co „na papíře“ platí něco zcela jiného.

Teze o právu jako minimu morálky je z didaktického pohledu užitečná, při bližším zkoumání však neobstojí. Co je po právu, nemusí automaticky být spravedlivé či morální.²⁶³

NÁBOŽENSKÁ MORÁLKA

Téma vztahu náboženské morálky²⁶⁴ a práva stojí v jádru evropských debat o přistěhovalectví z muslimských zemí, kdy střety obou normativních systémů jsou symbolicky manifestovány např. spory o nošení burky a nikábů, ale i mnohem vážnějších střetů týkajících se nekompatibilních systémů rodinného práva (např. omezení žen ve výběru manžela či podřízenost manželovi²⁶⁵) nebo zakázaných „soukromých“ sankcí (tzv. vraždy ze cti).²⁶⁶

Evropa nefunguje jako tavící tyglík (melting pot) a obtížně hledá společného hodnotového jmenovatele při hledání nového nastavení vztahu mezi státem a náboženstvím, k němuž je vyzvána. Situace je komplikovaná tím, že evropské země učinily krvavou zkušenost staletých válek, v nichž hrála otázka odlišných věr důležitou roli, a tento spor neměl vítěze. Řešení bylo nalezeno v myšlence tolerance, učinění otázek víry v zásadě otázkou soukromé záležitosti občana a oddělení státu a

²⁶³ Podobné argumenty proti minimalistické myšlence vznáší V. Knapp. Tamanaha zase ze socioprávního pohledu namítá, že právo podle Durkheima integruje společnost, a je jejím zrcadlem, ale podle Hunta není možné předpokládat, že právo v sobě shrnuje obsahu všech normativních systémů, neboť se tím dopředu vylučuje možnost konfliktu mezi různými normativními systémy (Tamanaha, *A General Jurisprudence*, str. 34–36, kapitola strukturní funkcionalismus a právo).

²⁶⁴ Někdy je uváděno, že náboženský normativní systém nedisponuje donucením, ale to není přesné. Vynucením disponují všechny normativní systémy, jen formy jsou odlišné oproti státnímu právu. K donucení v kanonickém právu-srov. např. Hrdina, A., *Kanonické právo*, Praha, Eurolex Bohemia, 2002, str. 174 a 191–192.

²⁶⁵ „Německý soud rozhodl podle koránu“, *lidovky.cz*, 23. března 2007 „*Korán dovoluje, aby manžel bil svou manželku. A to i tehdy, když pár žije v Německu a žena má německé občanství. Tak lze ve stručnosti interpretovat rozhodnutí soudkyně, která v lednu zamítla žádost Němky marockého původu o zrychlené rozvodové řízení.*“ Text prozrazuje silnou interpretační licenci, která je u nás u referování o soudních rozhodních pravidlem. Prof. Hajn líčil, jak kdysi zaznamenal, že referát podaný o případu německými bulvárními (!) novinami stručně, přesně a výstižně zaznamenal podstatu rozhodnutí, které si později opatřil.

²⁶⁶ Blíže v našich podmínkách k islámskému právu a jeho interakcím se státním právem srov. text Víta Šislera „Současná jurisprudence pro muslimské menšiny v Evropě“ dostupný z: uisk.jinonice.cuni.cz/sisler/teaching/jurisprudence_mensin.ppt [navštíveno 4. 9. 2010], anebo portál digitalislam.eu.

náboženství reprezentovaného církví. Sekularizoval se jak evropský model státu, tak jeho právní systém. A nyní se starý spor vrací pod záštitou tolerance zpět a náboženské systémy proklamují svou působnost i v těch oblastech, které stát považoval za svou výlučnou výsost.

Vyloučení náboženství však není ve vztahu k právu bez následků, což je vidět právě na těch společnostech v přerodu, které dříve uplatňovaly silně ateistickou sadu oficiálních hodnot. S náboženskými systémy se totiž pojí i atributy vědomí důležitosti sdílených pravidel, víry a důvěry a ohledu na ostatní.²⁶⁷ Zkrátka poselství Starého a Nového zákona obsahuje i důležité strukturální prvky, jejichž absence ztěžuje a někdy až znemožňuje fungování demokracie a práva. Role víry a důvěry v demokracii a její hodnoty je nezastupitelná. Byrokraticky, resp. technicistně pojaté právo bez atributů důvěry, že je schopno naplnit svou orientující funkci a funkci řádu, které se nemůže opřít o dobrovolnou slušnost jako veřejně podporovanou hodnotu, jen obtížně dosahuje svých cílů. Atributy spojené s náboženským pojetím života podporují fungování světského práva a státu.²⁶⁸

SEKULÁRNÍ MORÁLKA

Ale i sekulární neformální normativní systémy jsou velmi mocné.²⁶⁹ U nás byly nedávno jihomoravské trestní soudy konfrontovány se „sporem o nevěstu“ olašských Romů, v němž bylo zjevné, že být regulován tím či oním právním řádem a skutečně podle něj žít, jsou dvě různé věci. Olahové se dohodli na řešení věci, určili si své sankce a státní sankce do tohoto řešení zapracovali pouze jako vnější faktor. Předmětem komunitního vynucení přitom byly instituty jako je věno, moc otce rodiny (téměř jako římsko-právní *pater familias*) a nástrojem řešení byl rodový

²⁶⁷ Vliv tu neznamená nějakou vědomou ideologickou indoktrinaci, nýbrž formativní vliv těchto prvků na strukturu myšlení a sebepojetí člověka, když obsahová náplň těchto prvků již poztrácela mnohé ze svého úzce náboženského obsahu.

²⁶⁸ Modernistická teze, že právo může nahradit náboženství v roli společenského tmelu neplatí ve své úplnosti. Dvousetletý vývoj sekulárního státu a práva ukazuje, že tu jsou patrně záležitosti, které racionalisticky pojaté právo nezařídí.

²⁶⁹ V USA ještě půl století po občanské válce byla rasová otázka něčím, co ohrožuje integritu státu, morální systémy Severu a Jihu Spojených států byly v postoji k souřadnosti všech lidských bytostí jen obtížně slučitelné. Právo zde integritu nebylo schopno samo o sobě zaručit.

soud.²⁷⁰ Není divu, že při tomto střetu dvou silných normativních systémů měla státní moc potíže udržet při soudním jednání svou autoritu.²⁷¹

Při uvažování o zvyšování sociální účinnosti práva je dobré nezapomínat, že z pohledu efektivnosti je lhostejné, zda jde o normy právní či mimoprávní. Cesta k čistým ulicím vede stejně tak přes jejich masivní a nákladné čištění, jako přes drakonické singapurské tresty (peněžní i fyzické), ale asi nejlevnější je alespoň se pokusit vštípit budoucím dospělým obyvatelům měst či uživatelům autostrád, že odhazování odpadků či jejich nenápadné troušení je prostě hloupost, kterou slušný člověk nedělá. Při vědomí efektivnosti této „metody“ je s podivem, jak moc je opomíjena. Dobrovolně utvářené společenské klima, v němž elity, názoroví vůdci a média podporují chování dle pravidel, je účinným nástrojem efektivnosti.²⁷²

PROFESNÍ NORMATIVNÍ SYSTÉMY

Velkou sílu mají i profesní normativní systémy, které mohou posilovat, či naopak eliminovat působení práva.²⁷³

Při studiu reálného působení hospodářského práva platného do roku 1989 narazíme na normativní systém socialistických ekonomických manažerů, který se vlivem nutnosti vytvářel paralelně vedle platného práva – a byl v zásadě mocnější než právo samo. Direktivně-byrokratické řízení bylo na sklonku režimu slabé.²⁷⁴ Ti šikovnější vedoucí pracovníci se soustřeďovali na kvantitativní referování abstrahující od kvality, v čemž stranické vedení spatřovalo formální, nepolitický přístup. V tomto uspořádání bylo skutečné stranické vedení často iluzorní a skutečnými vládci byli manažeři mající díky byrokratickému upořádání pohodlí neodpovědnosti, neboť vždy mohli

²⁷⁰ Tomuto aspektu se věnoval zejména zpravodajský server idnes.cz, „Podle znalců se postřelený Rom ve výpovědi zamotal, dobře však ví, kdo na něho vystřelil“, text ze dne 20. 5. 2008 dostupný z: www.idnes.cz.

²⁷¹ „Proces s olašskými Romy zjitřil emoce. Ozbrojenci vyklidili soudní nádvoří“ – ze dne 9. 6. 2008, tamtéž.

²⁷² Rozhlasové pořady upozorňující na výskyt policejních hlídek jsou dokladem postupu oslabujícího moc pravidel obecně.

²⁷³ Srov. neformální normativní systémy působící v medicíně nebo v ozbrojených sborech, což však není zatím náš případ.

²⁷⁴ Stranický aparát nebyl schopen získat pravdivé informace (Tůma, L. a kol. Uplatňování vedoucí úlohy KSČ v národním hospodářství, Vysoká škola politická ÚV KSČ: Praha, 1988, str. 128).

poukázat na příkaz, který plnili. Stranické působení bylo často iluzí, a pokud bylo aplikováno, manažeři uměli takový zásah užít ke snížení odpovědnosti. Častěji bylo stranické vedení ve vleku hospodářského a společně usilovali o stanovení co nejnižšího plánu, stranické vedení neprosazovalo celospolečenské zájmy proti omezeným zájmům podnikovým. O roli práva v každodenní realitě referují pojednání o rozsahu „právní služby“. ²⁷⁵ Reprezentativnější průzkumy však prokázaly, že právní forma měla spíše roli „zúřadování“ dojednaného. ²⁷⁶ Z pohledu aktérů bylo takové jednání logické. Uvedená hra na právo byla účinnou strategií, jak nebýt terčem postihu za neúspěch a byla zajisté důsledkem dobově akcentované *kontrolní* funkce smluv. Typický manažer si vstípil vědomí, že právo sice něco předepisuje, ale „*ve finále to nebude tak horké*“.

Příčiny existence profesních normativních systémů jsou natolik hluboce vpleteny do přediva společenských vztahů, že nad nimi právo nikdy nezíská absolutní moc. Musí s nimi umět počítat a spíše než vést samoúčelný boj o potvrzení jedinečnosti právního impéria, musí umět využít jejich existence ve svůj prospěch, případně se zaměřit jen na eliminaci těch jeho projevů, které viditelně škodí. Při vhodném nastavení profesní normativní systémy podporují efektivnost práva a mohou dokonce fakticky převzít některé z dílčích úkolů práva prostým faktem své pružnosti a účinnosti, který jako u všech ostatních neprávních normativních systémů plyne z jejich neformálnosti.

6.2.2 Konzervativní povaha práva (relevance socialistického normativního systému)

Myšlení tvůrců, vykladačů, aplikátorů a adresátů českého práva dlouho ovlivňovalo normativní systém vycházející z práva Československé lidově demokratické republiky, resp. Československé socialistické republiky (zkráceně „socialistický normativní systém“).

²⁷⁵ Srov. kol. Hospodářské právo 4: Realizace hospodářského práva, UJEP: Brno 1984, str. 9, 17-19. Nebo č.117/1973 Sb., zásady jimiž se stanoví organizace, postavení a úkoly právních útvarů ve státních hospodářských organizacích a v organizacích zahr. obchodu, schválené usnesením vlády ČSSR ze dne 27. září 1973, č. 284.

²⁷⁶ Efektivnosti hospodářského práva se v podobných souvislostech věnuje práce: Pelikánová, I., K právní úpravě dodavatelsko-odběratelských vztahů, AUC, 1977.

Výrazné rysy tohoto systému jsou, jak už to bývá, lépe vidět z dálky. Je-li řečeno, že socialistický normativní systém se vyznačoval důrazem práva na národní bezpečnost, na hospodářské úkoly práva, programovou hodnotovou zatížeností a spojením s mocí (diktatura proletariátu a závazná státní ideologie), pak při srovnání s jinými kontinentálními systémy práva vidíme, že tyto rysy skutečně umožňují pojednat tento systém samostatně.²⁷⁷ Ostatně stejně tak činila i dobová komparatistika.²⁷⁸

Socialistický právní systém měl markantní zvláštnosti.²⁷⁹ Cílem práva bylo vzdělávání za účelem překonání sobeckých a antisocialistických tendencí; dělba moci byla odmítnuta, zákony obsahovaly vůli vládnoucí třídy artikulované komunistickou stranou. Soudy nesměly tvořit či interpretovat právo. Text zákonné úpravy měl v praxi často velmi omezený význam.²⁸⁰

IRELEVANTNÍ SOCIALISTICKÝ NORMATIVNÍ SYSTÉM?

Vytvoření nového systému pravidel je dlouhodobý úkol, k jehož splnění nepostačí jen legislativní cesty. Jeho úspěšnost závisí i na mnoha mimoprávních okolnostech. Kolaps států dominovaných komunistickými stranami měl být provázen novým ustavením základních pojmů, na nichž právo stojí, avšak právní přerod je (i díky konzervativním tendencím práva a personální kontinuitě právních aktérů) velmi dlouhý proces.

Navíc se prvky zaniklého práva znovu ožívají. Profesorka Irena Pelikánová v roce 2004 zaznamenala návrat ke zděděným koncepcím (prekluze, absolutní neplatnosti, monopolu právnických osob), který vysvětlila pohodlností a neschopností poznat zdroje deformací.

Díky resuscitaci, na níž se podílejí i soudy aplikací judikatury vzniklé ve zcela jiném ústavním rámci, jsou prvky minulého normativního systému užívány i nyní. Nepadnoucí kazajka

²⁷⁷ Vago, S., *Law and society*, 5th ed., Prentice Hall, New Jersey, 1997, str. 12–15..

²⁷⁸ Srov. tento pojem in Knapp., V., *Velké právní systémy*, str. 117.

²⁷⁹ Srov. Vago, S. *Law and Society*, Prentice Hall: New Jersey, 1997, str. 12 - 13.

²⁸⁰ „[...]přestože z naší literatury i judikatury číší tolik pozitivizmu, protože všechny tyto právnícké osoby fungují bez ohledu na zmíněný legislativní kotrmelec.“, Irena Pelikánová ve svém příspěvku „Právní úprava ekonomických vztahů v období 1948-1989, její povaha a důsledky“, in Malý, K., Soukup, L.(eds.), *Vývoj práva v Československu v letech 1945–1989*. Karolinum: Praha, 2004, str. 450 – 451 a 432.

socialistického práva je navlékána na společenské vztahy přerozující se společností. Civilně škodní spory vycházejí „z oprášené judikatury“,²⁸¹ ačkoli tato judikatura má oporu v marxistické teorii hodnoty, která je neživotná, ale hlavně nekompatibilní s trhem.²⁸² Právo není nástrojem, jímž je možno řídit společenskou realitu libovolně a bez jakýchkoli mezí. I tohoto mentálního odkazu jsme se neodřekli. Legislativa musí respektovat jisté hranice, má-li působit žádoucím způsobem ve vnějším světě.²⁸³

Náš zdravý rozum je zčásti formován socialistickým normativním systémem, který tak stále sídlí v zákoutí našich myslí a srdcí. „Normalita“, kterou toto prostředí vytvořilo, snižuje náš cit poznat odchylky neakceptovatelné a nebezpečné. Socialistický normativní systém působí, i když na papíře dávno neexistuje. Podobně, tedy bez vynutitelnosti a neviditelně, působí i jiné normativní systémy, jako je náboženství či systém etických hodnot.

DŮSLEDKY KULTURNÍ A HISTORICKÉ UKOTVENOSTI PŘÁVA

V postkomunistických společnostech absence zohlednění kulturně-historického pozadí nevede k vyložení „čistého obsahu“ normy obsahující daný pojem, nýbrž k vyložení pojmu v duchu socialistického normativního systému. Kontextuální výklad právních pojmů je samozřejmostí moderní aplikační praxe. Není-li právo vykládáno se znalostí prostředí, z něhož vyrostlo, pak je výrazně ohrožena jeho efektivnost, neboť při neadekvátním a-historickém či a-kulturním výkladu (nebo při obou) dochází k tomu, že na kostru právní struktury transplantujeme cizorodé prvky.²⁸⁴ Krátce si tento problém můžeme ilustrovat v oblasti ústavního práva.

²⁸¹ Normativisté a pozitivisté mohou najít argumenty o škodlivosti takových postupů v těch pasážích Weyrovy Teorie práva, kde útočí na právní nauku užívající pojmy vyrostlé z římského práva, jako na ideologii římského práva zavlékanou do čistého práva (Weyr, František, Teorie práva, Praha, Orbis, 1936, str. 155). Tuto argumentaci lze, mutatis mutandis užít i na ideologii vtělenou do judikatury a výkladových stanovisek socialistických soudů.

²⁸² Na základě ní je havarované auto s vyměněnými díly díky této výměně hodnotnější než auto nehavarované.

²⁸³ Pelikánová, I., Právní úprava ekonomických vztahů v období 1948–1989, její povaha a důsledky“. In Malý, K., Soukup, L. (eds.), Vývoj práva v Československu v letech 1945 – 1989. Karolinum: Praha, 2004, str. 452.

²⁸⁴ V bodu 19 nálezu sp. zn. II. ÚS 254/08 ze dne 18. 11. 2008 (N 197/51 SbNU 393) se Ústavní soud takto vyslovil k aplikaci trestněprávní judikatury soudů ČSSR

Pojmy dělba moci, ústava, právní stát, demokracie vznikly jako historicko-kulturní produkty a jejich vývoj neustále probíhá. Pokud tyto pojmy vyložíme jen gramaticky, pak to v situaci zde a nyní může vést k jedinému: k vtažení cizorodých prvků prostřednictvím významových struktur jazyka. V naší situaci se tak může stát, že liberálně-demokratickou ústavu interpretujeme jazykem kontaminovaným významy konstituovanými v prostředí socialistického normativního systému.²⁸⁵ Liberální demokracie vyrostla z konkrétních teoretických konceptů, které byly v průběhu staletí korigovány na základě empirického ověření.

6.2.3 Neformální normativní systémy jako překážka efektivnosti práva

Právo je logicky vystavěný normativní systém, jehož součástí je nárok na normativní supremaci a výlučnost. Přesto po celou dobu existence moderního práva (počínaje průmyslovou revolucí a dneškem konče), existují vedle práva neformální normativní systémy, jejichž normy sdílí velké skupiny adresátů právních norem. Sekularizace společnosti prokázala, že právo není s to plně nahradit některé atributy spojované s náboženskými normativními systémy. Sekulární normativní systémy mají rovněž potenciál ovlivňovat fungování práva a to negativně i pozitivně.

Bylo by chybou automaticky považovat ostatní normativní systémy za překážku efektivnosti práva jen proto, že takový závěr deduktivně plyne z abstraktního pojmu práva. Právo neztratí nic ze své výlučnosti a supremacy jen proto, že vedle něj existují jiné normativní systémy,

„tato judikatura vznikala ve zcela jiných "právních" poměrech a přehlédla teoreticko-právní notoriety, podle níž je obsah právního institutu dán normativním okolím obklopujícím normu, která daný institut zakotvuje. Trestní řád a další předpisy platné do 17. 11. 1989, stejně jako faktické poměry favorizovaly prokurátora a rovnost mezi obhajobou a obžalobou neexistovala.“

²⁸⁵ České ústavní diskuse jsou prochnuty etatismem, neadekvátním chápáním pojmu státu, vadným vymezením role jednotlivců a jejich vztahu ke státu a vztahu státu k jednotlivcům. Struktura státu má samozřejmý předobraz ve struktuře vojensko-subordinační organizace, vyžadující od jednotlivce bezmeznou poslušnost a chápající dělbu moci jen jako otázku liniově-štábního vymezení kompetencí, provedeného v režii hlavy exekutivy. Je obtížné vysvětlit, že státní správa soudů je stejný nesmysl, jako státní správa parlamentu, že řádný občan, není totéž co poslušný občan, že dělba moci znamená v určitých momentech povinnost odmítnout apely na nutnost organické spolupráce, atd., atp.

kteří naopak mohou při vhodném nastavení právní regulace zvyšovat jeho efektivnost. V jiných případech musí normotvůrce s existencí jiných normativních systémů počítat a zahrnout náklady spojené s překonáváním odporu plynoucího z odlišných příkazů neformálních normativních systému a zvážit, jaké prostředky budou adekvátní k dosažení zamýšleného cíle.

Důvěra v právo a dobrovolná slušnost jsou mimoprávní atributy práva, které původně vznikly na půdě jiných normativních systémů, avšak právo je pro svou náležitou funkci nezbytně potřebuje. Překážkami efektivnosti práva jsou pak ty postupy, techniky, normy či jevy, které důvěru v právo snižují.

6.3 Přístupy k interpretaci práva a jeho sociální účinnost

Na skutečném působení práva se nepochybně podílejí sdílené přístupy k interpretaci a aplikaci práva. Tyto přístupy objektivně vykazují skupinové odlišnosti v závislosti na pozicích interpretů.²⁸⁶ Na všech těchto přístupech se významně podílí převládající právní doktrína, v níž má formativní vliv právní akademie.

Ekonomická ideologizace právní vědy je nepřijatelná a výrazné limity uplatnění striktně ekonomických úvah jsou rozebrány na jiném místě této práce.²⁸⁷ Znamená to však nezbytně, že interpretace a aplikace má na efektivnost neutrální vliv a při interpretaci a aplikaci práva nemá místo ohled na sociální účinnost práva? Domnívám se, že i při zachování všech normativních požadavků, které na právo klademe, je uvnitř množiny možných interpretačních a aplikačních přístupů prostor pro volbu mezi těmi, co podporují sociální účinnost práva a pro eliminaci některých překážek efektivnosti práva, bez újmy na podstatě práva.²⁸⁸

²⁸⁶ Skupinové odlišnosti, projevující se v odlišných důzrazech a inklinacích (či naopak v nedůvěře) k určitým přístupům, najdeme v myšlení exekutivních právníků, soudců, legislativců, pedagogů.

²⁸⁷ Viz kapitolu o roli vědy.

²⁸⁸ Zkrátka: ohled na sociální účinnost práva neznamená automaticky otevření cesty k účelovosti (tak jak toto slovo právní jazyk chápe v pejorativním smyslu.)

6.3.1 Doktrína metod interpretace práva

POSTUPNÉ ROZEVÍRÁNÍ VĚJÍŘE VÝKLADOVÝCH METOD PRÁVA

Listujeme-li právními skripty a učebnicemi tak, jak postupně vznikaly od roku 1989 do současnosti,²⁸⁹ vidíme rozšiřování vějíře výkladových metod práva, kdy je k výkladu jazykovému, logickému, systematickému a autentickému postupně připojován (ne vždy a všemi autory) výklad historický, teleologický, výklad opřený o srovnávací argumenty (výklad *e ratione legis*),²⁹⁰ jakož i výklad opřený o ústavní principy. Tento postup si vynutil jak tlak vyvolaný potřebami práva,²⁹¹ tak reakce na nový ústavně právní,²⁹² mezinárodně právní, jakož i zákonný rámec.²⁹³ Nutno předeslat, že nic z toho, co je v této kapitole uvedeno, nelze interpretovat tak, jako by proponovalo vznik jakési metody „ekonomického“ či „efektivnostního“ výkladu.

Vlivná učebnice Teorie práva od Viktora Knappa konstatovala zjevný fakt, že sjednocující rozhodnutí a stanoviska Nejvyššího soudu se podílejí na dotváření práva,²⁹⁴ ale k výkladu historickému a teleologickému (*e ratione legis*) je skeptický a přisuzuje mu pomocnou úlohu. Podobně se k teleologickému výkladu staví i Aleš Gerloch,²⁹⁵ který výklad teleologický, historický a komparativní řadí mezi

²⁸⁹ Harvánek, J., a kol. Právní teorie, Brno, Iuridica Brunensia, 1995, str. 163-167. Zde výklad teleologický zcela chybí, ačkoli již v té době platila Listina, Úmluva a Ústava, která nutila interpretovat podústavní právo s přihlédnutím k účelům obsaženým v normách ústavního pořádku. Přihlédnutí k *ratio legis* je popsáno jako odporující požadavku zákonnosti: „*Odporuje tedy požadavku zákonnosti takové pojetí interpretace, které upřednostňuje tzv. ratio legis (úmysl zákonodárce) před obsahem textu normativního aktu.*“ Požadavek na textualismus je zde vysloven spíše v mírné podobě (nesmí být upozaděn), prakticky ale vedl k tomu, že účelem ustanovení se interpret nemusí vážně zabývat. Starší učebnice byla přímočařejší, když ve vztahu k zužujícimu a rozšiřujícimu výkladu uvedla: „*V socialistické společnosti v souladu s požadavkem přísné socialistické zákonnosti jde o doslovnou interpretaci.*“ Alexejev, S. S., Obecná teorie práva, Praha, Panorama, 1986, str. 427.

²⁹⁰ Srov. například heslo metody interpretace in Hendrych, D. a kol., Právní slovník, Praha, C.H. Beck, 2009.

²⁹¹ V pluralitní společnosti je řádově větší tlak na výkon rozsuzovací funkce.

²⁹² Povinnost ústavně konformní aplikace, nutnost dodržovat závazky plynoucí z mezinárodního práva (čl. 1 odst. 2 Ústavy ČR), závaznost práva EU, které je v posledku vyloženo rozsudky ESD.

²⁹³ Například zákonná povinnost soudu respektovat judikaturu a stanoviska Nejvyššího soudu (§ 99 odst. 1 o.s.ř.). Nebo vnitřní závazek soudu rozhodnout obdobnou věc obdobně, na který v souvislosti s nyní platným ust. 159a o.s.ř. upozornil Ústavní soud (nález sp. zn. I. ÚS 647/02 ze dne 27. 8. 2004 (N 120/34 SbNU 245).

²⁹⁴ Knapp, V., Teorie práva, Praha, C.H.Beck, 1995, str. 170–171.

²⁹⁵ Gerloch, A., Teorie práva, Plzeň, Aleš Čeněk, str. 146 -151.

nadstandardní metody výkladu, které je třeba upozadit tváří v tvář zjevnému rozporu s textem zákona, mezinárodní smlouvy a s výsledky dosaženými standardními interpretačními metodami. K teleologickému výkladu autor²⁹⁶ řadí argumentační okruhy právními principy, právem chráněnými hodnotami a lidskými právy a ve vztahu k tzv. soudcovskému právu upozorňuje, že je nelze ztotožnit se soudními precedenty, neboť i v oblasti kontinentálního práva vytvářejí vrcholné soudy rozhodnutí, které fakticky jako precedenty působí, kdy zvláštní roli pak mají rozhodnutí těch soudů, které mohou rušit právní předpisy (soudy ústavní a správní).

Ohledně judikatury se pomalu ustaluje názor, že není formálně závazná, ale má normativní sílu,²⁹⁷ soudce zvažuje při rozhodování o aplikovatelnosti judikatury i právní principy a ekonomické dopady judikatury.²⁹⁸ Zkrátka judikatura má významný vliv na skutečné působení práva. Místo a důležitost teleologického výkladu popisuje se smyslem pro nuance tohoto delikátního tématu Pavel Holländer,²⁹⁹ kdy konstatuje, že hledání účelu (ať už je otevřené, skryté, vědomé či nevědomé), neodbytně provází proces interpretace práva. Teleologická interpretace a práce s právními principy, je odpovědí moderních právníků na odpoutávání se práva od spravedlnosti, přičemž soudobá středoevropská právní kultura je k tomuto pojetí značně nedůvěřivá.³⁰⁰ Dřívější socialistická právní věda se k teleologickému výkladu stavěla krajně odmítavě a je otázkou, nakolik jde o tradiční prvek středoevropské právní kultury zesílený vlivem minulé praxe.

Objektivně verifikovatelný teleologický výklad má své místo v interpretačním procesu,³⁰¹ mj. protože při současné podobě

²⁹⁶ Tamtéž, str. 151 a 110.

²⁹⁷ Gerloch, A., Kysela, J., Kühn, Z., Wintr, J., Tryzna, J., Maršálek, P., Beran, K., *Teorie a praxe tvorby práva*, Aspi, Praha, 2008, str. 100.

²⁹⁸ Srov. či Gerloch, A., Kysela, J., Kühn, Z., Wintr, J., Tryzna, J., Maršálek, P., Beran, K., *Teorie a praxe tvorby práva*, Aspi, Praha, 2008.

²⁹⁹ Kapitola „Norma a účel“, in Holländer, P., *Filosofie práva*, Plzeň, Aleš Čeněk, 2006, a zde zejm. str. 85.

³⁰⁰ Kühn, Z., *Aplikace práva soudcem v éře komunismu a transformace*, Praha, C. H. Beck 2005, str. 89 a 160.

³⁰¹ Srov. Melzer, F., *Metodologie nalézání práva*, Brno, Knihovnicka.cz, 2008, str. 117-120. Někteří autoři dokládají, že opuštění teleologického výkladu bylo

normotvorby je často jediným prostředkem pro zachování bezrozpornosti právního řádu a tím i jeho systémové povahy, jakož i cestou k naplnění ústavních požadavků a požadavků mezinárodního práva.³⁰² V praxi se dostaneme do konkurence účelů i na úrovni zákonného práva.³⁰³

Argumenty sociální účinnosti práva a ekonomické analýzy práva jsou zahrnutelné pod výklad zohledňující účel interpretovaného textu.³⁰⁴

Teleologický výklad je často jedinou cestou, jak se vyrovnat se situací, kdy verbální znění zákona není aplikačně přiléhavé, nebo kdy by doslovná aplikace vedla k absurdním závěrům či k odmítnutí spravedlnosti.³⁰⁵

6.3.2 Efektivnostní ohledy a interpretace práva

Jak bylo řečeno výše nic z toho, co je v této kapitole uvedeno, nelze interpretovat tak, jako by proponovalo vznik jakési metody „ekonomického“ či „efektivnostního“ výkladu. Ohledy na sociální účinnost práva jsou podřaditelné pod výklady přihlížející k účelu vykládaného textu a je nutno být srozuměn s tím, že námitky, které se vůči ohledům na efektivnost vnesou, budou obdobné námitkám vůči teleologickému výkladu.

Přesto existuje pro jejich začlenění určitý prostor. Je běžné vznést na konci interpretačního procesu otázku, které z nalezených výkladových variant povedou k vyřešení sporu (např. soud je k takovému postupu nucen zákazem odmítnutí spravedlnosti). Tímto postupem není nijak narušena systematika přípustných výkladových metod, ani supremace zákona (k zákonům je třeba řadit i zákony ústavní). Stejně tak zohledněním reálného působení vyložené právní normy není nijak ohroženo zákonodárné

způsobeno cíleným vlivem sovětské vědy. Jakab, A., Hollán, M., Dogmatické dědictví socialismu v dnešním právu. In *Právník* 2/2006, str. 185–216.

³⁰² Což platí jen tehdy, pokud zákonné právo a právo ústavní a mezinárodní chápeme jako oddělené systémy. S ohledem na konstrukci naší ústavy však k dualizmu není důvod a aplikace nadřazené právní normy je stejně tak podřaditelná pod výklad systematický a zejména logický.

³⁰³ Josef Bejček: Může být účelem zákona samoúčel? *Právní rozhledy* 11/2003, s. 533.

³⁰⁴ Tamtéž, str. 146.

³⁰⁵ „Náležitá teleologická interpretace dokáže zabránit přijetí absurdních právních závěrů. Právnícké „krčení ramen“ v situacích, v nichž by měl zákon správnému řešení pomoci, by nemělo patřit do juristického instrumentária 21. století.“ in David, L.: Poznámky k teleologickému výkladu zákona, *Právní rozhledy* 23/2006, s. 858.

privilegium a není ingerováno do výhradní sféry zákonodárce,³⁰⁶ neboť zákonodárce přijímal zákon proto, aby byl efektivní.

6.3.3 Etika právního diskursu?

Zásadním etickým příkazem vědce je oddanost vědecké pravdě. Avšak lze nalézt pádné argumenty i pro společenskou odpovědnost vědce, a to i v oblasti právní vědy, která je vědou společenskou a někdy se přímo dotýká lidských osudů. Etické příkazy jsou přirozeně nevynutitelné, přesto neškodí je alespoň krátce nastínit.

Právní vědci nesou spoluzodpovědnost za stav práva v zemi.³⁰⁷ Věrní vědeckým hodnotám musí svou činností přispívat k budování důvěry v právo a v jeho srozumitelnost. Existuje-li prostředek, který může potenciálně zlepšit fungování práva, je tu závazek otestovat jeho použitelnost. Proto je nezbytná např. funkční komparatistika, která šetří společenské náklady tím, že sbírá, analyzuje a třídí jinde fungující právní řešení a musí být integrální a podporovanou součástí právní vědy. Z obdobných důvodů musí být právně vědecká obec připravena věcně a otevřeně diskutovat s jinými vědními obory, které se vlamují do její domény (jako je například ekonomie) a umět po prověření použitelnosti a plauzibility závěrů domestikovat na své půdě metody a postupy vzniklé jinde.

Členění na obory a podobory je pochopitelnou součástí každé vědy. Umožňuje efektivní práci, avšak nesmí prohlubovat fragmentalizaci práva tím, že každý obor a podobor si vystaví svou soustavu pojmů a logik, kdy by obor od oboru docházelo k tomu, že stejný pojem znamená něco jiného v závislosti na tom, kdo jej použije. Taková separace se vlivem autority vědy přenáší i do platného práva a činí je dále složitějším.³⁰⁸ Fragmentace práva snižuje jeho společenskou autoritu a

³⁰⁶ „*Scire leges non hoc est verba earum tenere, sed vim ac potestatem.*“ Znáť zákona neznamenať znáť jejich slova, ale pochopit jejich význam a **působení** [zvýr. HB].

³⁰⁷ Ostatně jsou do ní často přímo vtahováni formou zapojení do legislativního procesu, jako poradci soudů či jako připomínková místa.

³⁰⁸ Již tak tíhnou specializovaní soudci k tomu, aby pojmy „svých“ předpisů bez hlubších důvodů vykládaly odchylně od jejich obecného významu. Typické jsou neshody mezi občanským a trestním právem procesním ohledně běhu lhůt.

věda zde musí umět využít svou sílu - produktivní polemiku,³⁰⁹ jejímž výsledkem je shoda o sdíleném významu.³¹⁰

Právní věda nemá důvod k nedostatku sebevědomí. Ústavní soud již např. našel povinnost obecných soudů vypořádat se s námitkou rozporu se zájmy právní vědy.³¹¹ „Právní řád, založený na principech jednoty, racionality a vnitřní obsahové bezrozpornosti, s sebou nutně přináší imperativ stejného náhledu na srovnatelné právní instituty, byť upravené v rozdílných právních předpisech či dokonce odvětvích.“³¹² Role vědy v autoritativním státě a v otevřené společnosti je jiný.³¹³ Právní věda se musí emancipovat od silného zaměření na výklad předpisů *de lege lata*. V otevřené společnosti je věda jednou z neprávnických protivah moci.

Důvěra v právo je posilována konkrétní věcnou diskusí nad výsledky práce judikativy, exekutivy a legislativy a komunikační funkcí a rolí právních institucí laikům.

Apely na společenskou odpovědnost vědy, jakož i na její účelnost, nejsou osamocené, ani nové: „Právní věda ... se ... musí začít chovat jinak....Je nutno se cílevědomě otevřít, hledat pochopení ve studiu minulosti a současnosti rozvinutých států. Cílem není vytváření nových

³⁰⁹ Sem ovšem nepatří situace, kdy je zákon pojat jako pokračování vědecké polemiky jinými prostředky.

³¹⁰ Zejména Nejvyšší správní soud věnuje setrvalou pozornost bezrozpornosti a jednotnosti právního řádu setrvalou pozornost ve své výkladové praxi - rozhodnutí č. 792/2006 Sb. NSS konstatuje: „V souladu s principem jednoty právního řádu je proto namístě čtené deformace, jimž tento institut v daňovém řádu a v jeho interpretaci finančními orgány podléhá, napravovat jeho výkladem a používáním v souladu s jeho skutečnou povahou.“

³¹¹ „Pokud nejde o situaci, kdy právní řešení bez dalšího vyplývá ze zákonného textu, obecný soud musí v odůvodnění dostatečným způsobem vysvětlit své právní úvahy s případnou citací publikované judikatury nebo názorů právní vědy. Argumentuje-li účastník řízení názory právní vědy nebo judikatury, musí se obecný soud s názory v těchto pramenech uvedenými argumentačně vypořádat, případně i tak, že vysvětlí, proč je nepovažuje pro danou věc za relevantní. Jen tak může být odůvodnění rozhodnutí soudu přesvědčivé a jen tak může legitimizovat rozhodnutí samotné v tom, že správný výklad práva je právě ten výklad, který soud zvolil.“ nález sp. zn. I. ÚS 403/03 ze dne 17. 8. 2005 (N 160/38 SbNU 277)

³¹² rozhodnutí Nejvyššího správního soudu ve věci sp. zn. 2 Afs 81/2004-54, [publ. pod . 791/2006 Sb. NSS nebo na www.nssoud.cz].

³¹³ „V této situaci by měla právní věda a vysoké školství učinit konečně a rozhodně velmi uvědomělý krok a ujasnit si, co je jejím historickým úkolem: zastavit rozhodně a netolerantně předávání totalitního způsobu právního myšlení dalším generacím, zastavit pronikání prvků totalitního práva do nových zákonodárných aktů, formulovat jasně rozdíly mezi socialistickým právem a právem svobodné společnosti. Je to naše historická povinnost, kterou po dobu deseti let plníme velmi problematičky.“ Pelikánová, I.: Nad posláním české právní vědy, *Právní rozhledy* 5/2000, s. 187.

*systemů a nových konstrukcí, cílem je pochopení již existujících právních principů a řešení, ať už je nalzáme ve vlastní minulosti nebo v současnosti ostatních států. Představa, že dospějeme k samostatným vlastním a lepším koncepcím, je v naší situaci většinou představou nebezpečnou, která vede k prodlužování onoho přechodného stadia mezi totalitním a demokratickým právem, k zanášení nové legislativy deformovanými pseudokonstrukcemi, vyžadujícími pracné opravy v řadě následujících novelizací. Ani právní věda nemůže zanedbávat hledisko účelnosti a čerpání ze zahraničních vzorů má především právě výhodu účelnosti.”*³¹⁴ Mezi instrumentalizací vědy a apelem na její životnost je podstatný rozdíl.

VÝZVY PRO PRÁVNÍ VĚDU

Ideální představa zákona jako výrazu posvátné obecné a svobodné – a tudíž nezměnitelné – vůle, tak jak je obsažena ve francouzské Deklaraci práv člověka a občana z r. 1793, je nedosažitelná: není v silách lidského intelektu, jazyka a představivosti napsat takový zákon, který by byl s to beze změn provedených při aplikaci v individuálních případech reagovat na nekonečně pestrou a neustále se měnící realitu. Výkladová pravidla musí zohledňovat gnoseologickou skepsi a omezené schopnosti jazyka.³¹⁵

Právní věda musí při úvahách o interpretaci a aplikaci práva zohledňovat, že normotvorný konflikt je něčím běžným při soudobé produkci právních předpisů, která jednak probíhá simultánně a navíc z více center. I role justice v otevřené a autoritářské společnosti je jiná. Nyní již odpadl mocensky akcentovaný požadavek na centralizaci. Výzvou pro právní teorii je otázka, zda by se nenašlo pro judikaturu užitečnější místo (a tím i zodpovědnost) za stav práva v zemi.

³¹⁴ Pelikánová, I.: Nad posláním české právní vědy, *Právní rozhledy* 5/2000, s. 187. Článek je plný podnětných úvah, které platí i po deseti letech od jejich napsání.

³¹⁵ Takto to vyjádřil ústavní soud „V právním státě je třeba tvorbě právních předpisů věnovat nejvyšší péči. Přesto se však nelze vyhnout víceznačností, což plyne jak z povahy jazyka samotného, tak z abstraktnosti právních norem, jakož i z omezenosti lidského poznání, stejně jako z dynamické povahy sociální reality.“ nálezn. sp. zn. I. ÚS 643/06 ze dne 13. 9. 2007 (N 142/46 SbNU 373)

6.3.4 Legislativní nebo zákonodárné pravidlo?

Jak bylo naznačeno výše, soudobá právní věda je stále nedůvěřivá k roli soudů. Částečně tím navazuje na prvorepublikovou tradici, která však zdaleka nebyla jednoduší. I na tuto otázku je třeba se podívat vědecky, *sine ira et studio*, přičemž rovněž nelze zapomínat, že akcentované prvky tradice a kultury jsou paradoxně argumenty mimo-racionálními.

JEDEN PŘÍKLAD Z MINULOSTI

Jaroslav Kallab³¹⁶ ve stati „*Právní filosofie a výklad zákonů*“³¹⁷ rekapituluje dosavadní výkladové právní školy. Kallab zmiňuje historickou školu, která ustavila tři typy interpretace, a sice gramatickou, logickou a historickou, přesto však vyžadovala tvorbu právních pojmů a právních konstrukcí – pracovala metodou abstrakce. Originalismus snažící se historickými metodami zjišťovat skutečnou vůli zákonodárce neuspěl, neboť vývoj někdy velmi změnil smysl norem, jak prokázal Gény na příkladu Code Napoleon. Otázku, zda budeme považovat výklad norem za vědu, chápe Kallab jako čistě terminologickou.³¹⁸

Vývoj přinesl nejen poznatek o nespolehlivosti zákonů a tímto poznáním podnětá skepse o možnosti dokonalé normotvorby vedla k debatám o přizpůsobování výkladu zákona měnícím se požadavkům života. Oporou bývá *povaha věci* (Randa, Unger), srovnávací právní věda a analýza judikatury snažící se vytěžit praktický význam ustanovení (Ehrlich). Tato hermeneutika se však neobejde bez zjišťování cílů, jež lidé sledují (Duguit). Intuitivismus (Kantorovitz a ex postuální rozumové odůvodňování rozhodnutí), přihlížení ke spravedlivým tužbám a přehlížení litery zákona (francouzský soudce Magnaud) bere Kallab jako

³¹⁶ Zaměření na J. Kallaba je více méně náhodné. Pokud jsou na více místech povolávání ke slovu, pak je tomu proto, že představovali do jisté míry zcela protichůdné směry právního myšlení, F. Weyr je navíc představitel směru, který dodnes vystihuje podstatné rysy hlavního proudu českého právního myšlení a hlavně oba spolu vedli obsáhlé a otevřené polemiky, které i dne poskytují bohatý materiál. Polemiky ukazují, že spor o roli soudů či o metody výkladu není ani tak sporem mezi naší právní kulturou a kulturou anglosaskou, ale byl vždy přítomen i v naší debatě.

³¹⁷ Kallab, J., *Právní filosofie a výklad zákonů*. Vědecká ročenka právnické fakulty MU v Brně. roč. VI., Brno: Barvič a Novotný, 1927, s. 83-93.

³¹⁸ S oporou ve výsledcích „*methodenstreitu*“ a v Rickertově dělení na idiografické a nomotetické vědy dospívá k názoru, že může existovat i vědecká jurisprudencence jako idiografická věda.

poslední slovo filosofického pozitivismu v právní vědě, a to v důsledku vázání poznání na poznání smyslové. Tuto (dnes bychom řekli dekonstrukci) zakončuje Kallab tím, že potřeba objektivního směru pro výkladové metody nezmizela, a pokud selhává filosofie, tím hůře pro ni: „*neboť ještě nikdy nezastavil se proud života pro nedostatky kterékoli filosofie*“.³¹⁹ Směrnicí výkladu by měla být touha po spravedlnosti, po jednotném, tj. obecně platném chápání právních norem, neboť: „*ten, kdo nevěří ve spravedlnost, není s to, aby odpovídal na otázky, co má být*“.³²⁰ Potřeba spravedlnosti je stejná, jako potřeba pravdy.

Nejenom v kontextu dnešních debat o soudním aktivismu bude užitečné připomenout Weyrův názor na míru soudcovské nezávislosti při výkladu práva: „*Institut soudcovské nezávislosti (roz. na normách), byť i jen omezeně, znamená tudíž, u srovnání s právní situací správních úřadů a soukromých jednotlivců – prvek demokratický*“.³²¹ V textu³²¹ nazvaném *Positivní právo a princip spravedlnosti*³²² Jaroslav Kallab na téma mezi výkladu poznamenal: „*Tak i dnes to, co v zákoně jako právo je označeno musíme pokládati za právo, platí za spravedlivé. Tím se vysvětluje zdánlivá antinomie mezi mým učením o principu spravedlnosti a faktickou možností nespravedlivého zákona, jež tak leká Weyra... Pak i dnešní právník musí říci: tento zákon je nespravedlivý, poněvadž však je formálně správně vydán, musím jej uznati. Ovšem že umění interpretační i v těch případech... dovede do značné míry vlít do nespravedlivého zákona... smysl, jenž přece jakž takž lze srovnati s požadavky rozumu, jenž vždy se bude vzpírati uznati normu odporující duchu ostatních norem*.“ Že se zde nejednalo o úvahy nikým a ničím nevázaného akademika, to můžeme poznat v těch pasážích Kallabových textů, v nichž popisuje, jaké teoretické eskapády musel činit rakouský trestní soudce, aby zmírnil dopad objektivních deliktů výsledkových –

³¹⁹ Tamtéž, s. 92.

³²⁰ Weyr, F. Teorie práva. Brno-Praha, 1936, s. 304.

³²¹ Na semináři jej citoval Prof. Večeřa, jemuž touto cestou děkuji za zpřístupnění některých Kallabových textů.

³²² Kallab, J. Positivní právo a princip spravedlnosti. Časopis pro právní a státní vědu, 1921, s. 241–245.

subjektivizací kauzálního nexu.³²³ Kallab si (jako právní filosof a učitel dějin právní filosofie) bere na pomoc srovnání se situací v době panujícího církevního monopolu na pravdu, jenž u středověkých přírodovědců probouzel umění interpretace.

6.3.5 Postoj k napětí mez rolí zákonodárce a rolí interpreta

Pro právníky může být velmi užitečné, jak o opozitu zákonodárce-interpret uvažuje sociolog Zygmunt Bauman, který se snaží doložit, že v době osvícenství, jež šlo ruku v ruce se vznikem moderní společnosti, intelektuálové obsadili roli tvůrců pravidel; v postmoderní době se role intelektuálů proměnila do podoby vykladačů, interpretátorů pravidel.³²⁴

Pro potřeby teorie práva však může být velmi užitečná obecná charakteristika, která připisuje *legislátorovi* působícímu jako profesionální mluvčí rozumu uvažování v kategorii „objektivitý“,³²⁵ tedy schopnost proniknout k pravdě a jeho uvažování označuje za extraterritoriální, vyvázané z konkrétních podmínek. Nyní již intelektuál jako interpret slouží jako tlumočník (lokálních) požadavků suverénních participantů, rozhodčího střetů mezi různými míněními, avšak rozhodčího, který se vzdal univerzalistických ambicí Rozumu. Interpret již nepracuje s předpokladem univerzální pravdy, úsudku či vkusu. Kniha je užitečná právě upozorněním na zcela odlišné úlohy a přístupy, které vyžaduje tvorba pravidel a jejich výklad. Oba typové aktéři mají vymezeny sféry působnosti.

Při vědomí síly energie, kterou právní teorie vkládá do apelů na restriktivně pojatou roli soudů, bude vhodné poznamenat, že např. doktrína zásadní nezávaznosti soudního rozhodnutí mimo konkrétní projednávaný případ vyhovuje samotným soudům. Důsledkem snadnosti argumentační cesty vysvětlování odlišnosti jednotlivých rozhodnutí, jsou právě rozdílná rozhodnutí obdobných věcí, což je prvek nejistoty, nazývaný nízká předvídatelnost soudních rozhodnutí.

³²³ Srov. např. Kallab, J. Nástin přednášek o trestním právu hmotném. Právník. Brno: Č.A.S., 1920, s. 38-42, nebo Kallab, J. Trestní právo hmotné. Praha: Melantrich, 1935, s. 60-65.

³²⁴ Srov. Bauman, Z. Legislators and interpreters: on modernity, post-modernity and intellectuals. Cambridge: Polity Press, 1987, s. 4-5

³²⁵ Tamtéž, str. 4-5, 10 a197

Doktrinární důraz na obecnou nezávaznost minulých soudních rozhodnutí stojí v pozadí otevřeného nerespektování judikatury, ať už v oblasti správního soudnictví anebo ústavního soudnictví. Tyto jevy snižují efektivnost práva a zásadně podkopávají důvěru v právo.

Veřejnost se instinktivně obává zvýšení role soudů, a to i tam, kde by z ní měla prospěch (silná sjednocující role vrcholných soudů), exekutiva útočí na soudní moc selektivně, jen tehdy, když ve sporu nezmůže. V opačném případě je jí eventuální vykročení soudní moci mimo mantinely lhostejné. Zájmové skupiny mají eminentní zájem na prosazování izolovaného výkladu těch předpisů, které prosadily, a umí šikovně mobilizovat veřejné mínění proti “soudnímu aktivismu” i tehdy, kdy soudní výklad napравuje excesivní jednotlivosti jdoucí proti požadavku bezrozpornosti a jednotnosti právního řádu.

Soudcovské dotváření práva umožňuje právu určitou otevřenost a konkrétnost, role soudů při aplikaci práva, resp. difuznost takto uplatněné „moci“, může lépe dostát požadavkům pružnosti. Soudní rozhodnutí si sice důrazně vynutí svoji závaznost, ovšem vždy jen v přesně ohraničené oblasti. Ostatně povaha práva EU tuto domněnku také podporuje. Role rozsudků Evropského soudního dvora vzrůstá, navzdory ohromující legislativní produkci právních předpisů EU,³²⁶ která by měla v logice legislativního optimismu roli soudů oslabovat.

Výraznou překážkou efektivnosti práva je i občasné přetahování mezi judikaturou a legislativou tam, kde se snaží legislativa “přebít” právní názor vyslovený v jednotlivém rozhodnutí následným zákonem, který je návratem k obecnosti, aniž by počkala, kde se soudní výklad ustálí, což je opět plýtvání silami, neboť velmi často vyjde najevo, že soudní rozhodnutí, které vedlo k vzniku paniky, mělo velmi přesně zacílený dosah a eventuality, které energetizovaly přijetí nové úpravy, nenajdou naplnění. Legislativa často přijme řešení obsažené v soudním rozhodnutí, kdy doslova převezme právní věty. Ovšem ne vždy by bylo nutné právní předpis měnit, jen by stačilo změnit aplikační mentalitu a smířit se s faktem, že některé výkladové nuance nejsou obsaženy přímo v

³²⁶ Baňouch, H., Globalizace jako materiální zdroj normotvorby in Časopis pro právní vědu a praxi, ročník IX., číslo I/2001, Brno: MU, Právnická fakulta 2001.

zákoněm textu. Samostatnou kapitolou, kde se projevuje nedůvěra k soudnímu dotváření práva, je oblast trestní politiky, která je dnes výhradně realizována včleňováním nových skutkových podstat, což je na újmu stability práva. Přitom při vhodném využívání aktivní legitimace veřejné žaloby by se mohl výklad zákona rozšířit bez újmy na právní jistotě. Vnucuje se však podezření, že zde je tlak na změnu zákona projevem jistého alibismu, který má omluvit předchozí nečinnost.³²⁷ Je tak manifestována normativní síla skutečnosti. Stabilitu kodexu však při zachování této praxe nelze zaručit.³²⁸

Přebíjení mezi legislativou a judikativou je mrháním zdroji zejména v těch případech, kdy soudy aktivizovaly sjednocující mechanismy, a věc byla projednána ve speciálních soudních tělesech. Změna takových právních názorů je obtížná zejména tam, kde čerpají své opodstatnění z normativního okolí. Bez ústavní změny jsou zbytečné novelizace zákonů vnášející instituty, které byly shledány protiústavními.³²⁹

Přitažlivost judikatury pro vědeckou analýzu je dána nejen rozšiřující se dostupností soudních rozhodnutí,³³⁰ ale i uvažovanými normativními změnami.³³¹

6.3.6 Interpretací a aplikační postupy jako překážka efektivnosti práva?

Není žádný důvod označovat zavedené interpretační a aplikační postupy za jednoznačnou překážku efektivnosti práva. Tyto postupy chrání jiné

³²⁷ Srov. argumentaci, že přetočení tachometru u ojetého auta je stíhatelné jen při změně zákona: „*Spadne klec. Přetáčení tachometrů může být brzy trestný čin i v Česku*“ na lidovky.cz, 3. září 2010.

³²⁸ Bohatým dokladem neuvážených tlaků na novelizaci byl tzv. bodový systém, který byl měněn dříve, než se vůbec mohly zrodit poznatky o jeho působení. Výkladový proces však dobíhá teprve nyní: srov. „*Soud zakázal vzít řidičák za 12 trestných bodů*“ akutalne.cz, 3. 9. 2010.

³²⁹ Typicky jde o institut vyvlastnění, který opakovaně aktivuje velmi mocná stavební lobby poté, co se dohodne s těmi vlastníky, se kterými to uzná za vhodné.

³³⁰ Srov. nástroj NALUS na stránkách <http://nalus.usoud.cz>, nebo HUDOC na stránkách <http://www.echr.coe.int>, nebo vyhledávací nástroje na stránkách obou nejvyšších soudů: www.nsoud.cz a www.nssoud.cz. Tyto publikační platformy již nezvratně změnilo pojem „publikované rozhodnutí“.

³³¹ Srov. ust. § 13 navrhovaného občanského zákoníku „Každý, kdo se domáhá právní ochrany, může důvodně očekávat, že jeho právní případ bude rozhodnut obdobně jako jiný právní případ, který již byl rozhodnut a který se s jeho právním případem shoduje v podstatných znacích; byl-li právní případ rozhodnut jinak, má každý, kdo se domáhá právní ochrany, právo na přesvědčivé vysvětlení důvodu této odchylky.“

právní hodnoty a jejich eliminace by působila škodu jinde. K efektivnosti práva by však jistě přispělo, pokud by se “poselství o efektivnosti” zvažovaných aplikačních a interpretačních alternativ stalo pravidelným instrumentáři právní vědy. Zajisté by tak přibylo další hodnotící kritérium při výběru z jinak srovnatelných alternativ.

Nepůsobí zavedené interpretační postupy proti stabilitě práva?

6.4 Nestabilita práva a změna pohledu na právo

aneb jak ohromující produkce zákonů mění naše chápání práva

Nestabilita právní úpravy a nadprodukce právních předpisů jsou nepochybně překážkami efektivnosti práva. O negativních důsledcích legislativní nadprodukce bylo již napsáno mnoho velmi fundovaných textů.³³² Stabilita patří mezi fundamentální znaky práva,³³³ podmiňuje jeho sociální účinnost a je (vedle zákonné procedury vzniku práva) základním prvkem ovlivňujícím právní jistotu, jež zase patří mezi základní znaky a předpoklady právního státu. V tomto smyslu tedy nestabilní právo oslabuje právní stát. Požadavek stability práva přitom neznamená samoučelné lpění na rigiditě práva, kdy by se právo stalo brzdou vývoje. Změna by však neměla být nahodilá a subjektivisticky motivovaná a měla by přicházet jen, je-li to nezbytné.

Právní řád jako ideální typ musí být stabilní a právní normy musí být srozumitelné, navzájem souladné a též realizovatelné (reálné).³³⁴ Jasnost zákonů (požadavek, aby právo obsahovalo obecná pravidla, kterými se mohou adresáti pravidel řídit),³³⁵ eliminace rozporů v zákonech a zákaz toho, aby právo požadovalo nemožné, patří k základním předpokladům podmiňujícím fungování každého právního řádu.

Legislativní nadprodukce přímo ohrožuje stabilitu práva a činí je složitějším, což obojí ohrožuje efektivnost práva. Snad každý právník

³³² Reprezentativní shrnutí přinášejí texty ve sbornících: Gerloch, A., Kysela, J. (eds.), *Tvorba práva v ČR po vstupu do EU*, Praha, ASPI, 2007, či Gerloch, A., Kysela, J., Kühn, Z., Wintř, J., Tryzna, J., Maršálek, P., Beran, K., *Teorie a praxe tvorby práva*, ASPI, Praha, 2008.

³³³ Za všechny odkazují na rozbor Viktora Knappa in *Teorie práva*, C. H. Beck, Praha, 1995, str. 34, a dále str. 165 a 206.

³³⁴ Knapp, V., a kol., *Tvorba práva a její současné problémy*, Praha, Linde, 1998, str. 102–105.

³³⁵ Srov. koncept *vnitřní morálky práva* in Fuller, L. *Přirozené právo*, Praha, Oikoymenh, 1998, str. 37 a násl.

zažil pocit bezradnosti. Je žádán o vyjádření k právnímu problému, zapátrá ve své hlavě a řekne svůj názor. Vzápětí jej ale musí korigovat, protože si uvědomí, že nemá jistotu, zda se právní úprava nezměnila. Odpověď na otázku: *Quid iuris, neboli co je po právu?* Je v nejlepším případě jenom přibližná. I odborník pečlivě sledující legislativní produkci se ocitá ve stavu právní nejistoty. Schopnost sledování legislativního vývoje ve všech právních odvětvích se dávno stala iluzí, avšak potíže se sledováním stavu *de lege lata* mají i právní specialisté. Situace právních laiků je v tomto ohledu mnohem obtížnější. Následující text se chce zamyslet nad tím, jak ohromující produkce právních předpisů mění obecné vnímání práva samotného. Nezůstaneme uzavřeni v poli vymezeném obsahem platných právních norem – vykročíme do právního okolí v naději, že se na konci podaří říct něco podstatného o právu.³³⁶

6.4.1 Příčiny legislativní nadprodukce

Zásadní společenská změna, ke které došlo v roce 1989, přinesla nutnost změny právního řádu. Poté, co byly provedeny základní změny související s přechodem k demokracii a tržní ekonomice, získala legislativní produkce novou dynamiku díky politickému rozhodnutí o rozdělení státu. Třetí novodobý vrchol legislativní produkce byl vyvolán nutností připravit náš právní řád na vstup do Evropské unie. Výsledkem zmíněných faktorů (jakož i vlivem faktorů zde nezmíněných) je stav ohromující kvantitativní produkce právních předpisů. Produkce právních předpisů významněji nepoklesla ani poté, co ČR splnila přístupová kritéria EU. Legislativní stroj běží dál a v nastoupeném tempu neumí jednoduše polevit.³³⁷

³³⁶ Zůstaneme v Alexyho trojúhelníku systematická platnost, sociální účinnost a akceptovatelnost právních norem, (cit. dle Holländer, Pavel, *Nástin filosofie práva, úvahy strukturální*, Všehrd, Praha 2000, str. 17.).

³³⁷ Jedním z dobrých dokladů tohoto faktu je situace v druhé polovině roku 2006, kdy vlivem neschopnosti vytvořit vládní většinu nemohla státní administrativa předkládat návrhy zákonů. Sbirka zákonů, se proti očekávání neztenčila, ale normotvorná aktivita se přesunula produkce podzákonných právních předpisů. Tento jev byl zaznamenán i publicisticky - Tomáš Němeček: *Co dělá stát, když vláda nevládne? Střílí do špačků*, 3. 1. 2007.

POVAHA ORGANIZOVANÉ MODERNITY

Příčin tohoto jevu může být více. Nutnost zvýšené legislativní produkce provází moderní sekulární stát již od jeho zrodu, neboť jedním z rysů přechodu od tradiční společnosti ke společnosti moderní je anomie,³³⁸ stav nejistoty v otázce platnosti pravidel, který je mj. vyvolán umenšením role alternativních systémů normativní regulace, jako jsou náboženství a skupinová morální pravidla, jejichž uplatnění v atomizované, mobility společnosti, které věda poskytla světový názor konkurující dosavadnímu monopolnímu světová názoru církevnímu. Faktu, že moderní společnost je poznamenána nutností růstu oblasti správního práva si všimla sociologie již na konci 19. stol. „*Historie ukazuje, že běžně je administrativní právo tím více rozvinuto, k čím vyššímu typu společnosti patří.*“³³⁹ Durkheim, který se stejně jako M. Weber zabýval výzkumu společenského působení práva, rovněž upozornil, že růst smluvní svobody přináší růst právní infrastruktury. A tento postřeh je stále platný, což dokládá například rozvoj práva zabezpečujícího kyberprostor.

MODERNÍ BYROKRACIE A WELFARE STATE

Max Weber na základě historických studií vymodeloval ideální typ byrokracie, jako racionálního nástroje správy moderních společností.³⁴⁰ Modernita ve jménu racionality dala vzniknout byrokracii, která je s růstem počtu předpisů nevyhnutelně spojena a neměli bychom podléhat představě, že pocit chrlení právních předpisů je něčím novým. Je tu minimálně sto let: „*Každoročně povstává obrovský počet nových pravidel právních, jichž existence a vliv se však končí tím, že jsou publikována ve sbírkách zákonů, kriticky a komentatoricky zpracována teorií a úřady mechanicky aplikována na dané případy. Společnost, nebo alespoň převážná její část stojí před sbírkou zákonů, den ode dne vzrůstající, jako před tajemným pokladem sibillinských knih, nerozumějíc mu a necítíc chuti osvojit si jeho*

³³⁸ K provázanosti pojmu anomie s rozvojem moderní společnosti srov. Durheim, É., cit. dílo., str. 309; k nuancím tohoto pojmu srov. Sedláček, J., Pojem anomie v kontextu Durkheimovy sociologie in Sociologický časopis č.2/1994, str. 135-145.

³³⁹ Srov. in Durheim, Émile, Společenská dělba práce, Brno, CDK, 2004, str. 187. Ve francouzském originále byla tato kniha poprvé vydána v roce 1893.

³⁴⁰ Srov. Weber, M. Metodologie, sociologie a politika, OIKOYMENH: Praha 1998 nebo kapitolu věnovanou M. Weberovi in Keller, J., Dějiny klasické sociologie. Slon: Praha 2004.

*tajemství, která jsou jí tak cizí jako ti, kdo podle svého povolání mají tyto zákony přizpůsobovati poměrům skutečného života, jehož neznají. Odtud ta všeobecná neznalost zákonů, ta lhostejnost k právním nařízením.*³⁴¹ Můžeme sice přitakat romantickému výkřiku „byrokracie náleží k sociálním chorobám,³⁴² avšak stěží se zbavíme tohoto dvojčete modernity.

Další příčinou zvýšené legislativní produkce je poválečná doktrína sociálních práv a budování *welfare state*, který právo používá jako nástroj sociální politiky.³⁴³ Tento trend se projevuje ve všech moderních státech, a to i v těch uplatňujících *Common law*, které původně nepřipisovalo psaným zákonům významnější místo.³⁴⁴

TECHNOLOGICKÉ ZMĚNY

Lze jen odhadovat, jak mnoho změnilo podobu práva textové editory, v nichž právní předpisy nyní (téměř výhradně) vznikají. Ani odpůrci technologického determinismu nemohou popřít, že snadnost kopírování a kompilací celých bloků textů snížila tlak na pracné promýšlení, jak pomocí úsporně a pregnantně formulované skupiny slov změnit význam normativního textu. I médium textového editoru je zde poselstvím³⁴⁵ a

³⁴¹ Olszewski, Józef, *Byrokracie*, Praha, Nakladatelství dr. Ant. Hajna, 1911, str. 129. Poprvé vyšlo ve Lvově v roce 1902. A stejně věcně je i úsilí o eliminaci hypertrofie práva: „...*Jde především o snížení počtu nejrůznějších přepisů a jejich zjednodušení. Je třeba dbát na to, aby předpisy a směrnice byly jasné, jednoduché a srozumitelné a zároveň vytvářely potřebný prostor pro aktivní uplatnění řídicí pravomoci odpovědných vedoucích hospodářských pracovníků. Spolu s tím je nezbytné, aby nižší články plně využívaly svých rozhodovacích pravomocí.*“ Takto hovořil tehdejší člen předsednictva ÚV KSČ na 8. zasedání předsednictva ÚV v roce 1980, Mařík, V. *Právní zabezpečení intenzifikace*. Práce: Praha, 1986, str. 9-10“.

³⁴² Olszewski, cit. dílo, str. 5.

³⁴³ Tamanaha, 2001, str. 238. Právo je nástrojem instrumentálního jednání, což je role striktně odlišná od role práva donucujícího. Právní předpisy stále častěji slouží k budování infrastruktury vládní byrokracie a zabezpečuje „dělání věcí“. Efektivnost práva jako nástroje sociální změny je přitom mnohonásobně podmíněna (Vago, S., *Law and society*, 1997, str. 294-295, 300-303) a těchto omezení si musí být zákonodárce vědom.

³⁴⁴ Za všechny srov. Janda, Kenneth, a kol., *Výzva demokracie*, Praha, Slon, 1998, str. 269-271, kteří v kontextu amerického federalismu hovoří o neustálém růstu „vlády“ v USA, jejíž příčinami jsou komplexita společnosti, rozvoj vědy a techniky, sociální péče, důvěra v pokrok a ambice reformátorů. Úsilí o zmenšení vlády je marné a k růstu dochází navzdory politickým programům slibujícím opak.

³⁴⁵ Ke konceptu vlivu média nesoucího obsah na obsah samotný a k roli médií jako překladatelů srov. i u nás dostupné práce Marshalla McLuhanna- McLuhann, M., *Jak rozumět médiím, extenze člověka*, Praha, Odeon, 1991, str. 19-33, str. 63-68 nebo McLuhann, M., *Člověk, média a elektronická kultura*, Brno, Jota, 2000, str. 159-167, 252-261, 283-293. Důsledky toho, jak se technologická změna v podobě knihtisku spolupodílela na petrifikaci evropských dialektů do jazykových kánónů, což umožnilo vznik národního/státního jazyka, předkládá Benedict Anderson v

ovlivňuje nejen délku novel právních předpisů, ale i délku soudních rozhodnutí.

Podobný vliv mají i nová elektronická média, která usnadňují komunikaci. Díky všem těmto změnám je vytvoření či změna právního předpisu velmi snadná a také povaha změn se metaforicky i skutečně přesunula od změn slov ke změnám celých odstavců. Zákony navíc vznikají velmi snadno a sami zákonodárci již tuto snadnost zapracovali do svých kalkulací, takže někdy zapomenou, že rychlé změně brání i jiná omezení.³⁴⁶

V právotvorbě mají svou roli i média, která artikuluji veřejné mínění a někdy i vytvářejí poptávku po nové normotvorbě, přičemž ne vždy mohou být považována za nestranná. Prezentovaný názor je často projevem nespokojenosti jen velmi malé skupiny lidí, která je ale schopna dobře artikulovat svůj názor a prosadit jej prostřednictvím médií do veřejné debaty.³⁴⁷

O legislativním optimismu a přitažlivosti kodifikací jako faktoru stability práva, je pojednáno v samostatné studii.

knize *Imagined communities, Imagined Communities Reflections on the Origin and Spread of Nationalism*. Verso London, 1991 (česky dostupné například jako „Pomyslná společenství“. In: Miroslav Hroch (ed.): *Pohledy na národ a nacionalismus — čítanka textů*, Praha, SLON, 2003, str.239-269), nebo Anderson, B., *Představy společenství*, Praha: Karolinum, 2008.

³⁴⁶ Tento jev se manifestoval při změně DPH těsně před vstupem do EU, která byla z politických příčin (nezakalkulování možnosti prezidentského veta) oddalována tak dlouho, až vyšlo najevo, že adresáti norem v podobě desetitisíc obchodníků a podniků prostě nebudou vědět, jakou zálohu mají zaplatit a možná nebudou pravidlo s to dodržet, protože dodavatelé software, kteří výhradně zajišťují naplňování tohoto pravidla prostě nestihnou vytvořit, naprogramovat a následně distribuovat a nainstalovat nový software. (např. MF DNES, 16.04.2004 Zmatky kolem DPH děsí firmy, „Nemůžeme definitivně stanovit ceny pro zákazníky, zatím nejde ani instalovat novou verzi účetního programu. Stála mě desítky tisíc, a protože nevíme, co bude, nestihnu ji odzkoušet na všech počítačích“; IHNed.cz 20. 4. 2004 DPH: Zákonodárci si z podnikatelů utahují „Deset dní před vstupem do EU nemají čeští podnikatelé a obchodníci jistotu, podle jaké legislativy se budou od 1. května řídit.“; tamtéž, 21. 4. 2004 Firmy přišly o další dny příprav změn DPH, „Podnikatelé stále zůstávají v nejistotě, jaká pravidla DPH budou platit po 1. květnu. Vědí jen, že stát nebude chtít mimořádnou zálohu.“ tamtéž, 30. 4. 2004 Už za několik hodin čeká firmy nová DPH „Zatímco politici budou slavit, mnoho firem musí provést kroky kvůli změnám DPH. Ti s nepřetržitým provozem hned o půlnoci.“). Srov. podobný problém in Smělý, R. Pod palbou zákonů, Extra PC, 2.5.2008.

³⁴⁷ Vago, cit. práce, str. 182-184) připisuje zvláštní roli například investigativcům, či sloupkům a editorialem vlivných deníků.

VĚDOMÉ ZVÝŠENÍ LEGISLATIVNÍ PRODUKCE

Tyto vlivy však ponechme stranou a zaměřme pozornost k vědomému úsilí o zvýšení legislativní produkce.

Zvýšená produkce zákonů byla na scénu nejprve uvedena v pozitivních konotacích, jimž čeští premiéři na přelomu tisíciletí dokládali pracovitost vlády při přípravě na vstup do EU.³⁴⁸ Vystřízlivění přišlo později. Průvodním jevem legislativní hypertrofie jsou opakované novelizace a přijímání nepřímých novel. Důsledkem legislativní hypertrofie je ztráta schopnosti orientovat se v právním řádu, tlak na úzkou specializaci, ztráta schopnosti reflektovat smysl a účel aplikovaných norem a jejich axiologického pozadí.³⁴⁹

6.4.2 Transitivní společnosti a efektivnost práva

Přechod od jednoho politického režimu k druhému je neodvratně spojen se změnami v oblasti práva. V rámci naší společenské transformace byla silná pozornost věnována ekonomickým otázkám a právní transformace zůstala po provedení zásadních ústavních změn poněkud stranou. Koncem tisíciletí se pozornost obrátila znovu k právu. Vztahu rekonstrukčních úsilí a aproximace k efektivnosti práva se věnuji na jiných místech této práce. Nyní pozornost zaměřím na právní prostředky, jimiž se společnost snaží reagovat na minulost. Domnívám se totiž, že bez ohledu na to, jaký postoj k minulosti společnost zaujímá, vždy v transformačním procesu nastane okamžik, kdy právo musí zaujmout postoj k minulosti.³⁵⁰

³⁴⁸ Miloš Zeman takto označil politiku své vlády v oblasti aproximace s právem EU (Záznam rozhovoru Miloše Zemana s V. Moravcem, Pressklub Frekvence 1 dne 14. června 1999 v programu Pressklub – zdroj: www.vlada.cz. Na tiskové konferenci po schůzi vlády ČR v pondělí 11. října 1999 použit pojem legislativní uragán). Premiér V. Špidla se tohoto termínu přidržel (www.ipravnik.cz, 9. 1. 2003: Přichází druhá legislativní smršť Plán legislativních prací vlády na rok 2003, který schválila vláda České republiky, obsahuje celkem 171 návrhů právních předpisů. „Do České republiky přichází druhá legislativní smršť,“ konstatoval P. Rychetský, který plán předkládal) a spojil jej se změnou civilního a trestního kodexu a podobně postupoval i premiér S. Gross (MF Dnes 6.1.2005, Grossovy zákony).

³⁴⁹ Höllander, P., Ústavně právní argumentace – ohlédnutí po deseti letech Ústavního soudu, Praha, Linde, 2003, str. 11.

³⁵⁰ Může se tak stát i nekonáním tam, kde je ke konání povoláno.

EFEKTIVNOST RETROSPEKTIVNÍHO PRÁVA

Otázka efektivity se v kontextu vyrovnání se s minulostí může jevit jako přízemní či nepatřičná. Avšak je-li právo dosud nejracionálnějším nástrojem správy věcí veřejných, pak má smysl klást otázku po jeho efektivity bez ohledu na obor činnosti. Efektivnost práva je formulována mírně odlišně v závislosti na oboru – nicméně jak *law and economics*, tak teorie práva či sociologie práva vždy dávají do vztahu cíle se skutečně dosaženým stavem.

Pro stanovení cílů, jichž má být při transformaci společnosti dosaženo, je nutno mít popis výchozího bodu a zejména popis minulosti. Přísně vědecký projekt by vyžadoval nejprve provést důkladný popis, z něj vyvodit cíle, a vybrat ty nejvhodnější prostředky k jejich dosažení. Jenže vytvoření takového zevrubného popisu by trvalo mnoho měsíců a i tak by nebyly odstraněny pochybnosti o nestrannosti a hodnotové nezatíženosti. Nepomůže ani přizvání zahraničních expertů, kteří jsou v podobných případech kritizováni za odtrženost od společenství. Navíc transformace společnosti musí zachovávat přesvědčivou dynamiku, jinak promarní podporu lidu. Již jen výše uvedená slova ukazují, jak užitečné může být vznesení otázky efektivity vůči odvětví, kde zdánlivě nemá co pohledávat. Obecné nedostatky transformační normotvorby (časový tlak, střídání překotnosti s nečinností, opírání o intuitivní poznatky) jsou zde zvýrazněny.

Každá racionální lidská činnost je zaměřena k nějakému cíli, kterého chce dosáhnout. Stanovení cíle usnadňuje orientaci jednajících aktérů a umožňuje pozdější porovnání vytčeného cíle s realitou, kdy diferencí mezi cílem a skutečností můžeme popsat slovníkem efektivity, jíž zde rozumím sociální účinnost práva.

Nejobecnějším cílem vyrovnání se s minulostí je podání nadčasového poselství: *slušné jednání se dlouhodobě vyplácí a zlovolné jednání bude dříve nebo později potrestáno*. Cíle vyrovnání se s minulostí musí být vymezeny konkrétně a musí odpovídat konkrétní situaci daného společenství, kdy je třeba vyvážit politické cíle (jež musí být smělé) s konsensem dané společnosti. Lidé znalí povahy problémů

vyrovnání se s minulostí mohou přirozeně na společenský konsens působit a ovlivňovat jej, avšak neměli by podlehnout pokušení stanovit cíle odtržené od mínění společnosti – takový postup možná urychlí počáteční fázi vyrovnání se s minulostí, avšak velmi rychle je začne torpédovat a konečná efektivnost procesu vyrovnání se s minulostí bude významně snížena.

PRÁVNÍ PROSTŘEDKY VYROVNÁNÍ SE S MINULOSTÍ – LIMITY PRÁVA

Vyrovnáním se s minulostí rozumíme nápravu křivd způsobených starým režimem, kterou provádí režim nový. Státy veškerou svou činnost realizují prostřednictvím práva, což je jev, který více souvisí s pojmem organizované modernity (Max Weber), než s pojmem právního státu, neboť *pomocí* práva vykonávají svou činnost jak státy autoritativní, tak státy organizované na principu otevřené společnosti (K. R. Popper).

Nutno mít na paměti, že právo má omezenou působnost – právo má své limity. Stručně zopakujme, že sociologické průzkumy potvrzují intuitivně zřejmý fakt: dodržování práva prudce klesá tam, kde je právo v rozporu se sdílenými hodnotami společenství.³⁵¹ Tento pomyslný bod (právo prosazuje hodnoty, jež jsou společnosti zcela cizí) tvoří začátek úsečky, na jejímž konci je bod, kde právo prosazuje hodnoty, které drtivá většina členů společenství považuje za natolik prospěšné, že je dodržuje, bez toho aniž by k tomu byla nucena právními prostředky. Operační prostor práva je někde mezi těmito body: u prvního bodu je právo k ničemu, protože bude při každé příležitosti obcházeno. U druhého bodu je k ničemu pro nadbytečnost, přičemž nadbytečnost právních předpisů výrazně škodí: není možné se s právem ani seznamovat, ani kontrolovat a je zbytečně oslabována autorita práva. Tyto poznatky plně platí i pro právo vyrovnání se s minulostí: samozřejmě věci je škodlivé vtělovat do práva. Změna sady sdílených hodnot – revoluce hlav a srdcí³⁵² - není proveditelná právním vynucením.

³⁵¹ Evan, W., M., *Social structure and law*, London, Sage, 1990, str. 66-71.

³⁵² Výraz T. G. Masaryka.

Vyrovnání se s minulostí provádí právní stát pomocí práva. Může k tomu využívat prostředků, jež jsou vlastní moci zákonodárné, soudní, ale i výkonné. Žádný z těchto prostředků by neměl být opomíjen.

ZÁKONODÁRNÉ PROSTŘEDKY MUSÍ BÝT OBECNÉ

Zdá se, že nejvíce využívány jsou prostředky moci zákonodárné, což má dát procesu vyrovnání se s minulostí rozměr spravedlnosti zaručující, že se stejnými případy je zacházeno stejně a s rozdílnými rozdílně. Ovšem zákon či obecně právní předpis je tvořen na základě deduktivního schématu: předpokládá, že ve všech podstatných rysech známe realitu a jsme schopni předvídat její vývoj. Tento předpoklad je však v rozporu s omezeností lidského poznání a nerespektuje komplexitu sociální reality. Tvorba legislativy pro vyrovnání se s minulostí by měla vycházet z omezenosti poznání – *gnoseologická skepse* (J. Locke). Právní normy si musejí ponechat svou otevřenost i nepředvídaným variantám a musí být obecné. Pak je možno uplatnit její hlavní sílu, kterou je „vyřešení“ stovek a tisíců případů naráz. Je však velmi škodlivé, když právní předpis znemožní nápravu křivdy jen proto, že byl nešťastně kasuisticky formulován.

Vhodnou legislativní cestou k vyrovnání se s minulostí může být při vhodném nastavení institut pozbytí platnosti těch právních předpisů, které jsou v rozporu s katalogem základních lidských práv. Česká listina základních práv a svobod původně obsahovala formulaci, podle které: „*Zákony a jiné právní předpisy musí být uvedeny do souladu s Listinou základních práv a svobod nejpozději do 31. prosince 1991. Tímto dnem pozbývají účinnosti ustanovení, která s Listinou základních práv a svobod nejsou v souladu.*“³⁵³ Důležitým a elegantním nástrojem pro postupnou nápravu celé masy práva je povinnost obsahového a výkladového souladu s katalogem lidských práv: „*Ústavní zákony, jiné zákony a další právní předpisy, jejich výklad a používání musí být v souladu s Listinou základních práv a svobod.*“³⁵⁴ Předchozí normativní systém bude nicméně dál žít v myslích aktérů a bude stále ovlivňovat interpretaci a aplikaci práva bez ohledu na fakt, že již dávno neplatí.

³⁵³ § 6 odst. 1 zákona č. 23/1991 Sb. V ČR nebyl potenciál tohoto ustanovení náležitě využit.

³⁵⁴ § 1 odst. 1 zákona č. 23/1991 Sb.

SOUDNÍ MOC – NEBEZPEČÍ ZAHLCENÍ A ZTRÁTY DŮVĚRYHODNOSTI

Do vyrovnání se s minulostí je třeba zapojit i soudní moc, která je ze své podstaty dobře vybavena na rozlišování mezi jednotlivými skutkovými situacemi. Judikatura navíc při vhodném nastavení umožňuje induktivní rozevírání a rozvíjení uvnitř pole vymezeného nepřekročitelnými principy a zásadami stanovenými v právních předpisech. Judikativa se výborně hodí jako subsidiární prostředek, který nastoupí tam, kde jiné prostředky selhaly. Soudní moc však nedisponuje nekonečnou rozhodovací kapacitou a vyrovnání se s minulostí se o ni může opírat jen tam, kde nelze užít přímé legislativní nebo exekutivní prostředky.

Transformace a přerod společnosti přirozeně přináší zvýšený počet právních sporů, kdy se navíc při opouštění autoritativního schématu vlády ukazuje neudržitelným soudní systém vystavěný na konsenzuálním paradigmatu společnosti: svobodná a pluralitní společnost přináší odlišné pohledy na tytéž věci a odlišné perspektivy přinášejí konflikty.³⁵⁵

Soudnictví transformující společnosti nesmí být přesměru zatíženo úkolem vyrovnání se s minulostí a musí si uchovat důležitou sociální funkci soudců rozhodovat spory, přičemž rozhodováním rozumějme rozhodování v rozumném čase, kdy slovy ESLP opožďující se spravedlnost je spravedlností odmítnutou.³⁵⁶ Máloco eroduje ideu spravedlnosti tak mocně jako *denegatio iustitiae* (odmítnutí spravedlnosti) a průtahy v soudním řízení nejsou ničím jiným než odmítnutím poskytnout spravedlnost těm, kteří se na soud obrátili. V ČR patří spory o vrácení majetku k vůbec nejdelším sporům.³⁵⁷

Vůle aktéra je pro proces interpretace a aplikace velmi důležitá, což platí i pro soudce. Soudce je profesionálem na rozhodování sporů a žádná

³⁵⁵ K tomu srov. Berger, P, Luckmann, T. Sociální konstrukce reality, Brno, CDK, 1999 angl. orig.: The Social Construction of Reality. A Treatise in the Sociology of Knowledge, Garden City, NY: Anchor Books, 1966.

³⁵⁶ Srov. ve výše citované oficiální databázi HUDOC termín „*justice delayed is justice denied*“.

³⁵⁷ Srov. na www.justice.cz stránky Ministerstva spravedlnosti ČR, kde v sekci *Odborná činnost* naleznete odkaz *Statistika/ Statistické ročenky 2008*, kde zjistíme ze statistiky *Soudních agend II.*, u věcí pravomocně skončených v roce 2007, že průměrná délka restituční věci činila v ČR 1602 dní. Z oficiální databáze Ústavního soudu ČR NALUS dostupné z: <http://nalus.usoud.cz> zjistíme, že při neváli soudu respektovat předchozí rozhodnutí nemusí být majetek vrácen ani po 17 letech – srov. nálezn. sp. zn. II. ÚS 519/08 ze dne 25. 9. 2008.

transformující se země nemá k dispozici dostatek soudů bez minulosti (snad jen Německo mohlo ke službě na východ znovusjednocené země povolat osvědčené soudce ze západu,³⁵⁸ kde jich byl přebytek). Česká zkušenost zde není nijak povzbuzující. I zde se vyskytly četné případy, kdy např. v trestním řízení s činiteli starého režimu vinící je z toho, že nedodržovali ani tehdy platné zákony, rozhodovali soudci, kteří upevňovali starý režim vynášením trestních rozsudků nad lidmi, kteří se nechtěli vzdát své svobody.³⁵⁹

Justice nového režimu se neobejde bez zkušených profesionálů, protože jinak by byla pomalá a nefunkční, čímž by se dopouštěla nových porušení lidských práv. Takto zkušení soudci však nemohou vždy důvěryhodně působit jako soudci napravující minulé porušení základních práv. Justice je přitom živa z důvěry veřejnosti v to, že soudí spravedlivě. Proto je potřeba ponechat otevřenou cestu jak pro vstup, tak pro výstup z této profese, aniž by utrpěla soudcovská nezávislost. Soudnictví musí plně využívat svou největší přednost: veřejnost a transparentnost. Justice je věcí veřejnou. I zde platí, že cesta k nové společnosti musí respektovat zásady a instituty právního státu, který musí ve všech případech respektovat soudcovskou nezávislost – skutečné soudní rozhodnutí může vydat jen nezávislý soudce.

SPRÁVNĚPRÁVNÍ (EXEKUTIVNÍ) PROSTŘEDKY VYROVNÁNÍ SE S MINULOSTÍ

Z právních prostředků, které má stát k dispozici pro nápravu minulých zlych činů, není třeba nikterak vylučovat prostředky moci výkonné.³⁶⁰ Ta může formou promyšlených amnestií dosáhnout okamžitého zlepšení postavení kriminalizovaných osob do té doby, než budou plně rehabilitováni. Výkonná moc může rovněž bez nutnosti posvěcení

³⁵⁸ Dodejme, že mezinárodní smlouvy zajišťující proces sjednocení Německa zaručil představitelům NDR – a mezi nimi soudcům – imunitu.

³⁵⁹ Srov. např. případ mučeného a z vlasti vyhnaného písničkáře a malíře Vlasty Třešňáka, o němž píše právní filosof Jiří Příbáň („*Česká justice tváří v tvář zapomnění*“ in *Právo a politika konverzace*, Praha, G+G, 2001, str. 101-105), a jehož věci se týkal spor o možnost, nazvat podobné kriminalizaci opozice politickým procesem – srov. česky in NALUS nálezn. zn. IV. ÚS 23/05 ze dne 17. 7. 2007, nebo anglicky věc „*IV. US. 23/05 - Release of Information concerning a Judge*“ na http://angl.concourt.cz/angl_verze/cases.php.

³⁶⁰ V ČR nebyla tato cesta náležitě využita.

zákonodárcem velmi rychle a velmi účinně zrušit celou řadu podzákonných právních aktů, které měly perzekuční účel.

V postátněném důchodovém systému je možné rychle upravit ty důchodové nerovnosti, které měly perzekuční účel. Je třeba se vyvarovat pocitu zbytečnosti exekutivních řešení, když přece lze vše „elegantně“ vyřešit zákonodárnou cestou. Transformace země a přerod společnosti jsou velmi náročné úkoly, které plně zaměstnávají všechny součásti státu. Není rozumné přetěžovat jednu z větví moci a nevyužívat větev jinou. Není třeba bát se překrývání: ublíží dozajista méně než situace, kdy si jedna z mocí dává před druhou přednost tak dlouho, až osoba potřebující pomoc odejde s nepořízenou. Správní akty mohou být účinným nástrojem pro nápravu některých forem křivd, neboť byly-li nástrojem persekuce, mohou být nástrojem nápravy křivd.

Četné perzekuční akty byly vydány ve formě správních aktů. Autoritativní režimy od druhé poloviny dvacátého století uplatňovaly svou moc méně viditelně, rozptýleně. Správní akty centrálních a místních orgánů veřejné moci (státněsprávních i samosprávných) byly často prostředkem persekuce, a proto je třeba zabránit, aby na ně byla aplikována presumpce správnosti správního aktu. Správní akt, jehož obsahovým cílem je persekuce občana či legalizace protiprávního stavu (tedy protiprávní „plnění“), je správním aktem nicotným.³⁶¹

I v případě exekutivy, tak jako u judikativy, platí, že ten aktér, který rozhoduje, má velký prostor pro maření úkolu, který neodpovídá jeho hodnotovým preferencím. Zkušený byrokrat umí takové maření provádět zcela nepostížitelně a výstupy rozhodování musí být pod trvalou kontrolou a právo musí nabízet subjektivní prostředky k ochraně před případným zneužitím.

Správněprávní prostředky jsou velmi efektivní a je třeba je využívat, přičemž je výhodné, že subsidiárně zůstává možnost přezkumu některých správních rozhodnutí soudem.

Vnitřní efektivnost práva pomáhajícího společnosti vyrovnat se s minulostí musí být sledována jak z hlediska délky řízení, tak z hlediska

³⁶¹ Srov. in NALUS například bod 20 nálezu Ústavního soudu ČR sp. zn. II. ÚS 519/08 ze dne 25. 9. 2008.

počtu konečných rozhodnutí, kterého je schopna soudní moc reálně dosáhnout. Jakmile se objeví příznaky zahlcení rozhodovací kapacity, je třeba usnadnit rozhodování úpravou normativního rámce. Důležité je posuzovat efektivnost práva vyrovnaní se s minulostí jako celek a zaměřit výkaznictví na sledování konečné nápravy, nikoli na počítání čárek reprezentujících „vyřízené věci“, protože tato papírová produktivita nemusí mít nic společného se změnou stavu věcí. Soudce a úředník autoritářského státu jsou skutečnými přeborníky v papírové produktivitě, v dělení, ba až drobení věcí a ve zdržovací taktice.

Vyrovnaní se s minulostí je cesta, která naplňuje jak individuální spravedlnost, tak spravedlnost obecnou. Hra podle pravidel přispívá k naplňování ideje spravedlnosti a k tvorbě sdíleného vědomí, že řád společnosti je spravedlivý. I proto musí být proces vyrovnaní se s minulostí v maximální možné míře veřejný a soudní rozhodnutí musí být snadno dostupná - otevřenost zde prospívá věci. Skrze vyrovnavání s minulostí musí být budována důvěra v právo, musí být budována svobodná společnost. Úsilí o nápravu minulých pochybení zvyšuje efektivnost práva obecně.

Výzkumy prokazují, že právo je relativně mocné³⁶² zejména v organizovaných společnostech, avšak i zde si uchovává jistou nemotornost při implementaci záměru do právního řádu, kde často vede k nezamýšleným důsledkům. Právo není bezhodnotovým nástrojem sociální změny. Společnost nelze *řídít* pomocí práva. Např. S. Vago sociálně inženýrskou funkci práva odděluje od standardních funkcí, jimiž jsou řešení sporů nastolení řádu a orientující role práva. Již jen toto dělení naznačuje, že není radno tyto funkce směšovat a normotvůrce by si měl cíle ujasnit. Samotný koncept efektivnosti práva je silně spojen s autoritativními režimy a frekvence výskytu prací o efektivnosti práva je přímo úměrná tomu, jak se pohybujeme na východ. Právo nesmí být jediným nástrojem vyrovnaní se s minulostí.

Transformace společnosti musí respektovat zvláštnosti působení práva ve svobodné společnosti. Je třeba redefinovat funkce, interpretace a

³⁶² Vago uvádí politiku bydlení, ochranu životního prostředí, vzdělávání, využívání zdrojů energií atd.

přístupy, protože některé používané v nikoli otevřené společnosti nejsou použitelné. Právo a jeho aktéři musí komunikovat, nespoléhat na uzavřenost a pracovat na své důvěryhodnosti. Na druhé straně nelze připustit, aby rozhodovací kapacita byla zahlcena vyrovnáváním se s minulostí: soudnictví si musí za každou cenu uchovat schopnost řešit problémy dneška.

6.4.3 Důsledky legislativní nadprodukce

Hypertrofie legislativy do značné míry snižuje efektivitu psaného práva a eroduje samotné základy právní normativity.³⁶³ Se vzrůstem změn roste kazuičnost úpravy, což jde přímo proti jádru kodifikační myšlenky. Narušována je i komunikační role práva, což ohrožuje integritu systému.³⁶⁴

Pilíře právního řádu v podobě základních procesních předpisů nebo civilního či trestního kodexu jsou běžně měněny za 3 až 5 měsíců a daňové zákony se mění ještě častěji. Hypertrofie vede k tomu, že jsou někdy vyhlášena úplná znění zákonů v matoucím znění.³⁶⁵ Normotvorné subjekty se otevřeně dovolávají prozatímnosti úpravy.³⁶⁶

Z hlediska adresátů normy je irelevantní namítat, že ne všechny změny jsou rozsáhlé, resp. že jde o nevýznamné promítnutí změn jiných předpisů. Tyto skutečnosti nijak neovlivňují nutnost adresáta seznámit se

³⁶³ Kühn, Z. Aplikace práva ve složitých případech, Praha, Karolinum, 2002, str. 18.

³⁶⁴ Karl W. Deutsch (inspirován kybernetikou a jejími aplikacemi v biologii) viděl komunikační schopnost sociálních systémů jako faktor podmiňující jejich soudržnost; samostatné a komunikačně uzavřené domény v tomto pojetí sociální kohezi narušují a míra integrace je dána mírou schopnosti komunikovat (srov. Deutsch, K., W., Nervy vlády – modely politické komunikace a řízení, Praha, Svoboda, 1971, str. 238; poprvé nagl. 1963. Profesor Harvardovy univerzity se narodil v Praze, kde do války i žil.).

³⁶⁵ Povšiml si toho např. ústavní soud – „*Zákonem č. 151/2002 Sb. ve Sbírce zákonů publikovaném dne 17. 4. 2002) bylo do ZOUS vloženo ust. § 73 odst. 2, podle kterého lze proti rozhodnutí o nevydání osvědčení podat žalobu Tato úprava nabyla účinnosti dne 1. 1. 2003. Avšak dne 27. 9. 2002 byla rozeslána Sbírka zákonů, v níž bylo, předsedou vlády pod číslem 418/2002 Sb. vyhlášeno úplné znění zákona o ochraně utajovaných skutečností, ve kterém nebyl § 73 členěn na odstavce a možnost soudního přezkumu nezmiňoval.*“ - nález sp. zn. Pl. ÚS 11/04 ze dne 26. 4. 2005 (N 89/37 SbNU 207; 220/2005 Sb., část III, odstavec 3.

³⁶⁶ „*V řízeních před Ústavním soudem bylo opětovně poukazováno na provizorní povahu zákona o ochraně utajovaných skutečností, což mělo patrně vysvětlit jeho nedostatky.*“; citované rozhodnutí, část VII.

s povahou změny. Navíc i textově drobné změny mají závažný vliv na změnu právních vztahů.³⁶⁷

ZMĚNA POVAHY PRÁVA

Právo má povahu expertního sociálního systému, který je vyvázán ze společnosti.³⁶⁸ Expertní systémy³⁶⁹ odebírají kompetence, monopolizují rozhodování a vyvolávají závislost s obtížnými možnostmi kontroly. Ostatní jsou tlačeni do pozic, kdy jim nezbývá nic jiného, než důvěřovat tomu, co právník říká. Pravidla výkladu práva jsou často kontraintuitivní laickému právnímu vědomí (často i vědomí zákonodárců).³⁷⁰

Jde o paradoxní důsledek. Právní monopol na výklad obyčejového práva, jež ze středověku do novověku vstupovalo ve fragmentární a partikularizované podobě, přisuzoval právníkům roli kněží, resp. kazatelů práva. To vyvolalo v období Francouzské revoluce poptávku po kodexu založeném na rozumu a obecných principech. Právo pochopitelné všem mělo osvobodit společnost z právního klinče.³⁷¹

A paradoxy se nevyčerpávají. Právo původně sloužilo v boji proti anomii a sociální dezorganizaci, a to i jako preventivní nástroj. Právo může tyto hranice překročit a regulace může nastoupit směr k přeregulování, kdy se řízení může snadno transformovat v represivní nástroj.³⁷²

Po překročení jisté hranice mnohosti právních úprav se častěji a častěji vyskytují situace, kdy se přesouvá právní nejistota z oblasti úvah, jak bude rozhodnuto podle jen obecně formulované normy, do oblasti úvah, jaká norma bude aplikována.

³⁶⁷ Transformace osobního užívání od 1/1/1992, nabytí od nevladníka dle obchz, recepční norma 1. republiky, odejmutí účinnosti právním předpisům neuvedeným do souladu s ústavou).

³⁶⁸ Giddens, Antony, *Důsledky modernity*, Praha, Slon, 1998, str. 31.

³⁶⁹ Mezi něž nepatří přirozeně jen právo, ale i medicína, nebo prakticky jakákoli věda, jejímiž viditelnými zástupci jsou např. genetický, či nukleární výzkum.

³⁷⁰ Tamanaha, 2001, str. 74, odkazuje zde na Maxe Webera, který konstatuje, že čistě logické právo se vzdaluje životu. Právo a jeho logická systemizace zde slouží čistě vnitřním potřebám disciplíny a jejích aktérů; hovoří o aristokracii právních učenců.

³⁷¹ Tamanaha, 2001, str. 72. Tamanaha pro ilustraci antiprávnických nálad cituje Shakespeara ve hře Jindřich VI. (část II., IV. 2.): „*První věc kterou udělám, bude zavraždění všech právníků*“. Šíření vtípů o právních fahidiotech (do sebe zahleděných, pomoci druhým neschopných) považuje Tamanaha za dostatečný důkaz tohoto, že nedůvěra k právníkům nijak ztelněji nepoklesla.

³⁷² K tomu empiricky bohatě dokázanému dysfunkčnímu fenoménu za všechny srov, např. Vago, Steven, *Law and Society*, , str. 19.

REFLEXIVNÍ PŘÁVO JAKO DŮSLEDEK REFLEXIVNÍ MODERNITY?

Při sledování množství nových a nových zákonů a změn stávajících úprav jsme v pokušení popsat změny práva jako projev reflexivní modernity.³⁷³ Reflexivita, je odrazem zjištění, že poznávání tohoto světa přispívá k jeho neustálému proměnlivému charakteru. Giddens poznamenává, že reflexivita modernity podvrací rozum v těch případech, kde jím rozumíme vědění (v tak rychle se měnícím světě nemůžeme nikdy s jistotou a trvale „vědět“). Proces reflexivity je podle této hypotézy rozšířen na všechny stránky života společnosti. Reflexivita se stala jakýmsi „samostatným aktérem“ reality. Výsledky zkoumání reality zpětně a velmi rychle tuto realitu ovlivňují. Za pomoci elektronického přenosu dat, zvuku a obrazu tento jev dále mohutní.³⁷⁴

Pokud je teze reflexivity platná, pak by se tento jev měl projevovat i v právu. Dnes je patrné,³⁷⁵ že zajistit všeobecnou legitimitu formální legalitě nelze ani žádným odvoláváním se na obecnou schopnost sociální rezpozivity práva, a tak nezbyvá než vyrovnat se se skutečností, že na rozmanité sociální podněty a potřeby bude i právní systém odpovídat rozmanitými formami a koncepty legalizované spravedlnosti. Právní systém potom musí inkorporovat politická, hospodářská a morální očekávání, a tak operovat v zájmu politické rozhodnosti, ekonomické účinnosti a morální harmonie nebo společenské jednoty. Takový výsledek však může vést opět jen k vyšší nahodilosti a neurčitosti práva: snížení vnitřní konzistence je „nejbolestnější obětí, kterou formální právo přináší na oltář společenské rezpozivity“.³⁷⁶

Přibán svůj postoj radikalizuje: sociální teorie právní spravedlnosti prý musí rezignovat i na možnost legitimnějšího rezpozivního systému pozitivního práva. Spravedlnost se stala sociálně reflexivnější, a proto

³⁷³ Jde o pojem obecné sociologie, spojený se jmény Ulricha Becka, Anthony Giddense – srov. zejména Giddens, A., *Důsledky modernity*, Praha, Slon, 1998.

³⁷⁴ K jedné studii reflexivity srov. Baňouch, H., *Globalizace jako materiální zdroj normotvorby* in *Časopis pro právní vědu a praxi*, ročník IX., číslo I/2001, Brno: MU, Právnická fakulta 2001.

³⁷⁵ Z dostupných textů srov. „Od rezpozivního práva k reflexivní teorii sociální spravedlnosti“, Přibán, J., *Iustitia distributiva a její proměny ve funkcionálně diferencované společnosti*, in in Kokeš, M., Pospíšil, I., eds., *In dubio pro libertate. Úvahy nad Ústavními hodnotami a právem*. MU Brno, 2009, str. 160-161.

³⁷⁶ Teubner, G., *Law as an Autopoietic System*. Oxford: Blackwell, 1993, s. 105, citováno dle Přibáně (op. cit.).

také mnohem diferencovanější.³⁷⁷ V důsledku to znamená, že je třeba mnohem intenzivněji studovat vnitřní hranice každého pojmu právní spravedlnosti, její formy seberegulace, sebereferece a interference se sociálním okolím.³⁷⁸

Pokud je hypertrofie práva a měnlivost legislativy napájena ze samotné povahy soudobé společnosti, pak se může stát, že možnosti její eliminace jsou jen omezené a je třeba se zaměřit na eliminaci těch negativních dopadů měnlivosti a nadbytku práva, které jsou nejvážnější a úsilí o brzdění legislativní mašinerie napřít ke strukturálním pilířům právního řádu, který představují ústava v širším smyslu, právní principy a jádro procesních předpisů a především kodexy. Zatím je však výmluvným dokladem stavu věci, že samotná legislativní pravidla vlády, která by měla představovat strukturální kotvu garantující kvalitu a očekávanou podobu procesu vzniku a výsledné podoby legislativy, procházejí permanentní změnou.³⁷⁹

6.4.4 Vliv nestability práva na právní vědomí

EXKURS-ROZDÍLNÉ UCHOPENÍ POJMU PRÁVNÍ VĚDOMÍ

Právní vědomí je v naší literatuře definováno rozličně, avšak vždy jde o zprostředkující článek mezi jednotlivcem a (měnícím se) právem. Přesná znalost právního vědomí je významná pro legislativu, ne proto, aby pasivně odrážela jeho obsah, ale především i proto, aby je účinněji ovlivňovala a přetvářela (což souvisí s akceptací práva).³⁸⁰

V pluralitní společnosti je nutné více akcentovat obousměrnost zprostředkování. Tento poznatek významně determinuje použitelnost

³⁷⁷ Podle Přibáně je pochopitelné, že takový metodologický požadavek může lečjakému ústavnímu soudci, který se z titulu své funkce cítí jako strážce morální i politické jednoty společnosti, připadat nepřijatelný, nebo dokonce kacířský. To však nijak nezpochybňuje naši současnou základní zkušenost, že na rostoucí sociální diferenciaci nelze reagovat jednoduchým univerzálně platným pravidlem, ale naopak jen diferencovanými právními programy a procedurami.

³⁷⁸ Ačkoli předchozí citát by mohl dokazovat, že jsme konfrontováni se sklonem právněteoretického myšlení zaměřovat popis reality s předpisem, jak má či nemá realita vypadat, naposled uvedená formulace prozrazuje, že autor pouze upozorňuje, jak má věda reagovat na projevy reflexivity aby odlišila průvodní jevy od jevů na nichž lze účinně pozorovat, zda neprobíhá dysfunkční proces.

³⁷⁹ Srov. na dokumentové části serveru www.vlada.cz, podle nichž od března 1998 do srpna 2010 byla novelizována desetkrát.

³⁸⁰ Šamalík, F., in Kolektiv, *Základy teorie a sociologie státu a práva*, Praha, SPN, 1964, str. 217.

dřívějších konceptů právního vědomí, kdy byla akcentována podřízenost právního vědomí oficiálnímu světovému názoru.³⁸¹ Manipulativní rysy definic lze vysledovat i v odmítání chápání právního vědomí jako právního citu, protože právní cit je bezděčný, iracionální. Nepodléhá kontrole rozumu. Marxistická právní teorie právo chápala jako nástroj imputace ideologie.³⁸² Právo slouží k posilování zákonitého procesu vývoje společnosti³⁸³. Slovy sovětské teorie práva: „*Vládnoucí právní ideologie obsahuje ideální model platného práva....Právní vědomí naší společnosti fixuje principy komunistické morálky*“³⁸⁴ „*socialistické právní vědomí je prostředkem, jímž se upevňuje socialistické právo*“³⁸⁵ Pro pluralismus není v marxistickém konceptu právního vědomí místo: „*Socialistické právní vědomí je jednotným... jako je jednotným i světový názor lidu socialistického státu.*“ Jednotnost je přirozeně prezentována jako přednost ve srovnání s buržoazní vykořisťovatelskou společností charakterizovanou antagonismem. „*Sociálně třídně účelová regulace vztahů v socialismu je nemyslitelná bez toho, že by právní vědomí příslušníků socialistické společnosti bylo socialistickým.*“³⁸⁶ Je otázkou neustálých diskusí, nakolik byla snadnost instrumentalizace práva ve prospěch totalitních ideologií umožněna předválečnými teoriemi právního pozitivismu, a jeho učením o neomezeném zákonodárci.³⁸⁷

³⁸¹ Aržanov, M, A., Teorie práva, Praha, Orbis, 1951, str. 147: „*Socialistické p.v. je součástí socialistického světového názoru dělnické třídy a všech pracujících. Projev a výraz jejich politické ideologie v určité oblasti. Jeho obsahem jsou socialistické názory, přesvědčení a ideje, je vědomím závazku občanů socialistického státu upevňovat a rozvíjet socialistické společenské vztahy a budovat komunistickou společnost.*“ a dále 148.

³⁸² „*Výchovná úloha práva za socialismu se projevuje zejména a právě v tom, že napomáhá rozvoji socialistického právního vědomí.*“, Aržanov, op. cit., str. 149. „*Právo je státní vůle dělnické třídy ...a je zajištěno donucovací rolí státu.*“ Kerimov, D.A., Praha, Panorama, 1979, str. 178.

³⁸³ Kerimov, op. cit., str. 319. „*...je třeba v procesu tvorby práva brát v úvahu a kontrolovat nahodilé možnosti [protikladné od nutných, souladných se zákonitým vývojem] a bránit tomu, aby se přeměnily ve skutečnost.*“

³⁸⁴ Alexejev, Obecná teorie práva, Praha, Panorama, 1986, str. 199

³⁸⁵ Aržanov, op. cit. str. 147 a 148

³⁸⁶ Slunéčková, Jana, Právní vědomí (vybrané problémy), Acta Universitatis Carolinae, Praha, UK, 1985, str. 63

³⁸⁷ Weyr, F., Teorie práva, Brno, Orbis, 1936, str. 52 „*Normotvorný subjekt jest naprosto svrchovaným, ničím neomezeným (ovšem jen teoreticky; prakticky normotvůrce bude omezen přírodními zákony, avšak i zde jen těmito zákony, nikoliv poznávajícím subjektem.*“.

Právo i právní vědomí jsou od počátku jedním z prostředků společenského vědomí na formaci jeho individuálního vědomí³⁸⁸ i na jeho každodenní chování. Právo a právní vědomí jsou prostředky působení na každodenní život společnosti. Od raného dětství je člověku pěstováno vědomí hodnot, rozlišování správného a nesprávného, dovoleného a nedovoleného.

PRÁVNÍ VĚDOMÍ

Z hlediska jednajícího aktéra můžeme o právním vědomí nesporně říci, že je zprostředkujícím prvkem mezi platným právem a adresátem normy. Právní vědomí je individuální i společenské vědomí o stávajícím právu, o možnostech jednání podle práva, o omezeních z práva plynoucích, ale také představy o tom, jaké by se měly uskutečnit právní úpravy. *Zde budeme právní vědomí považovat za empiricky (a to i výchovou školní i mimoškolní) vzniklé vědomí toho, že ve společnosti existuje právo. Je to tedy především vědomí existence práva (aniž by to musela být znalost práva).*³⁸⁹ Právní vědomí je vyjádřením vztahu subjektu k právu a obsahuje emotivní i volní prvky.³⁹⁰

MODELOVÉ DOPADY MĚNLIVÉHO PRÁVA NA PRÁVNÍ VĚDOMÍ

Občané vkládají naději na řešení svých problémů do změny zákonů; jakýkoli problém je řešen změnou zákona (obecné právní vědomí). Právo je vnímáno jako odcizená entita, se kterou lze komunikovat jen díky tlumočení profesionálem (napětí se zásadou *ignorantia iuris*).

Vláda politiku přímo „překládá“ do zákona – ztráta prvku trvalosti a obecnosti. Členové zákonodárných sborů vnímají změnu zákona jako něco snadného, otevírá se tak nejen cesta k lobbismu, ale i k vedení politické debaty pomocí zákonů (právní vědomí politiků).

Odvětvoví specialisté jsou posilováni v jim přirozeném, ale mylném předpokladu, že každá relativně samostatná společenská činnost má mít svůj speciální zákon; úředníci sami lobbují u poslanců (právní vědomí úředníků). Objem produkce zákonů je nezvládnutelný, reakcí je

³⁸⁸ Knapp, Viktor: Teorie práva. Praha. C.H. Beck. 1995, str. 22.

³⁸⁹ Knapp, op. cit., str. 82.

³⁹⁰ Slunéčková, Jana, Právní vědomí (vybrané problémy), Acta Universitatis Carolinae, Praha, UK, 1985, str. 30.

specializace a argumentace má tendenci opírat se o izolovaný text (právní vědomí advokátů). Soudci nejsou nuceni nalézat výklad na základě stávajícího textu, často argumentují, že nemohou rozhodnout, neboť chybí zákon; tam, kde si uvědomují, že ztrácí autonomii, upínají se na dokazování, že tvorba práva bez jejich účasti je nekvalitní (právní vědomí soudců). A situace, kdy je soudce přímým autorem zákona, je vnímána jak něco běžného.

Na konci určitých období, v nichž vznikalo velké množství normových souborů, bude vhodné pokusit se zkontrolovat, jak proběhlo dosažení zamýšlených cílů. Jsou soudci a aktéři práva více svázáni? Je právo jednodušší? Neprodloužila se řízení? Všechny podobné otázky podtrhují nutnost provádět analýzu regulatorních účinků a systematické zvažování ne/regulatorních alternativ nové právní úpravy.

Skutečnost má normativní sílu³⁹¹ a zákonodárce je limitován antropologickými, sociálními a morálními konstantami.

6.4.5 Implikace pro překážky efektivnosti práva

Nestabilita a bujení právní úpravy má v současné době citelně negativní vliv na efektivnost práva a je její překážkou.³⁹² Prvotní a očekávanou reakcí na toto konstatování je nasazení všech dostupných zdrojů k omezení přemíry legislativní aktivity. Avšak výše uvedené rozborů naznačují, že popsany jev má velmi pravděpodobně hlubší příčiny, než je jen nezdrženlivost a neuvědomělost normotvůrců.

Je-li měnlivost právních předpisů hlouběji svázána s jinými společenskými jevy, a my máme mnoho indicií, že tomu tak opravdu je, pak úsilí o její eliminaci bude vyžadovat nasazení velkého množství

³⁹¹ Srov. např. Maršálek, P., O normativní síle skutečnosti in Gerloch, A., Kysela, J. (eds.), *Tvorba práva v ČR po vstupu do EU*, Praha, ASPI, 2007. str. 29-44.

³⁹² Neefektivnost je v první řadě technický důsledek. Nejistota vyvolaná nestabilním právem však má přímé dopady na prostor svobody, protože legitimní očekávání založené na zákonu je úhelným kamenem svobodné společnosti. Doktrína legitimního očekávání vychází ze závěrů sociální filosofie, podle nichž jsou-li nejisté hranice legitimních očekávání založených na zákonu, je nejistá i svoboda. (Rawls, J.: *Teorie spravedlnosti*. Victoria Publishing, Praha 1995, s. 145 (citováno i v rozhodnutích Ústavního soudu ČR dostupných na www.nalus.usoud.cz ve věcech sp. zn. IV. ÚS 167/05 z 26. 4. 2005, Pl. ÚS 38/04 z 20. 6. 2006, publikováno ve Sbírce zákonů pod č. 409/2006 Sb.) Ochrana legitimního očekávání je integrální součástí vlády práva.

zdrojů s velmi nejistým výsledkem, zkrátka takové podnikání nemusí být efektivní.

Chrlení zákonů je s námi již více než století a nebylo zastaveno ani v době platnosti předpisů socialistického normativního systému,³⁹³ je tu tedy indicie historická. S bujností legislativního toku se potýkají všechny postindustriální společnosti našeho kulturního okruhu, což představuje indicii komparativní. Od přechodu z tradiční do moderní společnosti začala být společnost provázena byrokracií, jejímž strukturálním prvkem je předpis, a právo se stalo prostředkem, jímž stát „dělá věci“, což jsou indicie empiricko-analytické. Každá společensko-politická a ústavní změna přináší násobně větší změny na úrovni jednotlivých právních předpisů, a ačkoli má ČR mnohé transformační kroky za sebou, je součástí Evropské unie, která prochází stavem permanentní reformy a která navíc právu určuje ústřední roli při procesu své integrace. Nekončící technologické změny mají na stroj vyrábějící legislativu rovněž akcelerační vliv. Ze všech těchto důvodů není užitečné výhradně spoléhat na úspěch aktivit směřujících k paušálnímu brzdění normotvorby.

6.5 Právo společností v přerodu: příklad rekodifikací

Právní kodexy, které jsou stylovým prvkem rodiny kontinentálního práva,³⁹⁴ mají obecně vysoký potenciál ke zvyšování efektivnosti práva, neboť kodex ve své ideálně typické podobě zvyšuje srozumitelnost a sdělnost práva, je prvkem právní stability, jistoty, snadné interpretace a aplikace práva. Kodexy jsou pro normotvůrce nadmíru přitažlivé. Zrod myšlenky kodexu je snadnější než její reálné uskutečnění. Ve stabilních zemích trval proces od myšlenky kodexu po jeho vyhlášení několik desítek let. V tranzitivních společnostech procházejících přerodem je

³⁹³ Probíhalo na úrovni podzákoně.

³⁹⁴ Pojem právních rodin a stylových prvků použit ve stejném významu jako v Knapp, V.: Velké právní systémy, Praha, C.H. Beck, 1996.

takový proces mnohem komplikovanější,³⁹⁵ neboť trvá, než se ustálí laické i odborné představy *de lege ferenda* a snad ještě déle trvá, než se vytvoří mezi jednotlivými představami konsensus.

Vytváření právních kodexů má v zásadě dvě možné cesty: evolutivní změny a změny diskontinuitní. Zkusme se zamyslet nad vznikajícími kodexy z hlediska efektivity. Jaké metodologické problémy tento úkol přináší a jaký může být přínos hodnocení efektivity?

PŘITAŽLIVOST KODIFIKACÍ A LEGISLATIVNÍ OPTIMISMUS

Legislativní optimismus je veden hlubokou důvěrou v možnost měnit společnost na základě působení zákonných norem.³⁹⁶ Historicky byl skokový růst normotvorby spojen s myšlenkou kodifikací. Ohromující úspěchy v oblasti přírodních věd a technologických inovací byly spojovány s karteziánským racionalismem. Odtud bylo blízko k myšlence, že stačí kritéria racionalismu přenést i do oblasti normotvorby. A protože právní věda jako všechny sociální vědy čelila při komparaci s vědami přírodními nařčení z nevědeckosti, našla v této době přirozené útočiště v pozitivismu, jehož právní odrůda se v poplávce po exaktnosti upjala ke snaze vystavět chrám práva striktně podle pravidel formální logiky. V době, kdy atakům kavalerie rozumu nedokázala dále čelit další a další oblast přirozeného světa a kdy racionalismus nabízel vysvětlení nejednomu tisíciletému tajemství, stála evropská právní věda s prázdnými rukama. Podezřelé navíc bylo, že pracovala zejména s historickou metodou a příliš šetřila tradici, což byly z hlediska tehdejšího racionalismu prohřešky neodpustitelné. Právní pozitivismus³⁹⁷ dosáhl značných úspěchů, kdy zdařilé kodifikace soukromého práva dokonce konstituovaly nový druh právní kultury, jenž

³⁹⁵ Otázce se věnuje, a přehled literatury k ní přináší text „Kodifikace v měnícím se světě“ in č. Gerloch, A., Kysela, J., Kühn, Z., Wintr, J., Tryzna, J., Maršálek, P., Beran, K., *Teorie a praxe tvorby práva*, Aspi, Praha, 2008, str. 159-164.

³⁹⁶ Stále bytní roční objem Sbírků zákonů dává do souvislosti s legislativním optimismem např. Pavel Höllander in *Ústavně právní argumentace – ohlednutí po deseti letech Ústavního soudu*, Praha, Linde, 2003, str. 11.

³⁹⁷ Comteovský sociální pozitivismus byl posedlý tříděním a čistotou metody; proto se odlišujícím kritériem mezi vědeckostí a nevědeckostí stala existence originální metody, což však je kritérium povýšce apriorní a normativní, než kritérium mající oporu v empirii. Avšak vztah sociálněvědného pozitivismu a právního pozitivismu je mnohem složitější a málokdy se překrývá v jedné osobě společenského vědce.

je v evropském kontextu nazýván kontinentálním systémem práva.³⁹⁸ Pro právní dogmatiku výlučných odpovědí je intelektuální výzvou nepopiratelný fakt, podle něhož obě kultury dosahují stejných cílů na základě odlišných a často protichůdných teoretických východisek

Kodifikace prokázala svůj přínos a vědomí její úspěšnosti přetrvávalo přes tři století i do doby, kdy se zdroje jejího úspěchu začaly vyčerpávat, neboť již není k dispozici zásoba právních řešení založených na zkušenosti s minulým vývojem, kterou nabídly pozdněřímské kodifikace pravidel dříve obsažených v empirických knihách a k dispozici nebyl ani arzenál analýz a třídících technik, které nabídli středověcí badatelé římského práva. Síla a úspěšnost kodifikací totiž nebyla založena na pravidlech vymyšlených *ex nihilo*. Nynější normotvůrce je však v mnohem složitější situaci, ač si to ne vždy uvědomuje a věří v magickou sílu více méně náhodně seřazených slov vtělených do zákonného pravidla. Zákonodárství proniká i do oblastí, které se regulaci právní mašinérií vymykají.³⁹⁹

POJEM SOCIÁLNÍHO ČASU

Bude vhodné učinit malou odbočku k pojmu sociálního času.⁴⁰⁰ Když v roce 1990 moudří (a na naši situaci nezainteresovaní) lidé říkali, že změna společnosti bude trvat nejméně dvě generace, mnoho lidí kývalo zdvořile hlavou, ale nevěřilo. Ještě v polovině devadesátých let bylo nadšení ze změn tak silné, až mnozí uvěřili, že transformace je dokončena. Nyní víme, že nás čeká ještě nejméně deset, patnáct transformačních let, neboť stále např. neexistuje přesvědčivý konsensus, který by umožnil přijetí kvalitních nových kodexů.

³⁹⁸ Jde nesporně o etnocentrické pojmy; jde o jev oboustranný. Projevuje se například v tom, že angloamerická jurisprudencce tradičně hovoří o *systému Roman law*, a sama sebe charakterizuje jako *Common law*, tedy všeobecné právo. Právní kultury sami sebe charakterizují co možná nejobecnějšími termíny (kontinentální resp. obecný), a kulturu odlišnou pojmem co možná nejvíce partikulárním (anglo-saské právo, či římské právo).

³⁹⁹ Vynikající postřehy ohledně těchto oblastí srov. in Pound, Roscoe, *Social control through law*, London, 2002, Transaction Publishers, 56-60. První vydání 1942. Z našich luhů můžeme zmínit například uložení povinnosti obci vést kroniku (zákon č. 132/2006 Sb., který nahradil zákon č. 80/1920 Sb.).

⁴⁰⁰ Přehled některých teorií sociálního času srov. in Šubrt, J., *Problém času v sociologické teorii*, Praha, Karolinum, 2000.

Budeme-li volně parafrázovat Ralfa Dahrendorfa,⁴⁰¹ můžeme říci, že při transformaci společnosti nastupuje nejprve šestiměsíční hodina právníka, následovaná šestiletou hodinou ekonoma, aby byla vystřídána šedesátiletou hodinou občana. Rozvinutí a kultivace svobody vyžaduje čas a prostředí otevřené společnosti. Prvotní je hodina (ústavních) právníků, kteří vyhlásí základní práva a nezávislým soudnictvím zajistí právní stát. Potrvá to možná déle než 6 měsíců. Hodina politiků je vyhrazena demontáži starého řádu; zde často stojí proti sobě ekonomie a politika; vše nelze stihnout dříve než za 6 let. Poté musí být položeny společenské základy, které zaručí, že hospodářství a politika odolají i ve špatném počasí, ve velmi prudkých bouřkách vnitřních či vnějších.⁴⁰²

Přečtení Dahrendorfových úvah nás ubezpečí o tom, že naše situace není výjimečná. Hodinou právníka měl na mysli právníka ústavního, resp. čas normativních změn spočívajících v zakotvení základních práv, jež jsou základem právního státu.⁴⁰³

Avšak žitá léta vymazat nelze a „minulé právo“ bude přežívat dlouho poté, co přestane platit. Výše citovaný Brian Tamanaha upozorňuje (a před ním i po něm mnozí další), že na úrovni právních aktérů může být staré, neplatné právo minimálně stejně vlivným normativním systémem jako platné nové právo.

6.5.1 Soukromé právo

CÍLE SOUKROMÉHO PRÁVA

Platný občanský zákoník vyhlašuje své cíle ve velmi úsporné podobě: „*Úprava občanskoprávních vztahů přispívá k naplňování občanských práv a svobod*“.⁴⁰⁴ Občanský zákoník z roku 1964 chtěl regulovat jen

⁴⁰¹ Dahrendorf, R. Úvahy o revoluci v Evropě v dopise, který měl být zaslán jistému pánovi ve Varšavě. Nakl. Evropského kulturního klubu: Praha, 1991, str. 81, 82, 85, 92 a 97. R. Dahrendorf byl evropským sociologem se sociálně demokratickými kořeny.

⁴⁰² Sociolog pokračoval (tamtéž) dále: „Hodina občana, převládnutí občanských ctností, včetně slušnosti, ale i soběstačnosti v myšlení a chování, trvá 60 let, to znamená dva generační cykly, což může být demoralizující. Hodina právníka je euforická, hodina politika napjatá, ale vzrušující, a v hodině občana se střídá naděje a deprese a úspěch se obtížně měří. Svobodu je třeba vytvořit a bránit.“

⁴⁰³ Zbyněk Šín odhaduje, že na celkovou inovaci právního řádu je třeba 20-25 let - ostrá, L., Čermáková, J. eds., Otázky tvorby práva v ČR, PR a SR, Sborník z konference, Aleš Čeněk, Plzeň, 2005, str. 165.

⁴⁰⁴ srov. § 1 odst. 1, zákona č. 40/1964 Sb., občanský zákoník v platném znění.

oblast osobní spotřeby občanů a cílil k preferenci ochrany socialistického vlastnictví. Nejvýraznější deformace byly po roce 1989 odstraněny, avšak koncepční „kostra“ platí doposud. Vědecký výklad podávaný ve dvou nejužívanějších učebnicích občanského práva⁴⁰⁵ nalézá cíle soukromého práva v zakotvení civilního statusu subjektu pomocí souboru práv a povinností⁴⁰⁶, kdy oproti době vzniku platného kodexu *vzrostla* úloha individua a jeho svobody. Přestože se zvýšil důraz na individuální *svobodu* (realizovanou zejména autonomií vůle navzájem rovných osob), cílem občanského (soukromého) práva podle doktríny zůstává dosažení rovnováhy všech zúčastněných *společenských* zájmů s tím, že občanskoprávní normy stanoví, jak se lidé *mají chovat* v občanskoprávních vztazích. Tento postoj doktríny lze přirozeně pochopit, neboť v duchu nejlepších tradic pozitivismu vychází ze stavu *de lege lata*. Přesto nelze pominout, že se zcela zásadně změnil ústavní výkladový rámec, v němž je občanské právo jako soubor podústavních právních předpisů vsazeno. Důležitost občanského zákoníku plyne z faktu, že obsahuje obecné právo soukromé.⁴⁰⁷

Vymezení cílů úpravy přímo v zákonném textu je z laického pohledu naprosto přirozené a právní úprava se tomuto pohledu nevyhýbá. Historicky první u nás platný kodex soukromého práva, Všeobecný zákoník občanský ABGB, cíle úpravy naznačil hned v prvním článku své preambule, která předpokládá, že občanské zákony mají: „*občanům zjednati klid co do bezpečného požívání jejich soukromých práv*“. Též dobová nauka specifikovala úkol soukromého práva v úpravě lidského soužití a ochranu důvodných zájmů jedněch *oproti druhým*, stanovení mezí, za které lidé nesmí při uspokojování potřeb jít, neboť by zasáhli do práv *druhých*. Soukromé právo v tomto pojetí usplavňuje smluvní kooperaci probíhající na základě sledování sebezájmu a jen tam, kde sebezájem není dostatečnou hybnou silou, stanoví opatření ukládající činnost (např. smluvní přímusy, povinnost provozovat živnost i za

⁴⁰⁵ Fiala, J., a kol., *Občanské právo hmotné*, 3 vydání, Brno, Doplněk, 2002 a Knappová, M., Švestka, J., Dvořák, J. a kol., *Občanské právo hmotné 1.*, 4. vydání Praha, ASPI, 2005.

⁴⁰⁶ Fiala, op. cit., str. 6, 12 a 22.

⁴⁰⁷ Knappová a kol., op. cit., str. 27, 56 a 59.

nevýhodných podmínek), přesto však ústřední hodnotou soukromého práva zůstávala svoboda, což se odráželo v zásadách (svoboda individuálního vlastnictví, svoboda výměny statků či svoboda práce)⁴⁰⁸.

Bylo však možno nalézt i formulace, které cíle soukromého práva více přibližují individuu: „*Súkromné právo je právnym poriadkom pomerov súkromného života, čiže súhrnom pravidiel, podľa ktorých štát vyrovnáva záujmové konflikty prichodiace v súkromnom živote. ... Cieľom skromného práva je ochrana súkromných záujmov. Preto zaväzuje právo iných*“.⁴⁰⁹ Toto pojetí více vyhovuje i dnes platnému ústavnímu pořádku, v jehož centru stojí jednotlivec, jeho práva (viz preambule Ústavy ČR a články 2 odst. 3 a 4 Ústavy ČR a Čl. 1 Listiny základních práv a svobod).⁴¹⁰ Jednotlivec předchází státu, jednotlivec je omezen především právy ostatních jednotlivců a stát nesmí instrumentalizovat společnost, nýbrž naopak. Tuto koncepci musí respektovat i podústavní právo, zvláště když v nových konstitučních podmínkách již právo funguje téměř 15 let a transformační období by mělo končit.⁴¹¹

PŘIPRAVOVANÝ OBČANSKÝ ZÁKONÍK

Aktuální verze⁴¹² připravovaného nového civilního kodexu vymezuje svůj účel takto: „Soukromé právo chrání důstojnost a svobodu člověka i jeho přirozené právo brát se o vlastní štěstí a štěstí jeho rodiny nebo lidí jemu blízkých takovým způsobem, jenž nepůsobí bezdůvodně újmu druhým.“ Myšlenkové ukotvení spočívá na respektu k osobnosti člověka jako svobodného individua způsobilého žít podle svého a rozhodovat o svých soukromých záležitostech samostatně. Z publikovaného návrhu důvodové zprávy můžeme poměrně přesně identifikovat konkrétní

⁴⁰⁸ Srov. Krčmář, Jan: *Právo občanské I. Výklady úvodní a část všeobecná*, II. doplněné vydání, Praha, Všehrad, 1932, str. 77-78.

⁴⁰⁹ Fajnor, Vladimír, Záturecký, Adolf, *Nástin súkromného práva platného na Slovensku a v Podkarpatskej Rusi*, Bratislava, Právnická jednota, 1924, str. 1 a 2

⁴¹⁰ Srov. např. nález Ústavního soudu ČR sp. zn. Pl. ÚS 42/02, část. VI. 2 a) na www.judikatura.cz nebo č. 106/2003 Sbírky zákonů.

⁴¹¹ Diference mezi podústavním a ústavním právem je v transformačním období běžná – úprava řádného a funkčního správního soudnictví byla přijata po více než deseti letech platnosti čl. 36 odst. 2 Listiny základních práv a svobod a také. Trestní řád se podmínce rovnosti obžaloby a obhajoby (čl. 37 odst. 3 Listiny) přiblížil až po deseti letech platnosti tohoto ústavního zákona.

⁴¹² Srov. zejm. dokumenty <http://obcanskyzakonik.justice.cz/cz/uvodni-stranka.html> [navštíveno 2. 9. 2010], a zde vyvěšenou důvodovou zprávu a navrhovaný text.

sledované cíle (jež v každém z výše uvedených přístupů k efektivnosti tvoří vstupní bod analýzy). Změna je deklarovaným návratem ke kontinentální tradici úpravy (důsledné, koncepčním opuštěním reziduí sovětského přístupu k občanskému právu), slibuje překonání fragmentace, paralelních úprav týchž institutů a partikularizmu soukromoprávních předpisů, posílení principu svobody individua a jeho svobodné vůle, konstituování obvyklé podoby instituce vlastnictví, odstranění veřejnoprávních řešení, vyšší sdělnost a přehlednost textu.⁴¹³

Prostředky, které nový kodex volí k dosažení vytčeného cíle, jsou především důsledné uplatnění koncepce občanského práva jako základního předpisu soukromého práva („*systemově integrující ohnisko*“), v němž je úprava majetkových práv derivativní ve vztahu k ochraně důstojné lidské bytosti, která je východiskem úvah. Posíleny jsou obvyklé vlastnické instrumenty. Odstraněno má být ideologicky motivované zužování významu občanského práva na otázky majetkové. Zákoník chce integrovat rodinné právo a podstatnou část práva obchodního a velmi kriticky se staví k přetrvávání veřejnoprávních reziduí v novém zákoníku práce. Vychází totiž z koncepce *dualismu* veřejného a soukromého práva (srov. § 1 odst. 1 věta druhá)⁴¹⁴. Sdělnosti má být dosaženo přehledností textu (systematické řazení, omezení délky paragrafů⁴¹⁵) a volbou jazyka (vyhýbání se polysémům, cizím slovům, či slovům nevhodným.)

NĚKTERÉ RYSY NOVÉHO OBČANSKÉHO ZÁKONÍKU A EFEKTIVNOST

Snad žádný z konceptů efektivnosti nepomíjí sdělnost a srozumitelnost právního pravidla jako nutnou (nikoli postačující) podmínku jeho dodržování. Slova mají hluboce symbolickou povahu a váží na sebe

⁴¹³ Tím nechci popřít existenci ostře nesouhlasných akademických reakcí na tento kodex. (Za všechny srovnej silně kritický článek P. Lavického: Kritické poznámky ke koncepci návrhu občanského zákoníku, *Právní rozhledy* 23/2007, s. 848.

⁴¹⁴ Srov. str. 3 cit. důvodové zprávy, kde přílehavě a na základě konkrétních dokladů konstatuje, že socialistické právo bylo právem jednolitým, což v oblasti občanského zákoníku umožňovalo snadnější zásahy veřejné moci do soukromého života.

⁴¹⁵ „Byla přijata zásada, že jeden paragraf má zásadně obsahovat nanejvýš dva odstavce a že jeden odstavec paragrafu má v zásadě obsahovat nanejvýš dvě věty.“ – str. 22 citovaného textu.

myšlenková schémata, proto lze uvítat programové opouštění výrazů patřících k jazyku veřejnoprávní regulace.

Otázkám výrazových prostředků (jazyk, terminologie, systematičnost) věnuje důvodová zpráva nového občanského zákoníku 13 % obecné části⁴¹⁶, což indikuje hluboký zájem o tuto stránku nové úpravy. Zpráva hovoří o imperativu terminologické jednotnosti a o potírání víceznačností (polysémy, homonyma), což jsou jistě nezbytné prvky sdělnosti. Důvodová zpráva nezapře jisté kulturně estetické ambice. Vychází patrně z předpokladu, že právní norma, platí-li delší dobu a užívá-li „uživatelsky přívětivý“ jazyk, skutečně může zapůsobit jako kultivační prvek jazyka. Jak ale autoři správně podotýkají, zákon nemůže měnit význam slov a omezená je i jeho kultivační potence.⁴¹⁷ Je otázkou diskuze, zda má vůbec zákon takový cíl sledovat. Tím se nechce říct, že vyjadřovací prostředky zákonodárce mají být nevybíravé, avšak kultivační cíl by neměl negativně ovlivňovat dosažení hlavního cíle. Pokud by úsilí o naplnění takto pojatého vedlejšího kultivačního cíle vázalo zdroje na dosažení cíle hlavního, pak by se samo o sobě stalo překážkou efektivnosti.

Arbitrem významu slov však není jejich logická výstavba či pojmová esence, nýbrž způsob, jímž jsou slova obvykle užívána v každodenním styku, z čehož vyplývá požadavek promítnutí pragmatických prvků.

Sociální povaha jazyka s sebou přináší mnohovýznamovost, výrazovou setrvačnost a další jevy, s nimiž musí počítat i zákonodárce. Proto úspěšnost rozlišení takových výrazů jako *smlouva* a *závazek*, závazné tvary pro domněnky a fikce prověří až čas a zejména akceptace navrhované logiky v jiných právních normách, která je nanejvýš žádoucí. A právě proto osnova v některých pasážích opouští právně logický jazykový esencialismus, ve prospěch důvodů stylistických, s ohledem na úhlednost a zvučnost estetických, resp. s ohledem na jazykové uzance. Ale z hlediska cíle úpravy nesmí tyto vedlejší důrazy oslabit sdělnost, terminologickou důslednost a jasnost.

⁴¹⁶ Viz strany 22 až 25 citované důvodové zprávy (1147 z 8751 slov).

⁴¹⁷ K omezeným možnostem řízeného měnění jazyka v dnešní společnosti srov. např. Cvrček, V., *Regulace jazyka a Koncept minimální intervence*, Praha, NLN, 2008.

NOVÝ CIVILNÍ KODEX A PRÁVNÍ VĚDOMÍ

Právní vědomí je v naší literatuře definováno rozličně, avšak vždy jde o zprostředkující článek mezi jednotlivcem a (měnícím se) právem.⁴¹⁸ Přesněji lze právní vědomí vymezit jako individuální i společenské vědomí o stávajícím právu, o možnostech jednání podle práva i o omezeních z práva plynoucích, ale také představy o tom, jaké by se měly uskutečnit právní úpravy.⁴¹⁹ Postoje k právu jsou přitom ovlivňovány jak emotivními, tak intelektuálními a volními faktory. V pluralitní společnosti je nutné akcentovat obousměrnost zprostředkování právo~právní vědomí.

Právní vědomí je vlivným faktorem efektivnosti práva, ať už ji pojmáme jakkoli.⁴²⁰ Nový předpis proto musí vycházet vstříc adresátům nejen výše zmíněnou úzce jazykovou srozumitelností, ale i srozumitelností obsahu a struktury. Podoba předpisu zpětně ovlivňuje i obsah právního vědomí a postoj k právu. Není žádoucí stav, kdy adresáti norem mohou skutečný smysl a obsah právní normy zjistit až ze sekundárního zdroje (v odborné publikaci, nebo dotazem u právníka), nikoli z právního předpisu, ačkoli jde o informaci, která má zásadní dopad na jejich postavení.

Stávající, vlivem novel torzovitý, kodex je odstrašujícím příkladem takové praxe - mnohé základní strukturální prvky jsou dovozovány výkladem (například zásada *pacta sunt servanda*, zákaz nakládání s vlastním tělem atd.). Diference mezi textem normy a jejím náležitým výkladem zde bude vždy, avšak jde o otázku přípustné míry informací zásadní povahy, jež je adresát nucen opatřovat jinde než v textu předpisu.

Nový občanský zákoník díky své koncepci budí velké naděje ohledně svého informačního potenciálu. Laický čtenář (je-li alespoň prostředně inteligentní) má po přečtení 1 dílu nazvaného „*O soukromém právu*“ (§§ 1-14 nového kodexu) příležitost vytvořit si poměrně jasnou

⁴¹⁸ Za vše srov. např. Knapp, V., *Teorie práva*, Praha, C. H. Beck, 1995, str. 22-24.

⁴¹⁹ Právní vědomí se samozřejmě vzpírá jednoduché (jednosměrné) instrumentalizaci do podoby převodní páky zákonodárné vůle vládnoucí většiny, jak to chápala marxistická právní věda: „*Výchovná úloha práva za socialismu se projevuje zejména a právě v tom, že napomáhá rozvoji socialistického právního vědomí.*“, Aržanov, M. A., *Teorie práva*, Praha, Orbis, 1951, str. 149.

⁴²⁰ Viz k tomu kapitola o regulačních schopnosech práva.

představu o mnohdy složitých a abstraktních otázkách soukromého práva a na rozdíl od dnešního stavu získá jasnější představu o hranicích autonomní sféry (nezakázané jednání). Bez ohledu na možné spory ohledně povahy právních zásad a principů nelze popřít vliv příslušných pasáží na právní vědomí. Strohé, často mnohasetletou zkušeností prověřené věty umožňují základní orientaci v rozsáhlé materii a pomáhají strukturovat získávané poznatky. Výslovné zakotvení zásad umístěné na úvod kodexu (§ 3 odst. 2) proto může příznivě působit na právní vědomí.

OPUŠTĚNÍ STRUKTURÁLNÍCH PRVKŮ S OTISKY DŘÍVĚJŠÍCH HODNOT

Občanský zákoník prošel po roce 1989 mnohými změnami, které umožnily používání „*jediného skutečně revolučního* [marxistického] *kodexu*“⁴²¹ v podmínkách otevřené společnosti. Neudržitelnost koncepce nerovnosti vlastnictví byla zřejmá každému na první pohled, avšak myšlenková schémata jsou mocná, a často si neuvědomujeme, že některé dříve zastávané přístupy (superficiální zásada) sledovaly konkrétní politické cíle (kolektivizace), popřípadě otevíraly cestu k vstupování veřejné moci do vztahů mezi jednotlivci (např. široká koncepce absolutní neplatnosti). Dnes s nimi zacházíme bezhodnotově (nebo si to alespoň myslíme), to však neznamená, že by tato zdánlivě pouze „technická“ řešení ztratila své axiologické dopady

Ostatně Maxovy útoky na „buržoazní kodexy“ měly stejné zdroje – viděl je jako nástroje petrifikace kapitalismu⁴²² a marxisté (za všechny např. Gyorgy Lukács) nikdy nepochybovali o ideologické síle výrazových struktur.⁴²³ Oproštění od ideologických strukturálních prvků je proto potřeba vnímat jako významný prvek ke zvýšení funkčnosti soukromého práva, a tím i jeho efektivnosti, neboť naroubování „buržoazních“ institutů na marxistickou podnož nemůže nevydávat adresátům právních norem zmatené signály. Zákon musí mít jasný směr.

⁴²¹ Kühn, Z., *Aplikace práva soudcem v éře komunismu a transformace*, Praha, C. H. Beck 2005, str. 66.

⁴²² Srov. např. Marx, Karel, *Kapitál, díl I.*, Praha, Svoboda, 1978, 697.

⁴²³ Více k tomu in Baňouch, H. *Použití pojmu ideologie při analýze skupinově sdílených přístupů k aplikaci práva* in V. Hloušek - V. Šimíček: *Dělba soudní moci v České republice*, Brno, Mezinárodní politologický ústav 2004.

Koncepce neplatnosti, vycházející z nutnosti ochraňovat „skutečný“, „objektivní“ stav věci, odhlíží od zájmů stran, jichž se věc týká (viz „objektivně“, společensky posuzovaná účelnost – §§ 135b, 142, 442 nebo 770 platného občanského zákoníku).⁴²⁴ Rozsáhle definované prekluze práv, stejně jako koncepce výrazné veřejnoprávní regulace práva dědického, sloužily hospodářským zájmům státu a opíraly se o preferenci socialistického vlastnictví, avšak z hlediska autonomie vůle a ochrany institutu vlastnictví jsou neudržitelnými.⁴²⁵ Prvkem snižujícím právní jistotu je zajisté možnost absolutního zneplatnění právních úkonů, bez ohledu na uplynutý čas a doložitelný fakt, že strany po dlouhou dobu jednaly tak, jako by úkon byl platný. Snižování právní jistoty je překážkou efektivnosti práva.

DŮRAZ NA AUTONOMII, SVOBODU A REKONSTRUKCE INSTITUCE VLASTNICTVÍ A JEHO GARANCÍ

Z hlediska obou dominantních koncepcí efektivnosti nutno pozitivní vliv na efektivnost práva připsat důrazu na osobní svobodu, který s sebou nese vytvoření přívětivého prostředí pro smluvní transakce. Dnešní úprava soukromoprávního statusu je velmi kusá a ústavně deficitní (viz např. otázky svéprávnosti), přičemž s postupujícím časem bude škodlivost více a více patrná. Právní vědomí stále nepojalo myšlenku respektu státu k *suverénní bytosti* jako základu našeho státu, což se týká i právního vědomí právních profesionálů.⁴²⁶ Proto lze přivítat podústavní konkretizaci kautel ochrany osobnosti a její integrity, jež jsou zakotveny v ústavním pořádku. Autonomie vůle proto není samoúčelnou ústavní hodnotou.⁴²⁷ I z pohledu sociologických konceptů efektivnosti platí, že důraz na osobní svobodu jednotlivce jako aktéra vždy najde svůj reflex v

⁴²⁴ Gnoseologicky neudržitelný koncept objektivní, nezaujaté poznatelnosti sociálních vztahů v jejich úplnosti tak otevírá cestu k vpádu veřejné moci do soukromé sféry, kde v zásadě není její místo.

⁴²⁵ Např. legitimitu širokých omezení závětních podmínek lze velmi obtížně obhajovat, což platí i pro ustanovení o zániku práv. Přesto se dřívější ideologickou koncepcí podmíněná myšlenková schémata revitalizují v návrzích nových úprav - srov. str. 16 cit. dův. zprávy.

⁴²⁶ Za všechny srov. např. případ faktické desubjektivizace popsany v nálezu Ústavního soudu ČR sp. zn. IV. ÚS 412/04 na www.judikatura.cz.

⁴²⁷ Srov. např. nálezu Ústavního soudu ČR, sp. zn. I. ÚS 167/04 in NALUS.

legitimitě zvýšené odpovědnosti za vlastní jednání a posílí tak další z nutných podmínek fungování práva.

Z hlediska ekonomické efektivity nelze přecenit význam snahy o dobudování plnohodnotné právní instituce vlastnictví. Stávající úprava nás stále přesvědčuje o svém etatistickém, anti-vlastnickém marxistickém původu, a to všude tam, kde neproporcionálně chrání škůdce (např. krátké promlčecí doby) či dlužníka. Občanský zákoník ve stávající podobě neprovádí kautely upínající se k ustanovením čl. 11 Listiny základních práv a svobod a čl. 1 Dodatkového protokolu č. 1 k Úmluvě o ochraně lidských práv a základních svobod, a to ať již jde o omezování vlastnického práva, popírání ochrany legitimního očekávání jako logického důsledku vázanosti zákonem, či stanovení rovných dopadů odpovědnostních institucí. Například v oblasti síťových odvětví stále přetrvává koncepce odpovědnosti výrazně zvýhodňující dodavatele, což má historické kořeny ve zvýhodňování státu. Nyní však jsou síťová odvětví provozována na soukromoprávním základě a aplikace starých institutů, obsažených v partikulárních odvětvových zákonech a vyhláškách, narušuje rovnost vlastnického práva.⁴²⁸

Svobodná smlouva je základem tržní ekonomiky, neboť podnikání na svobodném základě a soupeření jsou motorem hospodářství. Potenciál efektivity tak nová úprava zvyšuje všude tam, kde je posilován princip závaznosti smluv a je omezována možnost intervence veřejné moci do smluvních vztahů (odstraňování prekluzí, ústup od širokých možností absolutní neplatnosti, pravidelné promítání tzv. objektivně účelových představ do řešení střetu dvou práv).⁴²⁹

SOUKROMÉ PRÁVO MEZI TRADICÍ A INOVACÍ

Připravovaný zákoník je návratem k tradici, ke standardu. Není to návrat, jež by byl jakousi samoúčelnou mentální restitucí. Návrat znamená přebrání prvků, jež reálně obstály, a vnáší do právních norem prvek

⁴²⁸ Srov. např. náleží Ústavního soudu ČR sp. zn. I. ÚS 202/06 in NALUS.

⁴²⁹ Jenom dlouhodobá zanedbanost sociálně vědných výzkumů práva brání tomu, abychom měli v rukou tvrdá data o hlubokých ztrátách (jde o malé ztráty ve značném množství případů) způsobených tím, že stávající soukromé právo stále nedostatečně vymezuje jednotlivá vlastnická práva a že standardními nástroji nechrání instituci vlastnictví. Dlouholetá nečinnost zákonodárce tak poškozují celou společnost.

relevantní zkušenosti. Jde přitom o návrat poučený novým vývojem, návrat opřený o korektní komparativní poznatky. Přebírání osvědčeného jistě zvyšuje efektivnostní potenciál úpravy.

Tradice vycházející z občanského práva platného v letech 1948-89 je tradicí snižující ekonomickou efektivnost práva, již jen tím, že byla otevřeně budována na vyztužení zcela jiného typu společenského uspořádání. Z tohoto, připusťme, že velmi úzce ekonomického pohledu, je třeba se jí vzdálit co nejdále – šlo o odchylku, která zničila mnoho prospěšných prvků soukromého práva.

SYSTÉMOVÁ POVAHA PRÁVA A DOPADY REKODIFIKACE NA EFEKTIVNOST

Zjišťování efektivnosti přináší zásadní otázky již na samém počátku při stanovování širé rámce, v němž bude posuzována. Má být posuzována efektivnost jednotlivého pravidla chování, tedy efektivnost právní normy, nebo právního institutu? Nebo celého předpisu? A neměla by být efektivnost zjišťována v rámci celého odvětví? Struktura práva je velmi provázaná, a proto je velmi obtížné izolovat působení jednotlivých prvků. Ze stejného důvodu, z důvodu komplexity práva nutno mít na paměti, že harmonie elementů právního řádu není automaticky zaručena a jednotlivé části mohou působit protisměrně a tím snižovat efektivnost. Efekt hmotně právní regulace tak může být oslabován nevhodnou procesní úpravou nebo paralelními hmotně právními úpravami týchž institutů, které zavádějí duplicitu a z nich plynoucí nejasnosti v otázce, co jako právo platí.

Proto bude efektivnost nového kodexu zásadně podmíněna mírou, v níž bude v nových zákonech a novelách zákonů předchozích respektována ústřední role občanského zákoníku a jeho pojmového aparátu jako základního předpisu upravujícího osobní status. Jak obtížné bude prosadit takovou změnu, prozrazují stesky důvodové zprávy na koncepci nového zákoníku práce, která je v mnohých směrech neslučitelná s novou úpravou ústředního předpisu soukromého práva.⁴³⁰

⁴³⁰ Přestože je otázka zákoníku práce silně politizována, nemůže žádný právník pochybovat o tom, že duplicitní úprava dává vzniknout zbytečným nejasnostem.

REKODIFIKACE JAKO NÁSTROJ SOCIÁLNÍHO INŽENÝRSTVÍ

„*Osnova se rozchází s koncepcí, že funkci občanského práva a občanského zákoníku je působit jako nástroj řízení společnosti.*“⁴³¹ Jde o rozchod s normotvorným přístupem, který byl u nás aplikován po mnoho desítek let. Často jej neumíme identifikovat. Při zacházení s platným textem občanského zákoníku je třeba občas připomenout fakt, že občanské právo bylo v duchu sociálního inženýrství pojato jako nástroj řízení společnosti chránící třídní zájmy a hodnoty. Cíle nového občanského zákoníku však sociálně inženýrské být nemohou.⁴³² Pro opuštění takového přístupu lze najít argumenty efektivnosti.

Soukromé právo musí vytyčovat velmi zdrženlivě půdorys řádu (*ultima ratio* prostředek), v jehož rámci se uplatňuje jednání vedené svobodnou vůlí (která má přirozeně jak sobecké, tak altruistické cíle). Nastolení důsledného dualismu práva veřejného a soukromého lze uvítat. Dualismus, jasné oddělení horizontálních a vertikálních vztahů, by měl zamezovat výkladovým konfúzím vedených z pozic irelevantních zájmů. Ohlédneme-li se zpět k funkcím práva, musíme konstatovat, že soukromé právo generuje především orientující funkce, řád a musí být dobrým podkladem pro rozsuzující funkci. Není proto vhodné koncepčně je otevírat veřejnoprávním nástrojům prosazujícím politiku vládní většiny. Veřejnoprávní prvky do soukromoprávní úpravy v zásadě nepatří. I když lze namítat, že realita přináší stále větší a větší vpády veřejné moci a jejích nástrojů do původně privátní sféry (publicizace soukromé sféry), soukromé právo nesmí vycházet těmito tendencím vstříc. Pokud se tak stane, otevrou se cesty nestabilitě. Právo *řádu* bude měněno v rytmu politického cyklu, neboť bude chápáno jako nástroj společenské změny.

Právo není všemocné, má své limity a ne všechny oblasti života jsou přístupné přímému řízení. Takovou oblastí je i sféra občanského zákoníku, skryté ústavy každodenního života.

⁴³¹ Srov. str. 19 citované důvodové zprávy.

⁴³² Skromně se domnívám, že tomu brání ústavní zdroj normotvorby, který neumožňuje zužitkovat a zúčelnit jednotlivce proti jeho vůli ve jménu zájmů společnosti reprezentované momentální parlamentní většinou, či dokonce jen většinou vládní.

6.5.2 Trestní zákoník

Zastavme se u nového trestního zákoníku, který již vstoupil v platnost, a při úvahách o jeho působení tak nejsme odkázáni jen na důvodovou zprávu a navíc není třeba se podrobně zabývat minulou úpravou.

CÍLE TRESTNÍHO PRÁVA

Trestní právo, stručně shrnuto, chrání společnost před vysoce nebezpečným protiprávním jednáním, ukládá trest původcům takových jednání a má odrazovat potenciální pachatele trestných činů od záměrů je uskutečnit. Z hlediska funkcí práva je u trestního práva nejvýraznější funkce řádu, a to jak ve smyslu orientujícího působení, tak ve smyslu mezního rozhraničování sfér jednání, za nimiž počíná jednání zakázané.

Jak trestní právo naplňuje funkci řádu, když realizované trestně právní vztahy jsou vztahy mezi pachatelem trestného činu a státem a jde o vztahy vertikální? U funkce řádu nemáme na mysli jen skutečnost, že s řádem ladí trestání protiprávního jednání, které navíc posiluje motivaci jednat v souladu s právem. I trestní právo má vliv na horizontální vztahy, byť nepřímo, neboť i ono vytváří souhrn oprávněných očekávání, na základě nichž může jeden člen společnosti očekávat, že jednání ostatních členů společnosti nevykročí mimo zákonné mantinely.⁴³³ Autoritativní výklad trestní odpovědnosti řidiče jedoucího sice nepřiměřenou rychlostí, ale po hlavní silnici, formuje jistotu řidiče jedoucího po vedlejší silnici, že například v obci se blížící auto pohybuje 50–60 km/h rychlostí, a nikoli 100–120 km/h rychlostí, kdy se přiblíží za polovinu času. Oprávněná očekávání jsou naopak podlamována rozhodnutími, která trestní odpovědnost prodlužují až k povinnostem uloženým

⁴³³ K jistotě takových očekávání přispívá např. rozhodnutí Nejvyššího soudu sp. zn. 3 Tdo 593/2007 ze dne 13. 7. 2007 na www.nsoud.cz. „Řidička zajisté při zastavení na vedlejší silnici před křižovatkou neměla důvod předpokládat, že další účastník silničního provozu (na silnici označené jako hlavní) pojedou nedovolenou a současně i nepřiměřenou rychlostí.“ Po řídicích vjíždějících na hlavní komunikaci z vedlejší silnice nelze požadovat, aby se neustále opakovaně rozhlíželi, když do křižovatky vjedou anebo se v ní pohybují. Důležité je, pokud se před vjezdem do křižovatky ujistili, že nehrozí srážka. „A to v případě, kdy po prvním rozhlédnutí situaci vyhodnotí tak, že vjetí do prostoru křižovatky se vzhledem ke značné vzdálenosti blížících se vozidel jeví jako bezpečné“ uvedl soud.“ srov. i na www.aktualne.cz text „Řidič z hlavní nemá automaticky přednost“, 22.11.2007 [navštíveno 3/9/2010].

v podzákoných předpisech.⁴³⁴ Trestní právo jako ultima-racionální prostředek podporuje chování podle pravidel.⁴³⁵

NOVÝ TRESTNÍ ZÁKONÍK A JEHO CÍLE

Nový trestní zákoník (č. 40/2009 Sb.) ve své důvodové zprávě uvádí,⁴³⁶ že jeho cílem je zajistit ochranu občanských práv a svobod a dalších hodnot garantovaných Ústavou a Listinou základních práv a svobod, jakož i vynutitelnost důležitých příkazů a zákazů prostředky trestního práva, byť jde o nejzazší řešení („ultima ratio“). Musí zajišťovat realizaci trestní politiky demokratické společnosti založené na principu humanismu, směřující k sociální reintegraci pachatelů a zajišťující přiměřenou satisfakci obětem trestných činů. Zákoník údajně mění celkovou filosofii ukládání sankcí, kdy je třeba především změnit hierarchii sankcí, v rámci níž by byl trest odnětí svobody chápán jako „ultima ratio“ a byl by kladen důraz na individuální přístup k řešení trestních věcí předpokládající širokou možnost využití alternativních sankcí k zajištění pozitivní motivace pachatele. Dalším cílem je důsledné oproštění od všech reliktvů nedemokratického pojmání funkcí a účelu trestního zákona a přihlášení se k ideové diskontinuitě s právním řádem z totalitního období dosažením srovnatelné úrovně s trestním právem moderního evropského standardu, při respektování mezinárodních závazků ČR a požadavků vyplývajících z evropských integračních procesů.

Nově navržená systematika obecné části trestního zákoníku má podle důvodové zprávy⁴³⁷ reflektovat požadavek věcně logického uspořádání základů trestní odpovědnosti a jejich právních následků. Kodex upouští od deklaratorního formulování účelu (poslání) trestního zákoníku. Účel trestního zákoníku, jako základního kodexu trestního práva hmotného,

⁴³⁴ Srov. rozhodnutí Nejvyššího soudu ČR sp. zn. 6 Tdo 513/2007 ze dne 17. května 2007 a korigující náleží Ústavního soudu ČR sp. zn. III. ÚS 2278/07 ze dne 5. 8. 2010 in NALUS.

⁴³⁵ „Trestní odpovědnost pachatele a trestněprávní důsledky s ní spojené lze uplatňovat jen v případech společensky škodlivých, ve kterých nepostačuje uplatnění odpovědnosti podle jiného právního předpisu.“ (§ 12 odst. 2 trestního zákoníku).

⁴³⁶ srov. na www.psp.cz pro volební období 2006-2010 tisk č. 410 [navštíveno naposled 3. 9. 2010], str. 185-186.

⁴³⁷ Tamtéž.

vyplývá z konkrétních ustanovení trestního zákoníku a je jím nepochybně ochrana práv a oprávněných zájmů fyzických a právnických osob, zájmů společnosti a ústavního zřízení České republiky, a to prostředky trestního práva. Tento účel tedy vyplývá z předmětu úpravy, aniž by jak účel trestního zákoníku, tak i předmět úpravy bylo třeba konkrétně vyjadřovat v nějakém konkrétním ustanovení, jak nakonec není obvyklé ani v zahraničních trestních zákonících, ve kterých také nebývá účel zákona či předmět úpravy výslovně vyjádřen, a přesto jeho posuzování orgány činnými v trestním řízení nečiní potíží, neboť dostatečně jasně a přesvědčivě vyplývá z vlastního obsahu trestního zákoníku.

Důvodová zpráva deklaruje přesvědčení,⁴³⁸ že nově kodifikované trestněprávní předpisy budou reflektovat očekávanou realitu společenského vývoje, být funkčními po dostatečně dlouhou dobu a vyjadřovat tak stabilitu právního řádu České republiky.

NĚKTERÉ RYSY TRESTNÍHO KODEXU A KONCEPT EFEKTIVNOSTI

Ačkoli důvodová zpráva deklaruje, že nový trestní zákoník je projevem diskontinuity s předchozí úpravou, jeho skutečný obsah prozrazuje, že máme co dočinění spíše s evoluční změnou právní úpravy. Celá řada skutkových podstat byla převzata z minulé úpravy a zvýrazňované odlišnosti při bližším pohledu mizí. Změnilo se uspořádání, a přibyly některé skutkové podstaty, které v právním řádu autoritativního státu nejsou potřeba, neboť má jiné cesty k naplnění jejich cíle (například tzv. gumové skutkové podstaty nebo správní a policejní „operativu“). Díky liberalizaci života přestali být jednotlivci trestněprávně chráněni i tam, kde je žádoucí nějakou trestněprávní ochranu ponechat.⁴³⁹ Nezbyvá tedy než vytipovat taková nebezpečná jednání a pečlivě precizovat jejich skutkovou podstatu tak, aby přesně a účinně cílila právě na tato škodlivá

⁴³⁸ Tamtéž, str. 186.

⁴³⁹ Typicky jde o týrání osoby ve společném obydlí (§ 199 trestního zákona), nebezpečné vyhrožování či pronásledování, trestné činy dle ust. § 353 a § 354 trestního zákona, které však autor kodexu nepovažoval za nijak zásadní a nebránil se jejich vypuštění. Vzhledem k zásadním odlišnostem obchodního a hospodářského práva je třeba zásadně změnit i definice skutkových podstat ekonomické kriminality, kdy některé jsou zcela nadbytečné a jiné je třeba přísně postihovat (například nevěrná správa či připuštění zničení či neexistence účetních knih, neboť jde o klíč k zakrytí celé řady velmi společensky škodlivých jednání). Avšak i zde se zákoník vydal cestou postupné, evoluční změny.

jednání. Má-li právo účinně chránit život jednotlivce, nelze se uspokojit s doktrinárními řešeními s normativními dopady, kterážto řešení svou podstatu čerpají ze statu quo vězícího v minulosti.⁴⁴⁰ A nejde o jedinou indicii vedoucí k závěru, že deklarovaná připravenost kodexu na budoucí vývoj je spíše v rovině přání, než aby se opírala o důkladnou analýzu rozdílné filosofie, cílů a požadavků kladených na trestní právo v otevřené společnosti a jejím opaku.

Evoluční cesta (jako by za trestním zákonem č. 140/1961 Sb. a trestním zákoníkem č. 40/2009 Sb. měl teprve následovat opravdu nový kodex) je sama o sobě cestou k nestabilitě úpravy, avšak tento rys je vyvažován menším oslabením jistoty v odpovědích právních profesionálů na otázku: Co je právo? Vyvážit však nelze další nepříjemný důsledek evoluční změny spočívající v tom, že právní předpisy musí být aplikovány ještě mnoho let poté, co přestaly platit. Řešení intertemporálních otázek váže významné intelektuální, časové i materiální kapacity. Proto by změn mělo být co nejméně. Nový trestní kodex byl terčem změny ještě předtím, než nabyl účinnosti (srov. poměrně rozsáhlý zásah provedený zákonem č. 306/2009 Sb.) a lze si jen přát, aby tato událost nepředznamenala nestabilitu kodexu.

Důvodová zpráva výslovně uvádí, že upouští od vymezování účelu zákona a jeho jednotlivých součástí. Definiční ustanovení byla odsunuta až do § 110 až § 139. Co je vlastně trestní odpovědnost a že trestní represe má jen podpůrnou funkci, se adresát normy dozví až z ust. § 12 trestního zákona. O tom kdy je oprávněné a kdy neoprávněné uplatňování trestní represe se občan dozvídá až v ust. § 28 a násl. trestního zákona. Předtím je konfrontován s vysoce teoretickými a přeci jen složitými otázkami působnosti trestního zákona. Tento přístup jakoby ani vážně nepočítal s tím, že adresát norem trestního práva hmotného musí dostat rozumnou příležitost se s jeho normami seznámit a alespoň na základní úrovni pochopit logiku trestního práva a znát tak přesněji, kde končí

⁴⁴⁰ srov. např. rozhovor s profesorem Šámalem „Trest by neměl předcházet čin“, in Brněnský deník, 6.10.2007, str. 10 „Do zákona se nakonec nedostalo pronásledování, tzv. stalking. Proč?“ Odpověď: „*Domnívám se, že to není třeba. Jeho jednotlivé projevy jsou postihovány ostatním trestnými činy. Nepřistoupili jsme k trestnosti nějakého opakovaného odesílání SMS zpráv a podobně. Trestní represe by měla nastoupit až po tom, co dojde k naplnění trestného činu.*“

prostor svobody a kde již jistojistě hrozí trestní sankce. Autor předlohy ostatně i zde, podobně jako u trestných činů vážně ohrožujících svobodu individua, ale obtížně prokazovaných, deklaroval lhostejnost k tomu, zda definiční a „vysvětlující“ ustanovení budou na začátku či na konci kodexu, jehož struktura v podstatě ani nerespektuje platná legislativní pravidla vlády, která požadavku sdělnosti vycházejí vstříc a požadují, aby nejprve zákon uvedl, co upravuje, a pak aby vysvětlil užívané pojmy.⁴⁴¹

EFEKTIVNOST TRESTNÍHO PRÁVA

Právo trestní má především funkci orientující a funkci řádu. Je typickou ukázkou odvětví, v němž nákladová metoda vyčíslování efektivity selhává, neboť efekty úpravy nejsou snadno stopovatelné. A je tu řada dalších úskalí. Náklady na systém vězeňství ostatně nejsou náklady spojené s cíli trestního práva, jehož záměrem není primárně uvězňování pachatelů trestných činů. A dále. V trestním právu nelze ani jednoduše uplatňovat metody samofinancování. Situace, kdy je zadavatel sankce zainteresován na její výši, vede k přemístění cíle, kdy místo primárního upevňování řádu a ochrany mírového soužití jednotlivců se cíl přesouvá k ukládání sankcí. Empirické důkazy v podobě obtíží s některými pojetími výkonu exekutorské profese nebo při vybírání pokut za překročení rychlosti obecními policisty ukazují, že eventuální samofinancování je zde spojeno se střetem zájmů, který citelně oslabuje dosahování primárních cílů práva.⁴⁴² Obecně platí, že demokratický právní řád je nákladný: pro trestní právo respektujícího všechna pravidla právního státu a spravedlivého procesu to platí měrou vrchovatou.

⁴⁴¹ Srov. např. na www.vlada.cz čl. 48 odst. 1 Legislativních pravidel vlády, usnesení vlády ze dne 19. března 1998 ve znění a usnesením ze dne 11. ledna 2010 č. 36. „V úvodním ustanovení lze v případě potřeby například vymezit rozsah právní úpravy, její hlavní předmět, na který pak navazují další ustanovení právního předpisu, nebo vymezit pojmy, kterých se používá v řadě ustanovení právní úpravy.“

⁴⁴² „Polovina bodů je za rychlost, měření je pro obce dobrý byznys“, novinky.cz ze dne 4. června 2008. Vše vyústilo povinností oznamovat místa, v nichž se kontroluje dodržování pravidel „*Poslanci strážníkům: Rychlost měřte, ale s cedulí Pozor, radar*“, indes.cz ze dne 3. října 2008. Avšak zdaleka ne všechny obce měřily, aby naplnily pokladnu. Ačkoli se tomu automobilová lobby diví, často obce chtějí, aby byly zbaveny spontánně vzniklých autodromů ve svých ulicích. A proto se upokojí i s pouhým vyvěšením značky „*Policie varuje před měřením značkami, ale pak tam neměří*“ idnes.cz 10. srpna 2009. Mnohé indicie ukazují, že reálným problémem byla spíše neznalost subtilního řemesla zvaného „vynucování pravidel“, kdy je třeba umět rozlišovat případy vážného porušení od porušení bagatelních.

Dříve než je hodnocena efektivnost trestního práva, je třeba si ujasnit jeho cíl. A cíl trestního práva není měřen počty odsuzovaných, ale odrazující funkcí trestního práva, jeho schopností následně integrovat pachatele do společnosti a funkcí upevnění společenských pravidel a orientující funkce řádu. Tyto funkce může plnit jen stabilní trestní právo vysílající jasné a srozumitelné signály o svém obsahu.

6.5.3 Procesní řády

Procesní kodexy v podobě občanského soudního řádu, trestního řádu a soudního řádu správního nemáme ve zvyku řadit ke kodexům v obvyklém slova smyslu, přesto pro ně platí mnoho výše zmíněných obsahových a formulačních zásad.

Procedurální pravidla musí být stabilní, sdělná, srozumitelná a nekomplikovaná. Trestní řád však stále vězí v konstrukci z roku 1961 a kostra občanského soudního řádu vznikla v roce 1964. Po převratu v roce 1989 byla z těchto zákonů odstraněna ustanovení poznamenaná ideologií, což předznamenalo nechuť k jakýmkoli vysvětlujícím ustanovením. Avšak nynější podoba procesních zákonů prakticky vylučuje možnost, aby laik dokázal určit, na který soud se má obrátit,⁴⁴³ je-li žalován, resp. co může očekávat ve svém postavení poškozeného. Komplikovanost procesních předpisů však vadí i soudům samotným a brzdí jejich práci. Je pochopitelné, že některé žádoucí změny procesních předpisů jsou spojeny s většími zásahy do soudní soustavy, což vyžaduje významné sekundární náklady. Ale pro procedurální pravidla se silně uplatňuje požadavek stability jako podmínka efektivnosti. Procesní předpisy jsou však měněny snad ještě častěji než předpisy práva hmotného. Měnlivost právního řádu se jim nevyhýbá, což lze přesvědčivě demonstrovat na soudním řádu správním, který vznikl ve zdařilé podobě, je sdělný a ve srovnání s ostatními dvěma předpisy i přehledný a srozumitelný, což je dáno tím, že byl vydán až v roce 2002, tedy po více než deseti letech transformace a poté, co byl široce diskutován. Přesto prošel do srpna 2010, tedy za osm let, dvaceti novelizacemi (ano,

⁴⁴³ Stačí nahlédnout do míst, kde občanský soudní řád určuje pravidla věcné a místní příslušnosti a náležitosti návrhu-vše je roztroušeno na příliš mnoha stranách.

průměrně dvě a půl novely ročně). Za těchto okolností jsou samotné změny významnou překážkou efektivnosti, byť by takové změny byly motivovány opakem, tedy úsilím o zvýšení efektivnosti.

V oblasti dvou starších procesních předpisů však máme možnost sledovat dvě odlišné strategie: evoluční změnu (občanský soudní řád) a evoluční změnu doplněnou dílčím zaváděním zcela nových forem řízení slibujících vyšší efektivnost (například zkrácené trestní řízení). U vědomí setrvalého běhu soudních řízení si autoři změn uvědomují, jak fatální důsledky by měly omyly, nezamýšlené důsledky či jen nepochopení při zavedení nové komplexní úpravy. Nové prvky slibující zlepšení jsou tak vystaveny provozní zkoušce umožňující jejich odzkoušení a odladění s minimalizací dopadu nedostatků, které provázejí vše nové.

6.5.4 Rekodifikace v transformaci a překážky efektivnosti

VYHODNOCENÍ EFEKTIVNOSTI KODEXU

Mezi překážky efektivnosti práva nepochybně patří i jeho nestabilita a vytváření nového kodexu se může jevit jako pošetilé, nahlédneme-li na počet novelizací jakéhokoli nového zákona. Proto by ruku v ruce s novou úpravou měla být formulována i jasná představa, jak a zda vůbec bude nová úprava novelizována (v jakých intervalech, na základě jakých argumentů).

Kdy můžeme odpovědně vyhodnotit funkčnost právní úpravy?⁴⁴⁴ Tváří v tvář takto komplexní úpravě si lze stěží představit, že by efektivnost a funkčnost nové úpravy mohla být odpovědně vyhodnocena dříve než po několika letech svého života, neboť jen technické lhůty, během nichž lze např. dospět instančním postupem k jednotnému výkladu právní normy, nejsou menší než dvouleté (užívání pravidla, vznik konfliktu, snaha o nesoudní řešení, podání žaloby, rozhodování o žalobě, rozhodování o opravných prostředcích, objevení rozporů, nová pojednávací anabaze....).

Při zachování dosavadního trendu „nesnesitelné lehkosti“ novelizací může být nový kodex po pár letech k nepoznání – fragmentární

⁴⁴⁴ A. Gerloch píše o 3–5 letech – srov. Vostrá, L., Čermáková, J. eds., Otázky tvorby práva v ČR, PR a SR, Sborník z konference, Aleš Čeněk, Plzeň, 2005, str. 22.

a poničený. Snadnost, s jakou byla ze stávajícího kodexu vytržena pojistná smlouva, nás musí varovat: síly schopné ovlivňovat zákonodárný proces zatím nejsou vázány odborným konsensem ohledně toho, co z hlediska struktury a logiky práva lze, a co už možné není.

Informovanost o obsahu a smyslu nové právní úpravy (a z informovanosti plynoucí pozitivní efekty na právní vědomí) budou jedněmi z nezbytných podmínek pro nastolení „vlády nového kodexu“. Důraz bude muset být kladen na počáteční aplikační praxi, se zaměřením na její klíčové strukturální prvky. V mnohých ohledech bude nepoužitelná stará judikatura. Přitom již máme zkušenost s přejímáním judikatury z dob centrálního plánování do dnešních právních vztahů, a to i v oblastech ekonomických vztahů, které dříve vycházely ze zcela jiné teorie hodnoty a jiné cenotvorby. Zkušenosti ukazují, že rekonstrukce zákona zdaleka nemusí vést k „rektifikaci“ právního myšlení, kdy např. italská reforma trestního procesu od inkvizičního směrem ke kontradiktornímu byla *via facti* soudci zcela negována, neboť ji nevzali za svou a soudili jako dříve⁴⁴⁵ – efektivnost tak fakticky poklesla, protože je notorií teorie systémů, že každý systém vyžaduje jiné praktiky a při transplantaci nekompatibilní praktiky je takto přenesená praktika méně účinná, než byla ve svém „přirozeném“ prostředí.

Je spíše nutno potlačovat negativní důsledky nestability práva na efektivnost, než nestabilitu samotnou. Energii působící příval norem je třeba spíše usplavnit tam, kde bude vliv na celkovou efektivnost práva co možná nejmenší. Zkrátka stabilními musí být zejména strukturální pilíře právního řádu. Důležitost těchto opor, stejně jako důležitost jejich neměnnosti, byla u nás pozapomenuta, neboť tranzitivní období nedalo prostor pro vytvoření kodexů odpovídajících novému ústavnímu rámci, a tak i kodexy, neměla-li se transformace vážně zpomalit, procházely a procházejí změnou takřka permanentní.

⁴⁴⁵ Pizzi, W., Montagna, M., *The battle to establish an adversarial trial system in Italy* In: Michigan journal of international law; vol. 25, afl. 2, 2004, str. 429-466.

6.6 Snahy o zvýšení efektivity českých soudů

Teoretická východiska zjišťování efektivity je nutno aplikovat na všechny součásti právního systému, soudnictví nevyjímaje. Ovšem soudnictví je pro svou institucionální izolovanost přirozeným terčem změn motivovaných snahou o efektivity a jistá uzavřenost vnitřního chodu justice je příčinou, že máme často co dočinění s jednoduchými řešeními zvýšení efektivity českých soudů. Níže uvedená studie se zabývá východisky a možnými řešeními zvýšení efektivity soudnictví na pozadí vybraných poznatků ekonomie, teorie managementu, operační analýzy a sociologie, jakož i zkušeností se zahraničními justičními reformami.

6.6.1 Důvěryhodnost justice a efektivity

Spravedlnost pomalá je spravedlností odmítnutou⁴⁴⁶ a nepochopitelná rozhodnutí podřívají důvěru v justici. Přitom bez důvěry nemůže soudnictví ve společnosti fungovat, byť by vydávalo rozhodnutí odborně sebelépe zdůvodněná a uvnitř oboru ceněná. Důvěra je životně nutným pojítkem mezi společností a světem práva.⁴⁴⁷ Věřili všichni, že pravidla chování jsou interpretována a aplikována tak, aby se slušné chování vyplatilo, roste ochota právo dodržovat⁴⁴⁸ a naopak klesá chuť podstupovat spory v situaci, kdy v právu nejsme.

Aniž bychom zpochybňovali individuální schopnosti a výkonnost toho kterého soudce, data o celkové délce řízení neumožňují konstatovat nic jiného, než že české soudy a soudci selhávají. Ponecháme-li stranou otázku předvídatelnosti práva, která je stejně populární, jako nejasně formulovaná, pak přesto nemůžeme přehlédnout, že řízení jsou dlouhá, což jednak narušuje právní jistotu a kalkulovatelnost lidských interakcí a jednak pobízí podstupovat zdánlivě beznadějně spory. Protože dokud není řízení pravomocně skončeno, lze stále držet pozici, že věc je sporná, nehledě na to, že po celou tuto dobu lze s předmětem sporu manipulovat, brát z něj užitky anebo spoléhat, že se v průběhu dní, měsíců a let může

⁴⁴⁶ Princip uplatňovaný Evropským soudem pro lidská práva a v menší míře i Ústavním soudem ČR.

⁴⁴⁷ Slovy Josefa Baxy, „Justice je živa z důvěry společnosti.“

⁴⁴⁸ Evan, W., M., *Social structure and law*, London, Sage, 1990, str. 66-71.

„něco stát“ a beznadějný spor vyhraje i ten, kdo na první pohled nebyl v právu. Máme tady tíživý společenský problém. Co s ním?

ŠPATNÉ ROZHODNUTÍ, ODPOVĚDNOST SOUDCE A JEJÍ POSÍLENÍ

Instinktivně hledáme řešení v posílení odpovědnosti soudců za rozhodování. Neodpovědnost je neefektivní.⁴⁴⁹ Nejtěžší střety mezi představiteli soudů a „zbytkem společnosti“ se vedou o formě této odpovědnosti. Zdravý rozum nabízí jednoduché řešení v podobě přísné odpovědnosti soudce za špatné rozhodnutí. Když v této linii uvažování postupujeme dále, zjistíme, že ďábel se jako vždy skrývá v detailech.

Co to je špatné rozhodnutí (má jít o rozhodnutí zrušené vyšší instancí)? Kdo má nesprávnost posuzovat? Opravdu by bylo rozumné, aby např. těleso kreované exekutivou posuzovalo správnost rozhodování správního soudu, který pojmově rozhoduje o namítaných pochybeních exekutivy? Jaký má být odpovědnostní následek (zbavení funkce soudce)? Co když naopak pochybila vyšší instance, která rozhodnutí zrušila? Co když kritéria správnosti odpovídají odbornému kánonu, který je v rozporu jak s vyššími právními normami, tak s mezinárodními závazky ČR, nemluvě o rozporu s reálným životem a jeho potřebami?

Má být „zbaven taláru“ soudce, který rozhodl v rozporu s judikaturou, která je po třicet let ustálena? A co když bylo jeho výstřední rozhodnutí právě příslovečným osamělým hlasem v poušti, výrazem schopnosti nemýlit se s davem?⁴⁵⁰ Kde se potom budou rodit podněty k té či oné změně? Jen v legislativě? Je to nutné? Bude takové řešení prospěšné? Snese se toto řešení s požadavkem na zmenšení přívalu nové legislativy?⁴⁵¹

⁴⁴⁹ Což ukazuje i naše zkušenost s uspořádáním společenských vztahů, kdy vše patřilo všem, ale paradoxně nikdo sám nemohl udělat nic.

⁴⁵⁰ Morel, Ch., Nesmyslná rozhodnutí, Brno, CDK, 2007, s. 158: „chyba se stává stabilní, protože všichni se ujišťují v tom, v čem se vlastně mýlí.“

⁴⁵¹ Legislativa a judikativa jsou v komplementárním poměru. K doladění úpravy je soudní rozhodnutí zakotvené v konkrétním kontextu vhodnější než zákon.

ŘEŠENÍ

Udělení pravomoci bez přesné odpovědnosti patří mezi základní chyby organizování.⁴⁵² Problémem justice však není nezávislost⁴⁵³, jak soudí hlas lidu. Tento názor je kolektivním omylem a kolektivní omyly jsou stejně nevyhnutelné jako houževnaté a neustále se navracející. Nezávislost je funkčním předpokladem efektivní justice. Problémem jsou nevhodně a nepřesně nastavená kritéria odpovědnosti.

Při hledání optimálního spojení nezávislostí a odpovědností je nanejvýš žádoucí učit se v zemích s dlouholetou tradicí demokracie a ústavnosti. Nesmíme přitom zapomínat, že náš „zdravý rozum“ formovaný socialistickým normativním systémem stále sídlí v zákoutí našich myslí a srdcí. „Normalita“, kterou toto normativní řešení vytvořilo, snižuje náš cit, který by jinak měl být podezřívavý vůči podobné koncentraci moci.⁴⁵⁴ Není to tak dlouho, co např. národní výbory přetvořené podle vzoru sovětů v mix samosprávného, správního a soudního orgánu *efektivně a rychle* rozhodovaly o dlouhodobém odnětí svobody, o internacích či o omezení vlastnických práv atd.⁴⁵⁵

Nechce se věřit (a s vysokou pravděpodobností tomu tak nebude), že by aktéři reforem soudnictví chtěli vytvořit prostředí, v němž by soudce měl mít obavu, že rozhodne-li sice správně, ale např. fiskálně nepříznivě, bude terčem soustředěného nesouhlasu a tlaku, které napříště ovlivní jeho úsudek.⁴⁵⁶ Náhle nebudou k nalezení již přislíbené prostředky na přístavbu soudní budovy a kolegové se dále budou tísnit v malých kancelářích, nebudou mít k dispozici minitým (soudce-právní asistent-

⁴⁵² Koontz, Srov. např. Koontz, Harold, Weihrich, Heinz, *Management*, Praha, Victoria Publishing 1993, str. 306.

⁴⁵³ Soudě dle mediálních výstupů zde *vox populi* podléhá nebezpečnému kolektivnímu omylu. Ke kolektivním omylům srov. cit. knihu fr. sociologa Ch. Morela, str. 180.

⁴⁵⁴ Socialistický normativní systém velmi pravděpodobně působí, i když na papíře dávno neexistuje. Podobně, tedy bez vynutitelnosti a neviditelně působí i jiné normativní systémy jako je náboženství či systém etických hodnot.

⁴⁵⁵ Zákony č. 13/1954 Sb., č. 65/1960 Sb., 69/1967 Sb. a pregnatně čl. X Ústavy 9. května č. 150/1948 Sb.: „*Nositelem a vykonavatelem státní moci v obcích, okresích a krajích a strážcem práv a svobod lidu jsou národní výbory.*“ a čl. 86-96 Ústavy ČSSR, č. 100/1960 Sb.; také zákon č. 247/1947 Sb., o táborech nucené práce, § 24 zákona č. 20/1966 Sb., ve znění platném do 31. 12. 1991 - ústavní péče bez souhlasu nemocného, § 9 odst. 4 zákona č. 37/1989 Sb., ve znění do 8. 12. 1997.

⁴⁵⁶ Takový postup exekutivy je krátkozraký i z hlediska politického, neboť podstatou demokracie je střídání u moci.

administrativní síla), což znemožní zkrátit jiná řízení. Soudy velmi často rozhodují v situacích 49/51 (pro/proti), kdy navíc při mírném zdůraznění jiných aspektů je poměr 51/49. Soudce, který se v takové situaci přikloní k jedné straně, nebude mít ani vážné odborné či etické dilema.

Vedení jednoduchými, a na pohled zcela nespornými úvahami, můžeme, v zájmu nejlepších úmyslů, zničit obtížně obnovovaný autonomní prostor, v němž soudce rozhoduje podle svého nejlepšího přesvědčení o tom, jak má věc podle práva rozhodnout. Tlak může být veden i z pozic striktně odborných. Každý, kdo participoval na nějakém zkoušení či prověřování znalostí, ví jak mnoho je jeho výsledek v rukou toho, kdo zkouší, v tom, jaké otázky (a kdy) položí, a jaké nepoloží.

6.6.2 Nutné posuny v sebepojetí soudce

ROZHODNUTÍ, KONEČNÉ ROZHODNUTÍ A ČÁRKA, ČILI O BYROKRATICKÉ OSOBNOSTI⁴⁵⁷

Je známo, že definice cílů organizace se velmi liší v závislosti na tom, zda je formulují členové organizace, nebo její zákazníci. Zatímco lidé stojící vně vnitřnímu chodu nerozumí a dožadují se rychlé obsluhy, bez ohledu na reálnost svého požadavku, lidé „uvnitř“ v důsledku dělby činností a hierarchického uspořádání vidí své úkoly jen velmi úzce a odpojeně od vlivu na konečný produkt.

V komerčních organizacích jsou tyto potenciální neefektivnosti překonávány pomocí hmotné zainteresovanosti na výsledku a celým arzenálem nástrojů marketingové orientace. U nekomerčních organizací, jejichž dispozice se zdroji nezávisí na tlacích trhu, hrozí odpojení od skutečných výsledků, čemuž se čelí různými nástroji výkaznictví.

PAPÍROVÁ VÝKONNOST A PŘEMÍSTĚNÍ CÍLE

Aktéři jsou nuceni své chování přizpůsobovat pravidlům výkaznictví, jehož logika označuje za vysoce efektivní jednání, které je zcela neefektivní z pohledu zákazníka.⁴⁵⁸ A tak se úsilí od výroby původního

⁴⁵⁷ Bylo by nanejvýš mrzuté, pokud by upozornění na tento rys sebepojetí, který má podobu ideálního typu, kdokoli vnímal jako konstatování, že soudce je byrokrat. Tak tomu není a nic takového netvrdím.

⁴⁵⁸ Tak např. soud vytvoří samostatná řízení, ale advokátskou odměnu vypočte, jakoby věci projednal společně – srov. nálezy ÚS sp. zn. I. ÚS 462/07 ze dne 7. 6. 2007,

produktu přesune k úsilí o produkci vykazovatelných jednotek, čárek. Jde o deformaci popsané modelem *přesunutí cíle*, což je jedna z byrokratických patologií, dysfunkcí.⁴⁵⁹ Podobně lze hovořit o přesunutí cíle v případě Parlamentu ČR, pokud by některý jeho člen chápal svou činnost jako tvorbu zákonů, které jsou prostředkem, nikoli cílem činnosti zákonodárce.

Tak i soudci rozdělují identické kauzy⁴⁶⁰, produkují právní názory, které masově úkolují jiné aktéry,⁴⁶¹ což lze jazykem sociologie byrokracie popsat jako projev *trénované neschopnosti*, kterou Jan Keller, s odvolávkou na amerického sociologa Roberta K. Mertona, představuje v podobě ideálního typu takto: „*Zájem o stoprocentní konformitu s pravidly může dosáhnout bodu, kdy se dostává do rozporu s realizací vlastních cílů organizace. Výsledkem pak je byrokratický virtuóz, který do všech podrobností ovládá pravidla příslušných procedur, nedokáže však pomoci jedinému klientovi. I pro ten sebemenší úkon hledá vždy příslušné předpisy. To může vést až k tomu, že odmítne vyřizovat vše, co nemá precedens.*“⁴⁶²

publikovaný v databázi NALUS dostupné z: <http://nalus.usoud.cz>. Příznačné je, že soudci tvrdí, že je k takovému postupu nutí zákon – srov. in NALUS nález sp. zn. Pl. ÚS 69/06 ze dne 29. 1. 2008.

⁴⁵⁹ Srov. Keller, Jan., *Sociologie byrokracie a organizace*, II. vydání, Praha, Slon 2007, str. 48-50 a 119-120. Dysfunkce je slovo řeckého původu s původem biologickým.

⁴⁶⁰ „*Jedním ze způsobů takového umělého navyšování je právě i nevhodné rozdělování řízení... tam, kde pro to není dán žádný racionální procesní důvod. Tento postu...zatěžuje jak strany soudního sporu (například nezdůvodněnou multiplikací soudního poplatku), tak i soudy samotné. To je zvláště nevhodné v situaci...přetíženosti soudů, kdy toto další umělé zvyšování přetíženosti vede...k poškození účastníků ostatních řízení, jejichž spory narůstající soudní zahlcenost nutně dále prodlužuje, aniž by přitom bylo toto zvýšené úsilí i finanční výdaje jak na straně účastníků, tak na straně státu, vyváženo tím, že by byla účinněji poskytnuta ochrana právům účastníků. Lze proto uzavřít, že tehdy, kdy soudy zbytečně komplikují řízení např. jejich bezúčelným rozdělováním, vzdalují se od raison d'etre své ústavně zakotvené existence, jímž je právě umožnit co nejspravedlivěji a nejefektivněji průchod právům a spravedlnosti.*“ Srov. rozsudek Nejvyššího správního soudu ve věci vedené pod sp. zn. 2 As 53/2004, ze dne 21. 4. 2005 (viz www.nssoud.cz).

⁴⁶¹ „*Nemůžeme říct: Zákon má mezery, chybí řešení. Účastníci po nás chtějí odpověď a musí ji dostat. Takže hledám lidi, kteří se nebudou schovávat do procesních fint a říkat: Tohle jste nenapsal dobře, tohle zkuste u kolegy. Jako se dělalo správní právo v 90. letech.*“ Takto se negativně vymezil vůči vadným přístupům k výkonu povolání soudce předseda Nejvyššího správního soudu dr. Josef Baxa v rozhovoru pro *Hospodářské noviny* publikovaném dne 29. 2. 2008 na serveru www.ihned.cz.

⁴⁶² Srov. in Keller, Jan., *Sociologie byrokracie a organizace*, Praha, Slon 2007, str. 49.

V logice přemístění cíle je jak volání soudů po zbavení se typicky soudních agend⁴⁶³ (sdělující v podstatě toto: není problém, že justiční stroj soudí pomalu, ale v tom, že musí soudit mnoho věcí), tak zužování jurisdikce.⁴⁶⁴ Setrvalý tlak na ponechání agend, které jsou sice nesoudcovské, ale ve srovnání s jinými se snadno „úřadují“ (např. rejstříkové soudnictví),⁴⁶⁵ nebo výroba agend nových. Soudci nemusí být těmi nejlepšími architekty změn, i když „svým zákonům velmi dobře rozumí“. Například žaloba na určení lhůty,⁴⁶⁶ která měla být lékem na průtahy, vyprodukovala skutkově jednoduchou agendu, soudnictví, měřeno „čárkami“, *zvýšilo svou výkonnost, aniž by to výrazně pomohlo zkrátit dobu řízení*. Aktéři změny zákona asi ne zcela docenili fakt, že pokud průtahy něco indikují, pak je to snížená schopnost vyřizovat věci, jež se na soudy valí. Přesto řešení vyrobilo agendu novou. Délku řízení tento prostředek významněji nezkrátil.

ODPOVĚDNOST SOUDCE ZA SVÉ ROZHODNUTÍ A ZA JUSTICI JAKO CELEK

Odpovědnost je třeba posilovat. Rezervy jsou nesporně v nedostatečné internalizaci vědomí odpovědnosti každého jednotlivého soudce za soudnictví v jeho celku, v parcelaci vědomí odpovědnosti vyjádřené např. takto: *„já rozhoduji rychle a správně, chyby dělají kolegové, či jiné instance, na které já nemám vliv“*. Jde o palčivé nedorozumění, jehož důsledky každý soudce pociťuje na vlastní kůži, kdy musí bojovat s tím, že k němu lidé přistupují jako k soudci pomalému a nevyzpytatelnému, ačkoli on má v tomto ohledu čistý štít.

⁴⁶³ Např. nerealistické nadhodnocení možností mediace, srov. in 13. Výroční zpráva přednesená předsedou Soudcovské unie na Shromáždění delegátů sekcí Soudcovské unie ČR, Časopis Soudce, č. 12/2003–1/2004.

⁴⁶⁴ Tak je ve stále rozšiřujícím se okruhu věcí vyloučeno právo odvolat se (srov. ust. § 202 odst. 2 občanského soudního řádu, je zužován rozsah jurisdikce (kupř. zákon č. 30/2000 Sb. vyňal z dosahu Nejvyššího soudu vady řízení ústavní intenzity – srov. ust. § 237 odst. 1 písm. g) OSŘ před novelou č. 30/2000 Sb., a znění ust. § 229 odst. 1 OSŘ po této novele, která rozhodování svěřila okresním soudům – srov. ust. § 235a odst. 1 OSŘ). Nezamýšleným důsledkem tohoto zužování jurisdikce obecných soudů je výroba nápadu u Ústavního soudu, neboť ten se z důvodů vnitřních (zákaz odmítnutí spravedlnosti) i vnějších (ESLP) věcí takto „zbavovat“ nemůže. V trestních věcech se proto takové snaze postavil (judikatorní zúžení aplikačního záběru dovolacích důvodů – ust. § 265b odst. 1 trestního řádu) – srov. nálezn sp. zn. I. ÚS 55/04 ze dne 18. 8. 2004 in NALUS.

⁴⁶⁵ Málo, resp. žádná ústní jednání, jen listinné podklady, rozhodování o jednotlivých skutkových podstatách.

⁴⁶⁶ Srov. ust. § 174a zákona č. 6/2002 Sb., o soudech a soudcích.

Uživatelé justičních služeb nemají možnost ovlivnit, kdo bude jejich věc rozhodovat, a nemají důvod dělit délku sporu na jednotlivé instance. Počítají ji od doby podání návrhu po vydání rozhodnutí, které vyřeší problém, s nímž se na soudy obrátili, ať už tím, že jim vyhoví, anebo jim s konečnou platností sdělí, že nebyli v právu. Celková dlouhá doba řízení je pro kredit justice velmi zhoubná, ať již spor dopadne jakkoli. Z hlediska praktického života je totiž ničující samotná, několik let trvající nejistota v tom, zda jsme či nejsme v právu, protože musíme kalkulovat a vynakládat zdroje při vědomí, že mohou nastat obě alternativy výsledku řízení (ne/úspěch).⁴⁶⁷

Pocit neodpovědnosti toho kterého ve věci rozhodujícího soudce za celkovou délku sporu⁴⁶⁸ není jediným příkladem z této oblasti.

OPOMÍJENÁ TEZE: SOCIÁLNÍ FUNKCÍ SOUDCE JE ROZHODNOUT SPOR, KTERÝ JE V PLURALITNÍ A SVOBODNÉ SPOLEČNOSTI PŘIROZENÝ

Soudcovská obec nese odpovědnost i za selhávání v sociální roli soudnictví. Tou je rozhodování sporů.⁴⁶⁹ Pro stav našeho uvažování v této oblasti je příznačné, že i Soudcovská unie nezdídko popisuje problém pomalé justice jako důsledek „špatného“ chování lidí.⁴⁷⁰

I zde můžeme sledovat kořeny vyrůstající z minulosti, resp. z převládajícího konsensuálního modelu výkladu společnosti, který má

⁴⁶⁷ V modelovém případě, u něž naši právníci odhadli naši naději na úspěch ve sporu jako 60 % -ní, je lepší, když se za půl roku od podání žaloby dozvíme, že jsme neuspěli (život jde dál), než když se po třech letech sice dozvíme, že jsme uspěli, ale předmět sporu již zchátral, anebo s ním byla učiněna další dispozice a my se musíme soudit dál, nehledě na čas a náklady ztracené přípravou a účastí u mnoha a mnoha jednání u několika soudů v různých místech, nehledě na to, že dostaneme zpět jen část nákladů na vynaložené právní služby (nebo dokonce musíme něco zaplatit protistraně). O emocionální zátěži ani nemluvě.

⁴⁶⁸ Sem je nutno započítat i lhůty k napsání a rozeslání rozhodnutí; jde o více než třicet dní, neboť např. v civilním řízení soudy beze zbytku vyčerpávají zákonnou lhůtu (§ 158 odst. 4 o. s. ř.), přičemž účastníci nejsou ani informováni o tom, že byla prodloužena o dalších 60 dní. Pro klienta justice je rozhodnuto, až doručením.

⁴⁶⁹ Pro naše účely nemá velký smysl pouštět se do pútek ohledně existence nesporných řízení, protože lze mnohá z nich lehce interpretovat jako řízení řešící ten či onen střet, a i když nás neuspokojí ani tento argument, pak lze titulní heslo přeformulovat do podoby „sociální funkcí soudce je rozhodnout o předložené otázce“ nebo do podoby „sociální funkcí soudce je rozhodovat“.

⁴⁷⁰ Kteří nepředcházejí sporům tím, že nevhodně volí protějšky svých sociálních interakcí, v důsledku čehož se dostávají do sporů. Sociální funkcí soudce je rozhodnout spor.

silnou tendenci vidět spor jako něco nepatřičného, patologického.⁴⁷¹ Toto chápání stále žije. Konsensuální modely však svou prediktivní a explikační schopnost patrně vyčerpaly, ani léta a léta vylepšování „nedokonalého práva“ konflikty zcela neodstranilo, a pokud k tomu někde došlo, objevily se jinde konflikty jiné.⁴⁷² Tento poznatek dodal sílu konfliktuálním modelům společnosti, které spor chápou jako nutný přirozený důsledek rozmanitosti společnosti a plurality zájmů jednotlivců, kteří ji tvoří.

At' už jsou kořeny sporů jakékoli, soudce musí k věci přistupovat s tím, že je nezbytně nutné, aby o něm justice v rozumném čase pravomocně rozhodla. Jinak selhává.

ODPOVĚDNOST SOUDCOVSKÉ OBCE A JEJÍCH ELIT

Výše načrtnuté úvahy měly upozornit na fakt, že soudci obecně sdílený přístup k aplikaci práva může přispět ke zvýšení efektivity justice.

Soudce vyhýbající se rozhodnutí či soudce vršící nedodělky by měl cítit trvalý tlak mínění kolegů, že není soudcem dobrým. Možná se mýlím a něco důležitého mi uniká, když se domnívám, že odpovědností soudcovské obce je vytvářet takový tlak. Naléhavě prosím, aby předchozí věta nebyla chápána jako pozůstatek tradice řízené kolektivní kritiky. Kdo lépe vidí nedostatky ve výkonnosti soudce než jeho kolegové?⁴⁷³ Jde o výraz sebevědomé a odpovědné justice demokratického státu. Má-li být justice nezávislá, musí takový tlak vytvářet, neboť jinak společnost zajistí korekci sama. Že se bude řídit svými představami a bude používat své nástroje, je nabílední. Jde o instituci samoregulace, o nástroj, jímž samosprávné justiční těleso koriguje své náležité fungování.

Soudnictví jako celek musí být svými představiteli hodnoceno a orientováno na produkci reálně účinných rozhodnutí a tomu je nutno

⁴⁷¹ Stačí např. nahlédnout do standardní sovětské učebnice obchodního práva procesního z konce padesátých let, kde se na mnoho stranách vysvětluje, čím to, že spory vůbec vznikají.

⁴⁷² Utopické modely hledaly cestu ve změně samotné přirozenosti člověka jako takového (srov. např. koncepci Augusta Comta in Keller, J. Dějiny klasické sociologie, Praha, Slon, 2004, s. 81-82 a 62-63). Nový člověk nebude konfliktní a spory zmizí. Nicméně veřejná moc liberálního státu, tedy státu ctícího základní práva a svobody jednotlivců, nesmí mít eugenické cíle.

⁴⁷³ Ze stejného důvodu je velmi přínosné pravidelné recenzování vybraných rozhodnutí v kruhu kolegů, a to přímo, interaktivně s oboustrannou možností reagovat.

přizpůsobit sledování jeho výkonnosti. Musí být schopno odlišit masového producenta čárek od soudkyně a soudce, kteří rozhodováním sporů nastolují mezi účastníky mír (nebo alespoň pevný status quo).

6.6.3 Učení se na chybách a úspěších jiných

Ataky na nezávislost justice, legitimizované voláním po přizpůsobení se „potřebám společnosti“ a zvýšením efektivnosti, řeší všechny tranzitivní země⁴⁷⁴. Justiční instituce plní transformální úkoly a zavádějí běžné instituty vlády práva (plné správní soudnictví, rovnost mezi obžalobou a obhajobou, verifikovatelnost důkazů) se přitom musí bránit obviněním ze škodlivého aktivismu a uzurpace moci.⁴⁷⁵ Tyto instituty jsou přitom nezbytné pro zabezpečení efektivnosti justice při ochraně základních práv. Veřejnost⁴⁷⁶ však takto justici nevnímá a s despektem hledí na posilování její nezávislosti.⁴⁷⁷ Přitom, jak trefně vyjádřil Otakar Motejl, problematická autorita dobře placeného zřízence paradoxně vyhovuje, neb zbavuje odpovědnosti.

Snahy o změnu soudnictví a soudního systému přirozeně nejsou unikátním českým projektem, probíhaly v nejrůznějších zemích světa a reformy byly předmětem analytické reflexe. Máme například k dispozici reflexi nizozemské justiční reformy pořízenou s časovým odstupem, kdy je možno výsledky odpovědně posoudit. Bylo odvedeno spoustu analytické práce a ČR může z těchto intelektuálních aktiv čerpat

⁴⁷⁴ Příbáň, J., Roberts, P., Young, J., eds., *Systems of Justice in Transition, Central European Experiences since 1989*, London, Ashgate 2003, a zde například příspěvek Albina Igličara „*The Judiciary in Slovenia: a Profession in the Ascendancy*“, str. 180-192.

⁴⁷⁵ Jež patrně z části pramení ze socialistického normativního systému.

⁴⁷⁶ Podobný názor zastávají i soudní funkcionáři a členové odborného soudního aparátu - srov. např. Vočka, V. *Některé mýty interpretace a aplikace práva*, Soudce 4/2007, str. 10-15. Michal Bobek klade rozhodující důraz na mentální naladění soudce, což jej vede k bagatelizaci nutnosti institucionálních pojistek proti snadným cestám k ovlivnění úsudku soudce – srov. např. Bobek, M., *The fortress of Judicial Independence and the Mental Transitions of the Central European Judiciaries*“ in *European Public Law*, Vol. 14, No. 1, pp. 99-123, 2008. Bude zajímavé vyslechnout, proč stejný princip, tedy důraz na sebenaladění subjektů, nelze využít u případů soft-diskriminace, kde stejný autor obhájuje řešení legislativní. Lze bezvýhradně souhlasit s tezí, že nezávislost nesmí učinit z justice uzavřený inertní systém.

⁴⁷⁷ Na nezastupitelnou roli justice na poli lidských práv tradičně upozorňuje Eliška Wagnerová – srov. např. Wagnerová, E., „*Position of Judges in the Czech Republic*“ in Příbáň, J., Roberts, P., Young, J., eds., *Systems of Justice in Transition, Central European Experiences since 1989*, London, Ashgate 2003, st. 163-179.

a konfrontovat svá východiska a prostředky s reálnými výsledky, k nimž jejich užití vedlo jinde. Jistě, použít nelze vše, to však není argument pro uzavírání se, neřkuli pro okázalé přehlížení „cizího“.

Kniha *Reshaping Justice* [Přetváření soudnictví]⁴⁷⁸ se perem akademiků a soudců zamýšlí nad nejrůznějšími aspekty přetváření justice. Jde i z pohledu našich obtíží a východisek o inspirativní a myšlenkově plné texty, ať již pojednávají o jemnostech a klasifikačních otázkách i u nás skloňované specializace soudců z hlediska vědění soudce a míry expertní ingerence do soudního rozhodování, nebo se věnují vztahu organizačních aspektů justice k nezávislosti a nestrannosti, či se zabývají otázkami širšího pojetí soudcovské etiky (která zahrnuje i efektivnost a má funkci motivační, odpovědnostní, hodnototvornou a inovační), nebo měnící se relací zákonodárce-interpret. Specializace soudců je jistě efektivní z hlediska rychlosti řízení a snižuje i náklady stran, ale zvyšuje náklady na výchovu soudců, zvyšuje jejich tržní cenu, tvoří nepružné články, přičemž práce je nudná a postrádá výzvy.⁴⁷⁹

PŘEKONÁVÁNÍ ÉTOSU UZAVŘENOSTI

Nejde však jen o uzavřenost vůči zahraničí. Soudnictví a naše právo vůbec žijí v oblasti jisté oborové výlučnosti, do níž je velmi obtížné zasáhnout zvenčí.⁴⁸⁰ Tato uzavřenost je stejně tak vlastností práva, jako zdrojem možných záporných tendencí, které z práva dělají společnosti odcizený systém.

Jedním z důsledků popsané výlučnosti je nadměrná opatrnost při užití nástrojů jiných vědních oborů v právní sféře. Vědecké nástroje mají v zásadě univerzální povahu, jen jde o to je přizpůsobit. Pak získáme relevantní výsledky. Prosazování *law and economics* v doméně

⁴⁷⁸ Hol, A., Loth, M., *Reshaping Justice, Judicial Reform and Adjudication in the Netherlands*, Maastricht, Shaker Publishing, 2005. Recenzováno R. Polčákem in *Jurisprudence, EMP (CZE)*, Ročník 14, číslo 5, s. 81-82.

⁴⁷⁹ Srov. op. cit., str. 37-38 a 54-58. K etice srov. tamtéž str. 83, 87-88. Na str. 156-157 je myšlenka, z hlediska naší domácí debaty sice provokující, ale zcela logická: má-li soudce plnit svou společenskou roli, musí být aktivistický, což je nutno vyvážit tlakem na transparentnost, veřejnou kontrolu, odpovědnost a výběr soudců.

⁴⁸⁰ Jde částečně o důsledek *autopoietické* povahy práva.

jurisprudence nebo poznatky sociologie byrokracie⁴⁸¹ aplikované na soudnictví necht' jsou zde ilustrujícími doklady.

6.6.4 Justiční management

Uplatnění metod managementu v justici není snadné, nejde však o úkol nemožný, jak by mohlo vyplývat z faktu, že relevantní univerzity v ČR se justičnímu managementu systematictěji nevěnují, neprovádějí vlastní výzkumy (jež by měly výstupy prosazující se v praxi) a tento předmět, na rozdíl od zahraničí,⁴⁸² ani nevyučují, což je dokladem odpojení od praxe.⁴⁸³

Soudy, mají-li plnit svou funkci nestranně rozhodovat spory, musí být nezávislé.⁴⁸⁴ Tento postulát brání užití mnoha standardně používaných metod managementu, které zjednodušeně řečeno využívají schéma subordinace, podřízenosti, kdy každý člen organizace pracuje s vědomím, že může sám být odvolán, nebo může odvolávat jiné členy organizace, pokud nevyhovují, přičemž kritéria onoho vyhovění nemusí být nijak přesná. Neznamená to však, že v justici není management možný.⁴⁸⁵

K JEDNOTLIVÝM FUNKCÍM MANAGEMENTU

Management jako proces vytváření a udržování prostředí, v němž jednotlivci společně pracují a účinně dosahují vytčených cílů, je možný i v soudnictví, neboť je možný jak v obchodních, tak rozpočtových organizacích a efektivně řídit může jak generální ředitel, tak veřejno-

⁴⁸¹ Organizovaná modernita a byrokratická osobnost je pojednávána i citovanými holandskými autory.

⁴⁸² Srov. zhora namátkově vybrané stránky The University of Nevada, Reno na stránkách <http://www.unr.edu/justicemanagement/>, „Justice Management Degree program“ nebo stránky nevládního „Justice Management Institute“ na www.jmijjustice.org

⁴⁸³ Nevučují se ani předměty vedení a účetnictví advokátní či notářské kanceláře. Neshromažďují se, netřídí a nezobecňují poznatky o možnostech a úskalích uplatnění metod managementu v justici, resp. nejsou publikovány výsledky takové vědecké aktivity.

⁴⁸⁴ K definici soudu v materiálním smyslu srov. in NALUS náleží Pl. ÚS 11/02, část V.

⁴⁸⁵ Předseda Okresního soudu v Ostravě shrnuje omezení, z nichž s nadsázkou v odpovědi na výzvu k okamžité a přímé aplikaci metod managementu vyvozuje, že „Management soudů v Česku zakázán“ – srov. „Jiří Gottwald: Kdyby Dušan Tríska opravdu věděl, jak management soudů funguje, bylo by mu nevolno“ na internetovém portálu zákazníků české justice www.ejustice.cz.

správní šéf.⁴⁸⁶ Když si budeme všimnout jednotlivých funkčních bloků systémového managementu, jimiž jsou *plánování, organizování, personalistika, vedení a kontrolování*⁴⁸⁷, vždy zjistíme, že doporučení teorie řízení lze s většími či menšími modifikacemi uplatnit i v managementu justice, a to nejenom u nesoudcovského personálu (kde by neměla být žádná překážka pro práci s nástroji managementu rozpočtových organizací). I při vedení soudců lze tyto funkce modifikovaně uplatnit, aniž by utrpěla ústavní hodnota nezávislosti.

Zajisté není přípustné plánovat počet úspěšných podání nebo počet nově napadlých věcí, ale vytčený cíl zkrácení průměrné délky řízení lze přetavit do *plánu*⁴⁸⁸ konkrétních postupných čísel, rozvrh práce lze upravit tak, aby počítal s uplatněním *organizační* funkce tak, aby po určitém období bylo ulehčeno senátu, v němž se navršily nedodělky.⁴⁸⁹ Podobně u personalistiky, kde je stávající systém výběru soudců sice stále v rukou exekutivy, ale předsedové soudů (zejm. krajských) se na něm (společně se soudci Nejvyššího soudu ČR a patrně i Nejvyššího správního soudu) významně podílejí a mají tak prostor k uplatnění funkce *personální*. Že i funkci *vedení*, resp. vůdcovství lze úspěšně aplikovat v justičním managementu, vrchovatě dokazuje příklad prvního předsedy Nejvyššího správního soudu, který se významně podílí na míře prestiže této instituce, jejíž startovací pozice v našem ústavním systému byla srovnatelná se Senátem. Nakonec, ale nikoli v poslední řadě, nutno zmínit *kontrolování*, kde má předseda (či místopředseda) soudu velmi široké pole působnosti, jen musí nahradit stávající model měsíčního statistického vykazování a sledování sekundárních parametrů (vršení nedodělků) moderními analytickými nástroji.

⁴⁸⁶ Srov. např. Koontz, Harold, Weihrich, Heinz, *Management*, Praha, Victoria Publishing 1993, str. 16 a 17.

⁴⁸⁷ srov. cit. dílo, str. 31-32 a str. 115 a n., 231 a n., 339 a n., 435 a n. a 541 a n.

⁴⁸⁸ Plánování není ani tak plánováním budoucnosti, jako předpovídáním budoucího vlivu současných rozhodnutí.

⁴⁸⁹ Podle sdělení twinningových soudců ze SRN, kteří působili u NS ČR se takto, bez újmy na zásadě zákonného soudce, po roce přerozděluje nahromaděný nápad v Severním Porýní-Vestfálsku. Jen tak lze garantovat maximálně dvouletou délku řízení. Ať už je toto konstatování pravdivé či ne, podtrhuje nutnost pít se po tom, jak s nevyřízeným nápadem pracují jinde.

NEPRUŽNÝ SYSTÉM INFORMOVÁNÍ A ABSENCE STANOVENÍ CÍLE

Ministr Karel Čermák si ve své koncepci „ne-reformy“⁴⁹⁰ justice v roce 2004 povšiml, že soudnictví nemá funkční model pružného výkaznictví umožňující hlubší analýzu příčin nedostatků. Mezi tehdejší cíle doyen české advokacie zařadil mj. dosažení „vyšší dostupnosti a využitelnosti potřebných informací pro řídicí a rozhodovací procesy; zajištění přístupu informací z resortu pro občany... vytvořit předpoklady pro uplatnění informačních technologií při řídicích procesech“.

Kontrolování má smysl jen tehdy, když vede ke korektivním opatřením a vytvářená zpětná vazba musí mít následné dopředné dopady a musí být rychlá, aby umožňovala identifikovat problémy již v samém zárodku. Kontrola nesmí být nákladná a neměla by být zdrojem zbytečných napětí a negativních emocí. Kromě vybudování funkčního systému sledování výkonnosti mohou předsedové soudů zadat provozní audit práce typického soudce, pracujícího v té které agendě, nebo zvolit jiný nerozpočtový kontrolní prostředek, aby bylo možno popsat překážky a rezervy v efektivnosti dosahování cíle, jímž je rychlé a spravedlivé rozhodnutí.

Základem řízení je verifikovatelný cíl a cíl vybudovat soud respektovaný laiky i odbornou veřejností může sledovat každý předseda, přičemž i v přístupu k managementu má na výběr z celé škály přístupů, které může uplatnit beztoho, že pracuje ve vnějším politickém a legislativním prostředí, které může jen velmi málo ovlivnit a jež je někde nevhodně rigidní a jinde nevhodně pružné, což musí zahrnout do svých prognóz. U jakýchkoli aktivit v tomto směru nelze pomíjet, že měření produktivity pracovníků s vysokým stupněm znalostí je složité a nemůže být prováděno stejným způsobem, jako u rutinních prací.⁴⁹¹

PODCENĚNÍ ROLE KOMUNIKACE

Justice jako celek musí daleko více komunikovat, a to jak uvnitř tak navenek, bez ohledu na to, že pracuje v systému mnoha organizačních

⁴⁹⁰ Srov. na stránkách www.justice.cz dokument „Koncepce stabilizace justice“ Navštíveno 4. 3. 2008. Dne 15. 8. 2010 se již dokument na stránkách nevyskytoval, ale byl dostupný na www.epravo.cz.

⁴⁹¹ Koontz, cit. pr., str. 20, 23, 54-55, 70-71, 122, 128, 146, 153, 170, 181, 206. 559, 573, 595, 645-647.

úrovni, jež ztěžují komunikaci, a že některé informace jsou důvěrné. Jinak bude směrem k justici i uvnitř jí samotné panovat nedůvěra, což dále podlomí funkčnost soudnictví, nehledě na to, že veřejná kontrola, jež není možná bez informací, je nezbytnou protiváhou nezávislosti justice.⁴⁹²

Jednou z tendencí právníckého myšlení je tíhnutí k užití donucovací moci, spoléhání na moc odbornou (nekomunikovanou ovšem prostředky obecně srozumitelnými) a potlačování moci plynoucí z důvěry, charismatu. Jen takový vedoucí vytváří příznivou organizační kulturu a nezavírá si cestu k neoficiálním informacím a jsou mu viditelné i neformální struktury, jež výrazně ovlivňují efektivnost.⁴⁹³

Postulát, že soudce má komunikovat výhradně odůvodněním svého rozhodnutí, je v informační společnosti neudržitelný a je doslova sebevražedný z hlediska důvěry v justici. Z logiky masové komunikace a povahy mediálního působení plyne, že odůvodněním rozhodnutí je to, co je řečeno v médiích v době, kdy je rozhodnutí učiněno. Pokud soudce informace neposkytne, média jsou nucena informační deficit překlenout a obrátí se tam, kde jsou informace k dispozici. Je snad zbytečné připomínat, že za měsíc již odůvodnění není s to přitáhnout pozornost. Proč soudci, kteří jsou argumentačními specialisty, vyklízí pole laikům? Tlaky na informační a komunikační uzavřenost jsou nástroji posilování vnímání justice jako společnosti odcizené entity.

6.6.5 Ekonomická analýza

Typickým a u nás nejčastěji používaným způsobem „měření justičního modelu“ jsou nástroje ekonomické a statistické kvantifikace. Např. počet soudců připadajících na 100 000 obyvatel je srovnáván s jinými zeměmi, nebo je srovnáván růst platů „nevýkonné justice“ s průměrem společnosti a je vyčíslován přírůstek finančních zdrojů do justice.⁴⁹⁴

Pro orientaci v navrhovaných řešeních je důležité si uvědomit, že efektivnost justice lze zvyšovat **(1)** zvýšením disponibilních zdrojů,

⁴⁹² Srov. in NALUS body 42 a 53 nálezu sp. zn. IV. ÚS 23/05.

⁴⁹³ Srov. Koontz, cit. pr., str. 319, 322 k jednotlivým typům moci srov. str. 280.

⁴⁹⁴ k tomu srov. např. příspěvek O. Knota „*Ekonomicko-právní analýza soudnictví*“ ve Sborníku: *Potřebuje soudnictví reformu?* Praha, CEP, 2004. str. 47 - 68.

(2) omezením přístupu k soudům, (3) zjednodušením pravidel řízení a (4) změnou incentivů.⁴⁹⁵ Je zjevné, že reprezentanti justice tlačí na první dvě řešení. Pravidla řízení nejsou s to zjednodušit a změnu incentivů chápou jako paušální navyšování odměn, což je nepřijatelné politicky. A je to i nelogické z hlediska ekonomie, neboť nivelizace má přesně opačný účinek. Omezování přístupu k soudům naráží na ústavní hranice a zvyšování zdrojů na hranice fyzické. Prostor změn není nikterak velký.

Směr *law and economics* klade velký důraz na analýzu pobídek, incentivů a zde je evidentní, že český soudce rozhodující rychle a spravedlivě není nijak odměněn (nemám na mysli odměnu hmotnou). Při komunikační uzavřenosti české justice se nedočká pochvaly zvenčí a zevnitř může čekat maximálně zvýšený přísun práce od méně výkonných kolegů. Transparentní není ani vazba výkonnosti na profesní vzestup. V kontextu naší veřejné debaty je však zajímavý závěr, podle něhož je z hlediska ekonomické analýzy práva neefektivní přesun pravomocí z justice směrem k exekutivě, která nemá dostatek relevantních informací, resp. zdrojů pro náležité nakládání s nimi.⁴⁹⁶ Uzavřenosti justice je třeba bránit, ale neefektivní je i totální rozpočtová závislost judikativy na exekutivě.⁴⁹⁷ Efektivní jsou modely uspořádání, v nichž se justice aktivně podílí na tvorbě a skladbě rozpočtu, který musí obhájit. Explicitní incentives je obtížné nasazovat (ve veřejném sektoru obecně a v justici zvláště). Potenciál implicitních incentivů (převážně nemateriálních) nutno uvolnit, a to vhodnou organizací soudnictví. Empirická i teoretická evidence nepotvrzují vhodnost stávajícího vlivu exekutivy na soudnictví.⁴⁹⁸

⁴⁹⁵ Boreto et al., cit. dle, Knot, dílo cit. níže, str. 48.

⁴⁹⁶ srov. Knot, O., *Ekonomicko-právní analýza soudnictví*“ ve Sborníku nazvaném *Potřebuje soudnictví reformu?* Praha, CEP, 2004. str. 58. Čerpá z textů Světové banky, EBRD, USAID a prestižních ekonomických časopisů.

⁴⁹⁷ Knot, op. cit., str. 64, kde je i uveden rozsáhlý výčet pravomocí ministra spravedlnosti směrem k soudcům. Jak na semináři suše poznamenal Jiří Příbáň: „Nemůžete mít ústavní dělbu moci, pokud jedna složka moci kontroluje druhou moc finančně a personálně“.

⁴⁹⁸ Op, cit., str. 66–67.

MATEMATICKÉ METODY (OPERAČNÍ ANALÝZA, SÍŤOVÁ ANALÝZA⁴⁹⁹,
TEORIE HROMADNÉ OBSLUHY)

Automatizace justice je cíl stejně utopický⁵⁰⁰ jako katastrofický.⁵⁰¹ Soudce počítač nenahradí. Přestože soudce „jen aplikuje zákony“, jde o rozhodovací proces s mnoha proměnnými a okolnostmi, které musí rozhodovatel vzít v úvahu, má-li být rozhodnutí spravedlivé a právu odpovídající. Zde nelze nasadit matematický model.⁵⁰² V jádru soudních sporů je nejednoznačnost, divergence zájmů všech aktérů, což podmiňuje procesy subsumpce a interpretace. Pokusy matematizovat podobné reálné stochastické procesy zatím vždy skončily kritikou reality,⁵⁰³ stejně jako úsilí po odstranění sporů (a odumření práva) vedlo k požadavku na nového člověka.⁵⁰⁴

Pole pro užití matematických metod se tím neuzavírá. Operační a síťová analýza⁵⁰⁵ či teorie front (teorie hromadné obsluhy⁵⁰⁶) by mohly přinést některá doporučení pro zlepšení efektivity. Justice je podobná

⁴⁹⁹ Koontz, str. 579 a 608.

⁵⁰⁰ Nenaplní se futurologické předpovědi jako tato: „Současné trendy v elektronickém soudnictví, elektronické advokacii a e-governmentu ukazují, že v **budoucnosti bude možné předvídat výsledky soudních sporů a rozhodnutí**, (Štědroň Bohumír, Sedláček Martin, Čáp David: Svět 2020: Technologické trendy a nové manažerské pozice, Srov. Automatizace, Odborný časopis pro automatizaci, měření a inženýrskou informatiku, ročník 50, číslo 11, strana 693. Na tom nic nemění fakt, že jedna česká firma (<http://www.indra.cz/content/view/953/67/>) hlásí, že vyřešila automatizaci nikaragujské justice. Jde o běžnou marketingovou nadsázku.

⁵⁰¹ Jako podklad k přemítání na toto téma může sloužit Spielbergův film *Minority report*, s jednotkou Pre-krim, která na základě technologicky expertního systému trestá zločiny dříve, než k nim dojde.

⁵⁰² Pro ilustraci si můžeme pomoci úkrokem stranou: řízení obchodní společnosti je také rozhodovacím procesem, svázaným poměrně jasnými pravidly. Bylo-li by možno nasadit matematické modely, pak by již několik let Microsoft Corporation řídil počítač. Takové řešení však zjevně není efektivní.

⁵⁰³ Pokusy o matematizaci justice (např. skandinávské výzkumy) selhaly. Realita svobodné společnosti není modelovatelná. Přitom model reality, dopadající na všechny možné alternativy, by byl předpokladem matematizace. Poučeně a s erudiicí pojednal na toto téma soudce Pavel Simon v příspěvku Mechanizace justice in <http://jinepravo.blogspot.com/2009/12/mechanizace-justice-m-justice.html>.

⁵⁰⁴ Viz výše poznámka č. 472.

⁵⁰⁵ Srov. kupř. Walter, J., Vejmla, S., *Síťová analýza*, Praha, VŠE, 1978.

⁵⁰⁶ Srov. Zitek, F., *Ztracený čas, Elementy teorie hromadné obsluhy*, Praha, Academia, 1969 či Rozengerg, V. J., Prochorov, A. I., *Čo to je teória hromadnej obsluhy (teória frontov)*, Bratislava, SNTL, 1965. Jev fronty poprvé studoval v roce 1906 H. K. Erlang. Po pokusech o vojenské využití byla teorie nasazena i v hospodářství. Cílem je optimalizace otevřených systémů, které pracují se stochastickým vstupním tokem. srov. i Lewandowski, R., *K teorii front*, Praha, Ekonomický ústav ČSAV, 1968.

některým síťovým odvětvím (hromadná doprava, spoje)⁵⁰⁷. Pracuje s náhodným tokem na vstupu, jehož výkyvy není schopna kapacita ihned absorbovat, přičemž nemůže významněji regulovat vstupní tok. Cílem teorie front je vytvoření modelů systémů, které umožní udělat si představu o jejich možném budoucím chování.⁵⁰⁸ Bylo by tak možné předvídat, jak systém zareaguje na neobsazenost, analyzovat úzká hrdla či přesvědčivě odůvodnit nutnost nového rozmístění kapacit, včetně nutnosti s kapacitami manipulovat.

6.6.6 Details, jejichž změna by mohla výrazně změnit poměr vstupní prostředky/výstup

O rychlosti soudního řízení rozhodují faktory, jež jsou velmi málo viditelné, u některých z nich se krátce zastavíme.

Justici tíží nevyřízené věci a jen z tohoto hlediska je pochopitelná orientace výkaznictví na nedodělky. Pokud však tento systém dominuje, jde o velmi demotivující prostředí, neboť pozitivní výkon není oceňován a od místa, kde se vrší nevyřízené věci, je nápad odkláněn. Odměnou za dobrou práci je více práce a práce pomalá je „trestána“ ulehčením.

ALOKACE ZDROJŮ A KAPACIT URČENÁ PROCESNÍMI PŘEDPISY

K zamyšlení je jistě i personální schéma plynoucí z procesních řádů, neboť např. zakládají obrácenou pyramidu z pohledu lidské kapacity. „V řízení před krajským soudem jako soudem prvního stupně jedná a rozhoduje samosoudce; v odvolacím řízení jedná a rozhoduje senát.“⁵⁰⁹

⁵⁰⁷ Srov. např., Černý, J., Kluvánek, P., *Základy matematickej teórie dopravy*, Bratislava, Veda 1991.

⁵⁰⁸ Zítek, op. cit.

⁵⁰⁹ Srov. ust. § 36a odst. 3 OSŘ, nebo: „Samosoudce koná řízení o trestných činech, na které zákon stanoví trest odnětí svobody, jehož horní hranice nepřevyšuje pět let. ... Krajský soud koná v prvním stupni řízení o trestných činech, pokud na ně zákon stanoví trest odnětí svobody, jehož dolní hranice činí nejméně pět let...“ (ust. § 314a odst. 1 a § 17 odst. 1 TRŘ). A dále: „*Rozhodovací činnost okresního soudu vykonávají soudci a přisedící. ... Senáty okresního soudu se skládají z předsedy senátu a 2 přisedících. ... Senáty krajského soudu se skládají z předsedy senátu a 2 přisedících, jestliže rozhodují jako soudy prvního stupně v trestních věcech ... Samosoudcem je předseda senátu nebo soudce. Předsedou senátu může být pouze soudce. ... Soudcem nebo přisedícím může být ustanoven státní občan ČR ... způsobilý k právním úkonům a bezúhonný, jestliže jeho zkušnosti a morální vlastnosti dávají záruku, že bude svou funkci řádně zastávat, v den ustanovení dosáhl věku nejméně 30 let. Předpokladem pro ustanovení soudcem je též vysokoškolské vzdělání ... v magisterském studijním programu v oblasti práva na vysoké škole v České republice a složení odborné justiční zkoušky.*“ (§ 34 odst. 1, §

První stupeň, kde se věc formuje po skutkové a právní stránce a soudce musí „hlídat“ spoustu parametrů, stojí na jednom právním profesionálově (někdy doplněném dvěma laiky), přičemž na druhém stupni posuzují důkazně hotovou věc minimálně tři právní profesionálové. Jedním z důsledků kapacitně obrácené pyramidy je, že odvolací soudci občas neodolají a nasadí svou erudici na profesní finesy, ke kterým se jejich kolega neměl čas propracovat pro samé předvolávání, urgency posudků, hlídání lhůt, hledání volné jednacích místností, vyřizování jiných souběžných věcí.

A disproporce objevíme i na úrovni prvostupňové jurisdikce. Každé srovnání závažnosti věci je ošidné, ale obtížně nalezneme racionalitu ve složení senátu, srovnáme-li obchodní spor o miliónové hodnoty, či emocionálně, skutkově i právně velmi rodinnou věc, resp. trestní kauzu drogového gangu (ty všechny rozhoduje jeden právní profesionál) se sporem o neplatnost výpovědi, který se typicky odehrává v době, kdy byly strany donuceny tlakem reality najít nového pracovníka, resp. najít si novou práci.⁵¹⁰

Tyto disproporce napovídají, že procesní předpisy nebyly podrobeny kapacitnímu auditu, resp. tento audit neměl reálné účinky. Procesní předpisy neprošly transformací odpovídající realitě a každodennosti demokratické společnosti.

RYCHLOST PROCESU URČUJE JEHO NEJPOMALEJŠÍ ÚSEK

„Když před obědem napíše přípis a on se nedostane na poštu ani obratem, dokonce ani tentýž den.“⁵¹¹ Úkon, někdy intelektuálně náročný,

35 odst. 2 a 3, § 31 odst. 2 a) a § 60 odst. 1 a 3 zákona o soudech a soudcích č. 6/2002 Sb.). Však si také předseda odvolacího senátu v jedné drogové kauze (projednávané i jako I. ÚS 378/03 in NALUS) povzdechl, že přísedící mohla místo zvědavých dotazů na to, jak se podařilo obžalovanému utéci německé policii požádat o vyjádření k jednomu z klíčových důkazů viny, aby řízení nemělo vadu.

⁵¹⁰ § 36a odst. 1 písm. a) OSŘ. „V řízení před okresním soudem jedná a rozhoduje senát ve věcech pracovních“.

⁵¹¹ Stanislav Balík takto odpověděl na otázku, co ho nejvíce překvapilo, když zaměnil každodennost práce advokáta, za každodennost ústavního soudce. Jde mimochodem o příznačný střet vědomí soudce a advokáta. Na advokáta doléhá tíže lhůt: jsou objektivně stanoveny a soud nezajímá, že klient přišel do advokátní kanceláře v den konce lhůty, nebo že advokát měl takových věcí několik desítek. Když soudce nějaký úkon nestíhá, odloží ho na později. Realitou advokacie (resp. jeho spolupracovníků) je rychlé nastudování faktů, předložených často ve velmi

je soudce nucen učinit často během desítek sekund, následně ve své formální podobě opustí brány soudu nejdříve příští den, nejpozději do týdne. I jen předložení věci konkrétnímu soudci trvá týden a někdy i měsíc, bez ohledu na to, že jde například o akutní věc. Podobná úzká místa je třeba systematicky vyhledávat, a zamýšlet se nad cestami k jejich eliminaci.

Výše bylo poznamenáno, že rychlost procesu je determinována průchodností jeho nejpomalejšího článku. Takovým článkem je jednací síň, o níž soudce musí někdy bojovat. Soudce nemůže jednací čas nijak přizpůsobit, z čehož neodvratně plynou další zdržení, neboť je vysoce pravděpodobné, že některému z aktérů se prostě nepodaří uvolnit se, nebo že jednání neskončí ve vyhrazeném čase.⁵¹²

Vedlejším důsledkem nepružné a nízké kapacity síní je nutnost nařizovat mnoho jednání na jeden den, bez ohledu na jejich složitost. Na jednání se nelze připravit do potřebné hloubky a čas od času se stane, že nějaký aspekt je pozapomenut a – další zdržení je na světě. Tento systém nutí soudce vyhlašovat jednání na mnoho týdnů dopředu, což jednak vylučuje byť i teoretickou možnost „minutového projednání“ nařízené věci, o frustraci účastníků ani nemluvě. Soudy by měly mít možnost jak kapacitu (třeba jen přechodně) zvýšit.

ZBYTEČNÉ ZPROSTŘEDKUJÍCÍ ČLÁNKY

Český soud je tradičně organizován do kanceláří podle jednotlivých činností. V důsledku toho soudní úkony, jakož i úkony účastníků, procházejí mnoha a mnoha rukama, což samo o sobě řízení zdržuje, nehledě na fakt, že jakékoli zpoždění na cestě může mít multiplikační zpoždovací efekt. Zavedení soudcovských minitýmů, vybraných soudcem dle jeho vlastních představ (a s jasně definovanou odpovědností asistenta a kancelářské síly), může odbourat právě taková zpoždění

fragmentární podobě, (u nerutině věci) rychlé osvěžení znalostí o právní úpravě, sepsání podání a pak úprk na nonstop poštu (nebo více či méně předpisy respektující jízda autem do města, které takovou poštu provozuje), tak aby „získal razítko“ do 24.00, po němž se mění datum. Něco z toho odstraní elektronizace, avšak základní schéma zůstává stejné: mnohá podání advokát sepisuje v řádu minut a hodin, a pak týden a měsíce čeká, než o nich soud rozhodne.

⁵¹² Stejný efekt má omezení pracovní dobou pomocného personálu či ostrahy budovy, kdy soud nemůže soudit, i kdyby chtěl.

plynoucí ze zprostředkování, za předpokladu, že nebudou mechanicky včleněny do tradičního organizačního systému a že nebudou nuceny využívat výhradně stávajících komunikačních rozhraní.

Policie nechce „dělat pošťáky“, ale víze že ji nahradí elektronické doručování či povinná adresa, je řekněme pozoruhodná. Justice se neobejde bez osob, které budou moci v krajním případě provést úkon osobně a popř. o tom sepsat zprávu. Jinak budou tyto triviální úkony stále zdržovat řízení, na čemž nic nezmění ani eventuální zavedení ústavně problematické povinné adresy. Zdržuje doručování osobám, které se mu vyhýbají a které obcházejí právní předpisy, nikoli doručování lidem, kteří předpisy ctí.

ČASOVÝ TAKT PRÁCE

Soudní čas běží v taktu týdnů a měsíců. V tomto rytmu se činnosti kontrolují, plánují a v důsledku i konají.⁵¹³ Proto se odeslání i přijímání písemností v průměru děje v týdenním taktu, na čemž nic nezměnil ani internet. Každý, kdo zkusil „svému“ soudci či senátu doručit jakoukoli písemnost později než týden před jednáním, by měl vědět, o čem je řeč. Tento takt práce je hluboce zakořeněn v systému soudní práce a má nesporně své výhody. Pokud na něj zde upozorňuji, činím tak proto, abych formuloval hypotézu, že ani elektronizace justice nemusí délku řízení výrazněji zkrátit, nebude-li korigován dosavadní takt práce.

Justice je tak uspěchaná, že si nedovolí ani jen uvažovat o soudních prázdninách, pro které existuje i ne jeden organizační důvod: soudci i nesoudcovští zaměstnanci mají na dovolenou nárok, a protože soudy soudí o lidech a s lidmi, je jasné, že i doba dovolených se odráží na možnosti předvolávat účastníky. Letní volno by efektivitu práce ovlivnilo stejně jako volno víkendové – tedy efekt by byl pozitivní.⁵¹⁴ Ze stejného důvodu, povinného spěchu, si soud jen zřídka dovolí jednání odložit, ačkoli je jasné, že při oznámené neúčasti toho kterého aktéra bude nutno konat místo jednoho jednání dvě a více.

⁵¹³ O čemž svědčí např. četnost rozhodnutí datovaných do posledních tří dnů v měsíci.

⁵¹⁴ Ostatně i několikaleté pozorování nápadu ústavního soudu přináší empirický poznatek, že v červenci a srpnu celorepublikově končí jen málo věci.

Jsou výše uvedené úvahy o obyčejných a prostých věcech nedůležité a právně irelevantní? O tom nás může přesvědčit diskuse s některým ze soudců na téma, jak nedostatek jednacích síní či ztížená možnost přímo, pružně komunikovat prostředky jinak v občanském životě obvyklými (e-mail, telefon, fax) ovlivňuje možnost napsat rozhodnutí po jeho vyhlášení nebo se individuálně připravit na každou z projednávaných věcí.⁵¹⁵

6.6.7 Nezamýšlené důsledky tlaku na omezení nezávislosti

Nejlépe disponování pro navrzení těch správných změn zvyšujících efektivnost soudnictví jsou soudci samotní. Zrovna tak ale platí, že nikdo není imunní vůči provozní slepotě a mnoho změn přišlo zvenčí v situaci, kdy lidé uvnitř vycházeli z mantry „nejde to jinak“ a řešení viděli jen v navršení zdrojů a změně chování klientů.

Zvýšení efektivnosti justice nemusí být vůbec založeno na legislativních změnách. Ačkoli změna zákona je nejpřirozenějším nástrojem, který je v dosahu politika, změna by měla být promyšlená a mělo by k ní být přikročeno až v krajním případě.⁵¹⁶

V kontextu vztahů aktuálně panujících mezi politikou a justicí lze očekávat, že budeme svědky mnoha pokusů o omezení soudcovské nezávislosti, které budou legitimovány zvýšením kvality a efektivnosti justice. Výsledkem však velmi pravděpodobně nebudou předvídatelná rozhodnutí. Soudce je specialistou na odůvodňování správnosti svého postupu. *Normativní prostředí, v němž soudce operuje, by nemělo přesunovat mentální kapacitu soudce od nalézání práva a odůvodňování spravedlivosti verdiktu směrem k sebehájení.*

Nelze zapomínat, že převládající styl soudcovského sebepojetí má své kořeny v době před rokem 1989. Soudcům tehdy mandáty končily v periodických intervalech a museli být do svých funkcí pokaždé znova jmenováni zákonodárci, popřípadě národními výbory (státněsprávně-

⁵¹⁵ Nemáte-li tuto možnost, pak můžete navštívit na internetu adresu: <http://jinepravo.blogspot.com/2007/04/je-ospravedlniteln-aby-soudce-napsal.html>, kde se soudci zapojili do diskuse pod článkem „*Je ospravedlnitelné, aby soudce napsal rozhodnutí měsíce po tom, co jej ústně vyhlásí?*“

⁵¹⁶ Srov. i. snesení Senátu ze dne 25. ledna 2006 (č. 303, tisk 245, dostupné z: www.senat.cz).

samosprávných“, politicky-nepolitických).⁵¹⁷ To jen zmnožovalo existující paletu nástrojů k možnému nátlaku a k ovlivnění rozhodování. Soudci se za tohoto stavu přirozeně naučili rozhodovat tak, aby na ně tíha odpovědnosti nedolehla (např. schováváním zjevných motivů rozhodnutí za fasádu procesního práva⁵¹⁸). Tuto kulturu lze snadno reprodukovat v myslích soudců, kteří už nežijí v prostředí, které jí dalo vzniknout. Její škodlivý potenciál se může kdykoli oživit v podobě vydávání reálně bezvýznamných a nesrozumitelných rozhodnutí.

6.7 Vymezení funkčních domén práva a politiky a efektivnost práva

Nyní se seznámme s jedním rozpracováním obecné teze o funkcích práva. Jde o studii o vzájemných vztazích a mezihrách práva a politiky plynoucích z jejich povahy.

SUGESTIVNÍ VLIV OZNAČENÍ – PŘÍKLAD SLOVA *SYSTÉM*

Systémový pohled na společnost a právo⁵¹⁹ je v dnešní společnosti (ať ji nazýváme postindustriální či postmoderní) nejběžnějším *modelem*

⁵¹⁷ „Soudci z lidu krajských a okresních soudů jsou voleni národními výbory ... Soudci z povolání jsou voleni na dobu deseti let; soudci z lidu jsou voleni na dobu čtyř let. Soudci mohou být odvoláni orgánem, který je zvolil. Podmínky odvolání, jakož i podmínky jiného zániku funkce soudce před skončením volebního období, stanoví zákony upravující volby soudců.“ (čl. 101, odst. 3-5 Ústavy ČSSR). „Soudce může být odvolán před uplynutím funkčního období, jestliže závažným způsobem porušuje své soudcovské povinnosti ...“, „Soudce z povolání soudů republik volí a odvolává národní rada na návrh příslušného orgánu Národní fronty. Soudce Nejvyššího soudu Československé socialistické republiky a soudce z povolání vojenských soudů volí a odvolává Federální shromáždění na návrh příslušného orgánu Národní fronty.“ (§ odst. 43 odst. 1 a 2 a § 51 odst. 1 písm. a) zákona č. 36/1964 Sb., o organizaci soudů a o volbách soudců, v posledním platném znění). Závažným porušením funkce bylo nedodržení ústavou předepsané slibu, jenž byl skládán v této podobě „ Slibuji, že budu věren Československé socialistické republice a věci socialismu, že se budu řídit Ústavou i ostatními zákony a vykládat je v souladu se socialistickým právním vědomím.“ (§ 42 odst. 1 cit. zákona.), která byla v souladu s tehdejší „Ústavou“: „Soudci jsou při výkonu své funkce nezávislí a jsou vázáni jedině právním řádem socialistického státu. Jsou povinni řídit se zákony a jinými právními předpisy a vykládat je v souladu se socialistickým právním vědomím.“ Čl. 102 Ústavy ČSSR.

⁵¹⁸ K defenzivnímu formalismu chránícího soudce před mocenským postihem srov. Kühn, Z., *Aplikace práva soudcem v éře středoevropského komunismu a transformace. Analýza příčin postkomunistické právní krize*, Praha, C. H. Beck, 2005, str. 78 a 91.

⁵¹⁹ V sociálních vědách je tento pohled spjat s tzv. strukturálním funkcionalismem, který nejviditelněji reprezentuje americký sociolog Talcott Parsons – Velký sociologický slovník, str. 1575 a tam uvedená hesla; v uvažování o právu jako systému patří

uvažování o těchto svébytných entitách. Sousedství právní systém a politický systém již dávno pronikla do obecného jazyka. Podobná automatická označení přenášejí na označované kvalitu, bez nějakého většího promyšlení patřičnosti takového počínání. Když dnes za nějaké slovo přiřadíme slovo systém, často už ani nepromyšlíme a neidentifikujeme jednotlivé předpoklady systému, totiž prvky, jejich vzájemné vztahy, procedury a činnosti. A často jen intuitivně definujeme smysl či funkční určení (cíl) systému. Systémové uvažování je snadno použitelné pro účely popisné, a proto se hodí i z hledisek didaktických. Systém je synonymem uspořádanosti a vědecký popis a analýza sociální reality jsou proto se systémovým uvažováním velmi úzce spjaty.

Počátkem analýzy společenských systémů je identifikace prvků, vazeb mezi nimi, snaha o definování funkce takové entity a procedur a postupů, jimiž je fungování dosahováno. Věc má ovšem ne jeden háček. Například jednotlivé společenské systémy jsou v 21. století natolik vyděleny (díky procesu diferenciaci, který provází moderní společnost od jejího zrodu), že jim jejich *funkce* přiřazujeme téměř automaticky, bez rozmyslu. Jednoduše přejímáme vše, co o funkcích před námi řekla vědecká komunita toho kterého oboru, a více či méně se nezamýšlíme nad rostoucím „seznamem“ funkcí.⁵²⁰ Tento postřeh plně platí i pro politický a právní systém, kde stěží dospějeme ke konečnému (a nespornému) výčtu exkluzivních funkcí toho kterého systému, natož abychom dokázali vyčlenit funkce hlavní a vedlejší. Okruh problémů se ale neuzavírá.

6.7.1 Přehlížená neslučitelnost některých axiomů politické teorie a teorie normotvorby

PRÁVNÍ SYSTÉM, POLITICKÝ SYSTÉM

Podle systémové teorie společnosti je úlohou právního systému, jako systému norem a aparátu jejich aplikace, zajištění institucionalizace a právní systém je zárukou konformity vůči standardům hodnotové

přední místo německému vědci Niklasi Luhmannovi – Velký sociologický slovník, str. 1553 a tam uvedená hesla, nebo Luhmann, N., Sociální systémy, nárys obecné teorie, Brno, CDK, 2006.

⁵²⁰ Což je spíše projevem jednání tradičního, než racionálního (M. Weber).

orientace.⁵²¹ V právním státě je právní systém relativně nezávislý na politickém systému.⁵²² Proces funkcionální diferenciací ve vztahu k právu tematizuje v českých podmínkách Jiří Přibáň, který upozorňuje, že tento proces dále pokračoval i v právu samotném, čímž naboural hierarchické a centralizované pojetí systému práva.⁵²³

Politický systém naproti tomu zajišťuje způsob organizace a výkonu politické moci.⁵²⁴ Systémová teorie vícevýznamovým slovem politika rozumí správu věcí veřejných (řec. *politiké=správa*), přístup ke státním institucím a jejich využívání, jakož i určení cílů, k nimž má společnost směřovat při péči o společné zájmy lidí (integrační funkce), kdy pro uvažování o politice je typické kombinování prostředků a cílů a politickému systému je připisována i regulativní, pořádací funkce.

NEJASNÉ HRANICE A KONFLIKTY FUNKCÍ

Přestože systémová teorie definuje právo a politiku jako vydělené a samostatné prvky, v samotném jejím jádru je zakotven konflikt funkcí, nástrojů a procedur. Tak už to u společenských institucí bývá a popsany konflikt, mlhavost hranic a nejasnost funkcí nejsou rysy ani nečekané, ani fatální. Aktéři, kteří se zabývají vztahem práva a politiky, však onu hranici a vazby promýšlet musí, a to s ohledem na vnitřní logiku a pravidla „toho druhého“ systému, tedy v případě právních vědců jde o respektování poznatků vědy o politice a v případě politologů o znalost vlastností, vnitřní logiky a nezbytných podmínek fungování právního systému. V opačném případě přicházejí s řešeními, která vyhovující požadavkům jimi zkoumaného systému eliminují či přímo ničí nezbytné podmínky existence systému „druhého“.

Vztah dvou systémů je zde dále komplikován povahou sociální reality, která je hluboce ovlivněna mimo-racionálními prvky tradice a kultury. I pojmy demokracie a právní stát jsou pojmy čerpajícími svou

⁵²¹ K popisu právního systému srov. např. Gerloch, A., *Teorie práva*, Aleš Čeněk, Plzeň, 2007, str. 123–131.

⁵²² Srov. *Velký sociologický slovník*, Praha, Karolinum 1996, str. 1259

⁵²³ Srov. *Iustitia distributiva a její proměny ve funkcionálně diferencované společnosti* in Kokeš, M., Pospíšil, I., eds., in *In dubio pro libertate. Úvahy nad Ústavními hodnotami a právem*. MU Brno, 2009, str. 158, a Přibáň, J.: *Právní symbolismus, O právu, času a evropské identitě*, Praha, Filosofia, 2007. str. 31-35, 269-271

⁵²⁴ srov. výše citovaný *Velký sociologický slovník*, str. 1259, 936 a 784–785.

obsahovou náplň z historického a kulturního zakotvení, a proto se úplný výklad smyslu těchto pojmů neobejde bez zkoumání jejich geneze. Tento rys se specificky projevuje v právu obecně a speciálně v právu ústavním, protože definující rámcovou strukturu liberálně demokratického státu nelze uspokojivě vysvětlit jen s oporou v holém jazykovém výkladu, který se tu a tam objevuje. V postkomunistických společnostech absence zohlednění kulturně-historického pozadí nevede k vyložení „čistého obsahu“ normy obsahující daný pojem, nýbrž k vyložení pojmu v duchu socialistického normativního systému,⁵²⁵ neboť tento normativní systém zde působil tak dlouho, že jeho vlivy na obecné významy jsou obtížně identifikovatelné.

Popis funkcí a cílů je nezbytnou (nikoli postačující) podmínkou efektivnosti. Níže uvedený text je pojednání o tom, jak porozumění funkcím právního a politického systému podmiňuje efektivnost práva. Jde nesporně o velmi širokou oblast zájmu, a proto jsem vybral příklady. Budeme se věnovat tomu, jak je právní teorie normotvorby budována autonomně na poznatcích a axiomech politické teorie a jak naopak sociální teorie chybně zachází s právem, jako s nástrojem řízení společnosti, resp. považuje právo jako celek za nástroj realizace vládní politiky. Druhý příklad bude věnován demonstraci metody výkladu pojmů ústavního práva, která je žádoucí v transformující se společnosti.

Upřesnění funkčních určení práva nám napomůže při úvahách o možných řešeních optimálního nastavení vztahů mezi právem a politikou. Mezi výzkumným záběrem politické teorie a politologie a záběrem vědy o ústavním právu či obecněji právní teorií je zvláštní mezera vyplývající z odlišného chápání vzájemného vztahu práva a politiky. Politické vědy se shodují s obecným míněním: výsledkem politického boje je vítěz voleb, který své představy promítne do konkrétní vládní politiky, mezi jejíž nástroje se prostřednictvím zákonodárné iniciativy řadí i zákon (podzákonné právní předpisy nyní ponechme pro jednoduchost stranou).

⁵²⁵ K tomu viz níže v samostatném pojednání.

Právní teorie mají sklon k technicistnímu chápání normotvorby, kde je politično považováno za nechtěné „něco navíc“, za více či méně trpěnou součást reality.

Pak ale vyvstává otázka: Jaké legislativní instrumentarium má vláda k dispozici k naplnění volebního, resp. vládního programu? Jsou to zákony obecně? Nebo jen zákony některé? Nebo jen jejich určité parametrické prvky? Otázka zní: Má normotvorba limity? Je vládní většina omezována ve své zákonné normotvorbě ještě něčím jiným než ústavou?⁵²⁶ Na půdě politické teorie není bráno jako samozřejmé, že zákonná normotvorba⁵²⁷ má limity vymezené *strukturálními* danostmi práva a důsledky plynoucími z těchto vlastností práva.⁵²⁸

Politická věda pěstovaná na půdě členského státu EU by neměla právo sledovat jen metodou černé skříňky, z hlediska sledování vstupů a výstupů, neboť evropská integrace dosud probíhá pomocí právních nástrojů a od studia právních mechanismů by politology neměl odradit ani fakt, že právní metoda integrace dosáhla svých limitů, neboť překryvné pole legality a legitimacy se stále masivnější a extenzivnější aplikací právních nástrojů spíše zmenšuje. Do politické reality však patří fakt, že např. Evropský soudní dvůr: „*Buduje vlastní prestiž upevněním pravomocí, cestou zvyšování efektivity evropského práva a ... posouvání cílů základních smluv.*“⁵²⁹

⁵²⁶ Ústavní limity normotvorby jsou rozpracovány např. in Grospič, K.: *Ústavní základy a limity tvorby práva* in Knapp, V. a kol.: *Tvorba práva a její současné problémy*, Praha: C. H. Beck: 1998, s. 74–80; nebo in Filip, J. *Aktuální otázky výkonné moci v ČR (úvodní slovo konference)* in Hloušek, V., Šimíček, V. *Výkonná moc v ústavním systému ČR*, Brno: MPÚ, 2005, s. 14, kde se používá pojem „zákonodárné uvážení vlády“ s tím, že snahy blíže tuto oblast znormovat narážejí na odpor. (s. 15) Za korektora vládní politiky je označen Ústavní soud, což je doloženo příkladem restitucí.

⁵²⁷ Moderní pojetí normotvorby se již oprostilo od preskriptivního vztahu k sociální realitě a popisuje ji takovou, jaká je. Proto vedle právo tvorby legislativní, rozlišuje i právo tvorbu autonomní a právo tvorbu soudcovskou – srov. Gerloch, A., Kysela, J., Kühn, Z., Wintr, J., Tryzna, J., Maršálek, P., Beran, K., *Teorie a praxe tvorby práva*, Aspi, Praha, 2008, str. 14-20 a 25-125

⁵²⁸ Proces normotvorby na parlamentní úrovni je popsán in Syllová, J., Kolář, P., Kysela, J., Georgiev, J., Pecháček, Š., *Parlament ČR*, 2. vydání, Linde, Praha, 2008, str. 202–271.

⁵²⁹ Mattli, W. Slaughter, A.M., „Revisiting the European Court of Justice“ *International Organisation* (1), 1998, s. 187, cit. dle Pospíšil-Smekal, *Vztah národní a nadnárodní úrovně práva: pohled Ústavního soudu ČR a vybraných ústavních soudů zemí EU* in. Dančák, B., Hloušek, V., (eds.), *Víceúrovňové vládnutí v Evropě: zkušenosti, problémy a výzvy*. Brno, MPÚ, 2007, s. 204.

POLITIKA V PŘÁVU NECHTĚNÁ: IDEA APOLITICKÉHO VZNIKU PŘÁVA

Právní věda má k politice vztah spíše podezíravý.⁵³⁰ Dobře si jej můžeme ilustrovat na jednom prvorepublikovém sporu dvou významných právníků – Jaroslava Kallaba a Františka Weyra, kteří se rozcházeli ve vztahu mezi právem a potřebami praktického života tak, jak jsou agregovány v politickém procesu. Weyr (odkazem na Kelsena) považoval vytěsnění politiky z práva za (možný) a nutný úkol právní vědy.⁵³¹ Přístup Jaroslava Kallaba k právní vědě a právu prozrazoval úskalí podobného zjednodušení, což lze ilustrovat jeho zamýšlením nad vztahem vládní politiky, trestním právem a právními ideologiemi.⁵³²

Tento spor je zastaralý jen napohled. Pro právní teorii je i dnes typický přistupovat k tématům spravedlnosti, která je cílovým účelem práva, jako mimoprávním etickým problémům, a o v zásadě technických základech práva hovořit naopak jazykem morálky.⁵³³ Politická věda vysvětluje chování stran při vládnutí⁵³⁴ snahou o získání pozic ve státním aparátu (office seeking) s cílem realizovat *svou* politiku, a to buď prostým získáním úřadu, nebo zlepšením možností realizace politiky využitím možností daných pozicí ve státním aparátu. Pravověda by neměla zůstat u konstatování, že politické usilování se má vyčerpat pouhým získáním pozice ve státním aparátu, anebo rezignací na snahu takové pozice získat, neboť poslední dvě zmíněné možnosti jsou jen

⁵³⁰ Je samozřejmé, že právo by nebylo právem, pokud by umožňovalo ovlivnění své aplikace politickou vůlí.

⁵³¹ Srov. Weyr, F. *Teorie práva*. Brno-Praha, 1936, s. 377, 378.

⁵³² Kallab, J. Poznámky o významu normativní teorie (čiré vědy právní) pro teorii práva trestního. Příspěvek k poznání vztahu mezi právem a politikou. Vědecká ročenka PRF MU. XUI, Praha- Brno: Orbis, 1932, s. 41-65. Kallabovo právní myšlení je shrnuto v jeho dvoudílné knize *Úvod ve studium metod právnických: Kniha první – základní pojmy, Kniha druhá – hlavní směry*; vydáno K. Englišem a F. Weyrem ve Sbírce spisů národohospodářských a právnických, Brno: Barvič Novotný, 1920.

⁵³³ Příbáň, J. Iustitia distributiva a její proměny ve funkcionálně diferencované společnosti in Kokeš, M., Pospíšil, I., eds., *In dubio pro libertate. Úvahy nad Ústavními hodnotami a právem*. MU Brno, 2009, str. 158. Na vysvětlenou uvádím, že v tomto smyslu jsem oborově a metodologicky zakotven v širším zázemí sociální teorie, která se zajímá o proces juridifikace morálních norem a jejich internalizaci právním systémem (tamtéž, str. 156)

⁵³⁴ Srov. Budge, I., Keman, H., *Parties and Democracy. Coalition Formation and Government Functioning in Twenty States*, Oxford University Press, Oxford, 1990, str. 26-28.

dvěma variantami z celkového počtu čtyř způsobů empiricky sledovaného chování stran.

Expertní vidění zákonodárského procesu není nové, lze je dohledat např. u J. S. Milla, který soudil, že zákonodárská činnost není svou povahou vhodná pro sbor.⁵³⁵ „...zákonodárská komise by pouze do své práce vložila živel rozumu, parlament by zde zastupoval prvek vůle.“⁵³⁶ Vládou (exekutivou) vytvořené „zákony“ (legislativa) jsou natolik běžným jevem, že mezi právníky jsou silně populární debaty na téma, proč by vůbec měl být zákonodárcem (neodborný) parlament,⁵³⁷ a tyto debaty mají svůj nevysychající pramen v praktických negativních důsledcích „zastupitelské rukodělny“, s nimiž jsme.

Argumenty pro myšlenku nepolitické státní byrokracie jako racionální vykonavatelky moci formuloval Max Weber,⁵³⁸ který ji spojil s modernitou. Myšlenka takové byrokracie byla formulována v opozici s analýzou fungování středověkých modelů správy, které se vyznačovaly kontingencí a nesystematičností.⁵³⁹ O půl století později Ralf Dahrendorf v konceptu *service class*⁵⁴⁰ vyzdvihl významné mocenské postavení byrokratické správy, z čehož plynou politické implikace. Byrokracie je pro svou kontinuitní povahu mimo systém dělby moci, získává autonomní postavení a její špičky splývají s mocenskou elitou. To vše problematizuje bezhodnotové chápání byrokracie, která je v takovém schématu schopna obratně hájit svoje zájmy⁵⁴¹ a díky arzenálu znalostí technik moci není ani vystavena tlaku na specializovanou odbornost

⁵³⁵ Kysela, J., *Parlamenty a jejich funkce v 21. století: uvedení do tématu*, In *Parlamenty a jejich funkce v 21. století*, Praha Eurolex Bohemia, 2006, s.121. V tomto cenném příspěvku J. Kysela (s. 117-134) konceptualizuje mnoho důležitých bodů důležitých pro náležitou analýzu rozhraní právo-politika: „přežívání starého normativního modelu „papírová všemoc“ v nových podmínkách“, s. 128, úloha parlamentní byrokracie s. 129, faktory oslabení parlamentů s. 124.

⁵³⁶ Mill, J. S., *Úvahy o vládě ústavní*, Praha, Svoboda, 1992, s.72

⁵³⁷ Kysela, J., op. cit., s. 126.

⁵³⁸ Srov. např. in Keller, J., *Dějiny klasické sociologie*, Praha: Slon, 2004, str. 237-291

⁵³⁹ Tento pohled na minulou byrokracii se podobá osvícenskému pohledu na minulé a současné právo.

⁵⁴⁰ K této „žoldněřské armádě operující v konfliktu zájmových skupin“ srov. např. kol. *Velký sociologický slovník*, Praha, Karolinum, 1996, I. díl, s. 140, II. díl. str. 1340.

⁵⁴¹ Viz příklad zákona o ochraně osobních údajů, který dal vzniknout úřadu. Syllová, J., *Hlavní úskalí parlamentního projednávání zákonů*, in Gerloch, A., Kysela, J. (eds.), *Tvorba práva v ČR po vstupu do EU*, Praha, ASPI, 2007, s. 141.

a navíc není vystavena tlaku odpovědnosti.⁵⁴² Bezhodnotový nástroj není k dispozici.

V dnešní době můžeme vycházet z realističtějšího pojetí vztahu právo-politika. Pokud John Rawls hovoří o rozumném pluralismu, jenž je přijatelným hodnotovým jádrem členů společnosti,⁵⁴³ nabízí jedno z možných vymezení polí pro pluralitní střetávání reprezentantů různých zájmů. „Právo je normativním výsledkem konfliktů zájmů ve společnosti.“⁵⁴⁴ Takto pojaté právo má dynamickou povahu.

POMÍJENÍ POLITIKY ÚSTAVNÍ VĚDOU A VĚDOU O TVORBĚ NOREM

Naše soudobá konstitucionalistika ve vztahu k roli stran hovoří o jejich zprostředkující roli (mezi občanem a státem)⁵⁴⁵, ale převážně (nebo výhradně)⁵⁴⁶ se zabývá jen normativními aspekty, které končí u konstatování existence politické soutěže, a vlastním výkonem moci se přirozeně nezabývá. Jan Filip zkoumání subjektů, které mohou vykonávat vliv na státní moc, omezuje jen na subjekty, které tuto možnost mají výslovně svěřenu z hlediska ústavního práva.⁵⁴⁷ Ústavní věda díky tomuto normativistickému výměru výzkumné pole přenechává politologii. Jde o podobný efekt, který vyvolal Weyrův výměr právní vědy – soustředění jen na platné právo ponechává stranou řešení spousty otázek, kterých se však jiné vědy nechtějí chopit, neb je považují za otázky právní vědy. Důsledkem „negativního kompetenčního konfliktu“ vědních oborů je v krajním případě ignorace problému.⁵⁴⁸

⁵⁴² Bohaté ilustrace této stránky mocenských schopností „služebné třídy“ nalezne čtenář in Lynn, J., Jay, A., *Jistě pane ministře*, 1. a 2. a *Jistě pane premiére*, 1 a 2, Praha, Aurora, 2002, 2003, 2004 a 2004.

⁵⁴³ Cabada, L., Kubát, M., a kol. *Úvod do studia politické vědy*, Praha: Eurolex Bohemia, 2004, str. s.132.

⁵⁴⁴ Srov. Gerloch, op. cit., s. 295, Právo má účely bezprostřední (s. 297) a perspektivní (abstraktní, souvisící s hodnotami v právu).

⁵⁴⁵ Filip, J.: *Ústavní právo České republiky* 1. díl, 4. vydání, Brno: Doplněk 2003, str. 335-337.

⁵⁴⁶ srov. Klíma, K.: *Ústavní právo*, Aleš Čeněk: Plzeň, 2004, s. 195 a 408 a násl. Filip, op. cit., str. 337 a násl.

⁵⁴⁷ srov. Filip, op. cit. str. 334. Základní teze o ústavních materiálních omezeních zákonné normotvorby by mohly výrazně přispět k lepšímu poznání fungování státu.

⁵⁴⁸ K tomu viz kapitolu o roli vědy.

Právní teorie, konkrétněji teorie normotvorby, pojímá proces tvorby zákonů jako víceméně technickou záležitost.⁵⁴⁹ Vládní (ideologické) představy o žádoucí úpravě mají v nejlepším případě jen iniciační funkci. Jsou spouštěči procesu, který spustí bezhodnotové poznávání objektivní reality nestrannými odborníky, kteří pomocí svého legislativně technického instrumentaria dospějí ke konečně podobě právního předpisu. Toto sociálněinženýrské schéma, hluboce vězící v konsenzuálním paradigmatu a v tzv. strukturním funkcionalismu, vytěsňuje politiku mimo hranice „technických“ procesů normotvorby. Jenže konsenzuální paradigma, stručně vyjádřené představou, že všechny konflikty ve společnosti jsou buď dočasné, anebo jsou projevem deviace těch, kteří konflikty (uměle) vyvolávají, není neotřesitelné. Poválečná sociální věda dala vzniknout paradigmatu konfliktnímu,⁵⁵⁰ které realisticky konstatuje existenci různých zájmů, arénou jejichž boje je politika a aktérkami politické strany usilující o moc (Weber).⁵⁵¹

ZÁJMY SE VYPAŘÍ?

Uznávají-li právní vědy na jedné straně roli stran jako reprezentantek zájmů a na straně druhé vidí tvorbu norem jako proces apolitický, je nutno se ptát, kde se zájmy ztratí? Vyčerpá se role politiky zvolením zastupitelů, kteří pouze vybírají cíle zákonodárství, do jehož vlastního výkonu nesmějí zasahovat? Jsou ústavy „nedokonalé“, předpokládají-li zákonodárnou iniciativu jednotlivého poslance a zakotvují-li střídání vlád ustavovaných na často velmi odlišných hodnotových a zájmových základech?

Domnívám se, že zde musí obě vědní skupiny přistoupit k tvůrčí polemice a „dohodnout“ se (spíše ale dohadovat se, neboť musí jít o dynamický proces) na typovém vymezení rolí práva a politiky tak, aby odrážely logiku fungování obou systémů, tedy jak logiku práva, tak logiku politiky.

⁵⁴⁹ „Prvním stadiem [legislativního procesu] je nepochybně zjištění potřeby sociální regulace ... opakují se konfliktní situace, které nejsou normativně regulovány ...resp. dosavadní ...regulace není dostatečná.“ srov. Knapp. V: Teorie práva. Praha: C. H. Beck. 1995. str. 110.

⁵⁵⁰ K oběma paradigmatům viz výše.

⁵⁵¹ Adamová, K., Křížkovský, L., Základy politologie, 2. vydání, Praha, C. H. Beck, 2004, str. 232.

Pomyslný míček zde však neleží jednoznačně na straně právní vědy, neboť i věda politická na právní vědu hledí přehlíživě,⁵⁵² kdy z pohledu právního obrací pozornost výhradně k akčním mimoprávním aspektům na úkor normativních aspektů práva.

Politická věda pohrdající normativními aspekty může v krajním případě vyjadřovat rozhořčení nad judicializací politiky, aniž by byla konfrontována s výtkou, že vlastně žádá, aby nebyly aplikovány platné právní normy. I náš právní řád obsahuje instituce volebního soudnictví, rušení politických stran či impeachmentu či soudní kontroly norem, jejichž aplikace či neaplikace není libovůlí justice, ale vychází z iniciativy politických aktérů, na níž je justice *povinna* reagovat. Výzva ke zdrženlivosti je výzvou k odmítnutí spravedlnosti.

V logice právních mechanismů poučená politickovědní analýza přitom může přinést velmi zajímavé poznatky.⁵⁵³ Jan Kysela apeluje na potřebnost podobného přístupu a s obvyklou systematickostí a důkladností přináší pro své teze celou škálu pestrých a obtížně vyvratitelných argumentů.⁵⁵⁴

PŘÁVNÍ STÁTOVĚDA A OPERAČNÍ PROSTOR ZÁKONODÁRCŮV

Kdo by měl psát zákon?⁵⁵⁵ Úředníci? Lobbyisté? Akademici? Soudci? Samotní zákonodárci? Sám výčet naznačuje, že odpověď nebude jednoduchá. Politici bývají častým terčem kritiky legislativní

⁵⁵² „Kdo zná klasické ústavní právo a nezná roli stran, vidí současné politické režimy zkrlesně; kdo zná naopak roli stran a nezná klasické ústavní právo, vidí současné politické režimy sice neúplně, ale přesně.“ M. Duverger, *Les partis politiques*, A. Colin, Paris 1981, s. 466. Cit. dle Novák, M. *Systémy politických stran. Úvod do jejich srovnávacího studia*, Praha, Slon 1997, s. 192. Není však třeba být k politologii přísný, neboť každá věda vzniká tím, že se na složitou realitu pokusí podívat novým fokusem, který se pokusí redukovat pohledy jiné, přičemž taková redukce je nutná pro efektivitu poznávací aktivity.

⁵⁵³ Jak ukázali např. Ivo Pospíšil a Hubert Smekal ve stati „*Vztah národní a nadnárodní úrovně práva: pohled Ústavního soudu ČR a vybraných ústavních soudů zemí EU*“, kde na základě analýzy normativních textů a soudních rozhodnutí ukázali důležitý mechanismus účinkující na poli víceúrovňového vládnutí u států EU. Srov. Dančák, B., Hloušek, V., (eds.), *Víceúrovňové vládnutí v Evropě*. Brno, MPÚ, 2007, str. 201-241.

⁵⁵⁴ Kysela, J., Uvedení do teorie legislativní tvorby práva aneb pokus o „právní politologii“ in *Časopis Právnický* č. 12/2007, str. 1257-1288.

⁵⁵⁵ Zde si vypomáhám otázkou, kterou soudce a konstitucionalista V. Šimíček položil před lety na brněnských dnech veřejného práva.

nadprodukce (byrokratické přemístění cíle, kdy se, namísto cíle „správa věcí veřejných ku blahu polis, za cíl považuje vznik zákona).

Operační prostor zákonodárce si vymežíme jako kontinuum mezi bodem, kde vládce může vše a mezi bodem, v němž je vládce omezen přirozenými principy, jež je třeba nalézat, a strukturálními mezemi práva. Otázkou šíře a kvality operačního prostoru zákonodárce se v rámci jurisprudence zabývá státověda, která jej vymezuje například takto: „*Obsah zákona je určen ústavou, mezinárodními závazky státu, mezinárodním obyčejovým právem a v řadě zemí i judikaturou ústavních soudů.*“⁵⁵⁶

V mezeře mezi právem a politikou se s respektováním logiky obou systémů pohybuje nedávno znovu vydaná práce Zdeňka Neubauera *Státověda a teorie politiky*.⁵⁵⁷ Autor zde přesným a přitom jasným jazykem pojednává o velmi složitých problémech spojovacích mostů mezi právem a politikou. Aniž bychom museli ve všem souhlasit, musíme konstatovat, že tato šedesát let stará práce, psaná neúprosně nehodnotícím věcným stylem, je překvapivě současná (poměr nového režimu ke starému právu, touha po moci jako subjektivní účel politiky, pojetí ideologie a světového názoru, ústava jako pravidla hry či boje o moc, logika vládních koalic, nezastupitelná tvůrčí role jedince, resp. malých sborů). Její čtenář si například při analýze funkcí politických stran musí často položit otázku: neobjevujeme objevené?⁵⁵⁸

Právní věda se k otázce sladění logiky politiky a práva přímo nevyjadřuje, lze tedy zjednodušeně říci, že spektrum názorů právní vědy na vztah politiky (politics a policy) a práva se pohybuje od sociálně inženýrského scientistického pohledu, který vnímá politiku jako něco v zásadě nežádoucího, přes a-politický pojem zákonodárného uvážení, až po pragmatické postoje konstatující jako fakt (nežádoucího) ustoupení od

⁵⁵⁶ srov. Filip, J., Svatoň, J., Zimek, J.: *Základy státovědy*, 2. vyd., Brno: MU. 2007, str. 169–171.

⁵⁵⁷ Neubauer, Z., *Státověda a teorie politiky*, Praha: Slon, 2006. (Poprvé 1947).

⁵⁵⁸ Kniha je dokladem jisté mírně autistické tendence soudobé české právní vědy, čehož dokladem budiž i to, že byla vydána péčí Sociologického nakladatelství.

principu odbornosti k partikularismu, ale uznávající nutnost opory normotvorby v zákonodárných sborech jako podmínky její trvanlivosti.⁵⁵⁹

POLITICKÁ TEORIE

Na půdě politické teorie je věnován široký prostor analýze ideologií, ústavních uspořádání a politických režimů.⁵⁶⁰ Politická teorie se přirozeně neomezuje jen na prostor studia demokratických režimů založených na politické reprezentaci, pluralitě a soutěži politických stran, což je zhruba řečeno rámeček, od něhož svá zkoumání počíná naše teorie právní, která je navíc z hlediska svých představ o možných řešeních vázána jen na jednu právní rodinu – kontinentální právo.

Pro politickou teorii je běžné tvůrčí využívání dílčích poznatků historicko-teritoriální komparistiky politických režimů a systémů a zde je možná další místo střetu: konkrétní normotvorné postupy jsou věcí právních expertů, kteří své představy možného tvoří na základě daleko úžeji vymezeného srovnávacího pole, které se v zásadě omezuje na staré členské země kontinentálního práva, mezi nimiž vedle Francie dominují Německo a Rakousko, a dále jsou zkoumány postkomunistické země – členové EU, mezi nimiž dominuje Slovensko. Přirozená a pochopitelná vázanost právní teorie na normativní základ je tady více než zřejmá. Negativním důsledkem je ochuzení výtěžnosti, kterou nabízí komparatistika.

Politická teorie může teorii normotvorby přinést mnoho užitečných poznatků. Podmínkou tvůrčí spolupráce je respektování logiky fungování práva, které se neobejde bez její znalosti. Politologové mají pochopitelně blízko k politickým aktérům, což často umožní bleskovou aplikaci teoretických poznatků, neboť takový proces vyžaduje kvalitní kanál na politického aktéra s parlamentní většinou. Pokud se expertovi podaří přesvědčit vůdce většiny, že jím nabízený koncept se skvěle hodí pro naplnění politikem sledovaného cíle, vše je redukováno „jen“ na přepsání

⁵⁵⁹ A tak demokracie zastoupením nemajetných přetváří daňový systém ve prospěch principu solidarity (Engliš, K., Finanční věda, Praha, Fr. Borový, 1929, s. 48, 49 a 101).

⁵⁶⁰ Jakkoli se mohou níže uvedená slova jevit politologům jako triviální a zbytečná, podobné prvotní přiblížení může pomoci „čistým“ právníkům osvětlit, jak bohaté je v politicko-vědních výzkumech strukturované uvažování o agregaci zájmů, výkonu moci či ideologiích. Tato podkapitola si přirozeně nečiní nárok na úplnost.

politicko-teoretického konceptu do paragrafovaného znění zákona (za všechny jmenujme minulé kroky zavádění elektronického doručování).

Právo má výrazné rysy *autopoietického* systému. Autopoiesis vyjadřuje samostatnost, nezávislost a jistou netečnost práva na společnosti. Může se proto stát, že právní tělo projeví nečekanou rezistenci a nápad, který nerespektuje logiku právních mechanismů často, pozmění, nebo přímo vyvrhne anebo zapouzdří do neúčinnosti. Politická vůle, která prosazuje své představy bez ohledu na logiku fungování práva, si tak proti sobě, vedle politických oponentů, postaví i v zásadě neutrální právně-technické „tělo“ státu, což je zbytečné: vynaložená energie by vniveč přijít nemusela.

A je tu další úskalí. Přesazování odlišného chápání rolí státních institucí z jednoho právního systému do druhého může způsobit těžké politické škody.⁵⁶¹ Průkopníkem v užívání křesla ministra spravedlnosti jako každého jiného resortu, jehož držitel může politicky směřovat způsob, jímž vykonává své exekutivní pravomoci, byl JUDr. Pavel Němec, který si naštěstí počínal tak neomaleně, že odradil potenciální následovníky zařazování stížnosti pro porušení zákona, předání trestní věci do ciziny či dat o vzdělávací minulosti soudců mezi volně disponibilní politická aktiva nominálního šéfa justice.

Politologie v rámci stranicko-politických výzkumů nabízí jako svoji subdisciplínu programatiku politických stran,⁵⁶² kterážto zkoumá všechny vyskytující se typy programů (základní, akční a volební programy a vládní prohlášení), k čemuž užívá různých kritérií, jako jsou ideologické dimenze,⁵⁶³ v nichž probíhají střety politických stran, či

⁵⁶¹ V USA prokuratura může realizovat i trestní politiku, což je ovšem vázáno na mnohé pojistky proti zneužití a s ohledem na tuto možnost jsou definovány i pravomoci státního zástupce. Zacházení s českým systémem státního zastupitelství jako s nástrojem v rukou aktuální sněmovní většiny však porušuje celý systém výkonu veřejné trestní obžaloby, která je u nás nadvakrát monopolizována jednak v rukou policie, která jediná může zahájit trestní stíhání a jednak v rukou státního zastupitelství, které jediné může podat k soudu trestní obžalobu.

⁵⁶² Srovnej Fiala, Petr, Strmiska, Maxmilián, *Systémy politických stran*, Brno, Barrister & Principal, 1998. str. 91 a její vymezení G. Olzogem a H.J. Liesem in Fiala – Strmiska, op. cit., str. 94.

⁵⁶³ Dle Arenda Lijphaarta jde o: 1. socioekonomickou dimenzi 2. náboženskou dimenzi 3. kulturně-etnickou dimenzi; 4. město-venkovskou dimenzi 5. dimenzi podpory režimu 6. zahraničně-politickou dimenzi a 7. post materialistickou dimenzi. Viz Fiala- Strmiska, op. cit. ss. 97-98

ideologické rodiny, s nimiž se politické strany identifikují.⁵⁶⁴ Výzkum programů se zaměřuje spíše na programy stranické než na programy vládní⁵⁶⁵. Teprve na úrovni vládních programů je agregace zájmů relevantní pro právní teorii normotvorby. U analýzy vládních programů nejsou rozdíly natolik zřetelné.⁵⁶⁶ Přesto na klasické pravo-levé škále můžeme i u velmi podobných cílů konstatovat typické rozdíly v nástrojích sloužících k dosažení cílů vytčených v programech.⁵⁶⁷

6.7.2 Omezení politických cílů

Programová volnost vlády je omezována nutností ucházet se o důvěru Poslanecké sněmovny, která je (zatím) volena poměrným systémem, což nutně vede k tomu, že vznikající program musí být kompromisem mezi programovými cíli subjektů chystajících se utvořit vládní koalici. Ani na půdě politické vědy patrně nebude důvod zpochybňovat jistou omezenost operačního pole nově formované vlády. Jsou tu platné mezinárodně-právní závazky⁵⁶⁸ a mandatorní závazky, k nimž je vláda zavázána dříve přijatými zákony a jejichž eliminaci v právním státě brání zákaz zpětné působnosti práva (retroaktivita), ochrana nabytých práv či ochrana legitimních očekávání. Tato omezení platí, jen, uvažujeme-li o systémových stranách, které se politické soutěže účastní, aniž by jejich cílem bylo, že volby, které vyhrají, budou posledními svobodnými volbami v právním státě.

⁵⁶⁴ Podle Klaus von Beymeho, který použil metodu sledování historického vývoje krystalizace stranického spektra, se jedná o rodiny sdružující: 1. liberální a radikální strany; 2. konzervativní strany; 3. socialistické a sociálně demokratické strany; 4. křesťansko-demokratické strany 5. komunistické strany; 6. rolnické strany; 7. regionální a etnické strany; 8. extrémně pravicové strany a 9. ekologické strany (ideologicko-pragmatické vymezení) citováno dle Srovnej Fiala, Petr, Mareš, Miroslav, „Programatika politických stran“ in Politologický časopis č. XX, ročník 1998, str. 9.

⁵⁶⁵ Tak jak je vymezují Fiala-Strmiska 1998. str. 92.

⁵⁶⁶ A otevírá se proto široké pole pro nejrůznější teorie splývání či mizení rozdílů.

⁵⁶⁷ Tyto nástroje jsou například poznamenány mírou důvěry ve stát či produktivní síly konkurence, nebo například ochotou zasahovat do rodinných vztahů. Socialistické vlády tendují k řešením, která ve svých důsledcích nerespektují logiku tržně-cenových mechanismů a získané prostředky používají ve prospěch méně výkonných tržních subjektů, čímž v důsledku motivací k individuální aktivitě podvazují. Vlády liberálně-konzervativní tyto aktivity podřizují zvýšení sféry autonomie (a odpovědnosti) jednotlivců. Procesuální dimenze ekonomické politiky vždy umožní odhalit řešení tržně konformní a řešení, která trh nerespektují.

⁵⁶⁸ Požadavky EU, NATO, MMF, WTO.

Vládní většina je „svazována“ např. materiální výhradou zákona obsaženou v čl. 4 odst. 3 a 4. Listiny.⁵⁶⁹ Má zákonná normotvorba jiné než ústavní limity? Obecná odpověď na tuto otázku zní záporně. Přesto je však každému právníkovi zřejmé, že zákonodárné počiny vládní většiny například v oblasti objektivního soukromého práva jsou omezeny a tato omezení vyplývají z faktu, že operačním prostorem zákonné normotvorby je prostředí liberálně demokratického právního státu (jímž je podle našeho ústavního pořádku Česká republika).

Přesto je myšlenka omezení obsahových cílů vlády na poli politické vědy něčím velmi iritujícím. Je kritizována ingerence soudů, resp. ústavních soudů do politických otázek a s nelibostí je hleděno na tzv. judicializaci politiky.⁵⁷⁰ Je-li však např. desetiletí, kdy sněmovní volby v České republice nebyly s to vytvořit jasnou většinu, dáváno za vinu rozhodnutí Ústavního soudu,⁵⁷¹ nelze to vykládat jinak než jako výtku, že Ústavní soud dělal práci, k níž je Ústavou ČR výslovně povolán, tedy vykládal Ústavu. Pokud z právního pohledu můžeme najít jistý prostor pro pochybnosti, neboť „poměrnost“ či „většinovost“ volebního systému byla skutečně hraniční otázkou.⁵⁷² Výtky, že pozdější „nespravedlivé“ výsledky několika dalších voleb jdou rovněž na vrub Ústavního soudu, zcela pomíjejí normativní rámec, v němž se Ústavní soud může pohybovat. Ústavodárce, vědom si potenciálně velké moci Ústavního soudu, tuto moc zásadně omezil jen na rušící (tzv. kasační) výroky.⁵⁷³ Pokud tedy modely indikovaly, že po zásahu Ústavního soudu může volební zákon plodit nespravedlivé výsledky,⁵⁷⁴ jediný, kdo mohl

⁵⁶⁹ srov. podobně Filip, op. cit., str. 274.

⁵⁷⁰ K judicializaci politiky z pohledu právního srov. např. Kühn, Z., *The Judicialization of European Politics* in In: Erik Jones, Paul Heywood, Uli Sedelmeier, Martin Rhodes (eds.). *Development in European Politics*, Macmillan/Palgrave 2006, str. 216-236.

⁵⁷¹ Nález sp. zn. Pl. ÚS 42/2000 ze dne 6. 2. 2001 (N 16/21 SbNU 113; 64/2001 Sb.)-srov. na <http://nalus.usoud.cz>. Toto téma asi ustoupí ve prospěch zrušení vyhlášených voleb do Sněmovny v roce 2009.

⁵⁷² Nicméně ÚS zde vyřkl svůj verdikt jasně, a transparentně jej odůvodnil.

⁵⁷³ Jen v zanedbatelném promile případů může Ústavní soud rozhodnout pozitivně (typicky ověření mandátu), jinak může pouze vyřknout: k návrhu ruším A nebo zamítám návrh na zrušení A.

⁵⁷⁴ Jak se stalo ve sněmovních volbách v roce 2006, kde byl silný nepoměr mezi počtem hlasů a získaných mandátů mezi KDU-ČSL a SZ; ovšem podobné spekulace nikdy nekončí: výsledek voleb lze interpretovat jako odraz politické nezkušenosti SZ a politické šikovnosti KDU-ČSL, která dobře odhadla, ve kterých

přijmout pozitivní úpravu, byl zákonodárce. Pokud by ústavní soudci odmítli zrušit protiústavní ustanovení poukazem na pravděpodobnost, že zákonodárský sbor nedokáže přijmout novou, ústavně souladnou ústavu, porušili by svůj slib.

Projevem nevyjasněného vztahu práva a politiky jsou situace, v nichž je na jedné straně ÚS „bezradnými“ legislativci vyzván, aby tedy řekl, jak má úprava vypadat, a na straně druhé sklídí rozhořčená obvinění ze soudního aktivismu, pokud nastíní svou představu o možné právní úpravě.⁵⁷⁵

Závěrem poznamenejme, že téma judicializace politiky silně ožilo při sledování politické reality USA, kde však soudy do politiky vtáhli samotní političtí aktéři, a to spuštěním *impeachmentu* v případě prezidenta Clintona. Z logiky politických procesů přitom plynulo, že zbraň zdviženou jedním aktérem brzy použije protivník, který nemůže nevzít v úvahu konec nepsané dohody o tom, že politiku je lepší před soudy „netahat“. Soudní přepočítávání hlasů bylo logickým důsledkem předchozího využití soudů v politickém boji.

K PROJEVENÍ SKUTEČNÉHO PŮSOBENÍ ZÁKONA JE TŘEBA ČAS

Je vládní většina z hlediska obsahu normotvorby omezena ještě něčím jiným než formální a materiální výhradou zákona? Pokud přijmeme zápornou (politologickou) odpověď, můžeme jako právníci bez dalšího říci, že vládní většina má v rámci „zákonodárského uvážení vlády“ stejný operační prostor jak v oblasti veřejného, tak soukromého práva? Ze strukturálních souvislostí plyne, že v oblasti soukromého práva je operační prostor nesporně omezen samotným principem svobody jednotlivce; aktuálním politickým představám zde přísluší zdrženlivost. *Zvláštnosti transformačního období však i zde právní úpravu dynamizují.*

Změna zákona se stala něčím naprosto přirozeným, že je ústavou pověřeným držitelům zákonodárné iniciativy obtížné vysvětlit, že zásahy

okrcích se má odklonit od logiky poměrného systému a nasadit kandidáty vyhovující většinovému systému.

⁵⁷⁵ Lze si jen přát, aby široká publicita ratifikačního procesu Lisabonské smlouvy přinesla alespoň komparativní poznatek, že ústavní realita SRN dovoluje tamějšímu ÚS, aby *nařídil* parlamentu, jaký zákon má přijmout.

do kodexů těžce poškozují efektivnost těchto předpisů jako celku. Stabilita práva je základním požadavkem kladeným na právo. Přitom empirie nás učí, že efektivnost právní úpravy neposoudíme dříve než za tři až pět let.⁵⁷⁶ Již jen z tohoto konstatování plyne napětí mezi čtyř až pětiletým taktem politického cyklu (a pochopitelnou chutí nové garnitury „dělat to jinak“ a splnit sliby dané voličům) a požadavkem racionální normotvorby.

Časové proporce jsou na jedné straně dány délkou volebního období a na straně druhé délkou doby, po jejímž uplynutí lze přistoupit k vyhodnocení její efektivnosti (2 – 4 léta). Střet požadavků plynoucích z formálně právních dedukcí s logikou politiky, je vždy hlasitý (viz debaty o chápání prezidenta republiky jako úředníka nebo přílepková diskuse). Kompromis bude neshodně nalézt, což však nic nemění na nutnosti snah ho hledat. Kompromisní východisko se neobejde bez respektování vnitřní logiky jak práva, tak politiky.

OMEZENÍ PLYNOUCÍ Z PŘIHLÉDNUTÍ K FUNKČNÍMU URČENÍ

Výše vymezené funkce práva nám mohou pomoci objasnit nutnost rozlišovat mezi zákony, které mají z ústavního hlediska stejnou sílu, ale možnosti do nich smysluplně zasahovat jsou velmi omezené. Takovými nedotknutelnými zákony jsou kodexy. *„Zákon a tím spíše kodex musí obsahem svých příkazů respektovat to, k čemu je společnost sama nakloněna, a co je pro ni akceptabilní. Pominutí tohoto principu vede nutně k masovému porušování zákonů a ke ztrátě normativní hodnoty. Každý zákon musí především respektovat ‚obecný stav myslí‘ konkrétní společnosti“.*⁵⁷⁷ V případě občanského zákoníku můžeme snadno dospět k závěru, že jeho smysl spočívá především ve funkci *řádu*, a pokud je do systémově vysoce provázaného textu kodexu zasahováno s cílem prosadit parciální politickou představu, výsledkem nemůže být nic jiného než oslabení efektivnosti výsledného předpisu.

Chceme-li mít prostor pro aplikace práva jako nástroje společenské změny, nemůžeme jednoduše říci, že celé veřejné právo je vhodným

⁵⁷⁶ Gerloch, op. cit. str. 298.

⁵⁷⁷ Eliáš, K.: *Ke koncepci rozvoje soukromého práva* in Knapp, V. a kol.: *Tvorba práva a její současné problémy*, Praha: C. H. Beck: 1998, s. 341.

nástrojem naplnění této funkce práva: „*Podívejme se např. na prostředek tak obsáhlý a technický, jako je trestní zákoník. Demokratickou metodou lze rozhodnout, zda země takovou kodifikaci vůbec potřebuje. Je možné ji také použít v těch 'záležitostech, o kterých chce vláda učinit politické – tedy nikoli jen formální – rozhodnutí, tedy např. zda by měly být praktiky některých odborových organizací nebo svazu zaměstnavatelů považovány za zločin. Ale pokud jde o zbytek, musí vláda a parlament přijmout názor odborníků, bez ohledu na názor, který má ve věci sama. ...Racionální postup vyžaduje, aby bylo legislativě zabráněno jak záchvatům pomstychtivosti, tak návalům sentimentality.*“⁵⁷⁸ Samostatné pojednání o veřejnoprávní normotvorbě je spíše výjimečné a zdržuje se otázek každodenní politiky⁵⁷⁹, popřípadě věc pojímá v technicistním apolitickém duchu normotvorby jako procesu naplňování objektivních procesů.⁵⁸⁰

Avšak ani ve veřejném právu charakterizovaném nařizovací povahou norem není operační prostor neomezený (viz např. procesní a trestní právo). Typickým veřejnoprávním panstvím je právo sociálního zabezpečení a welfare vůbec. Mají-li být naplněny postuláty stabilního práva, pak by vládní politika měla být realizována legislativou programovou, tedy legislativou účelově a časově omezenou, a jinak se jen omezit na drobné parametrické změny.⁵⁸¹ Při jiném pojetí nelze naplnit požadavek stabilního práva.

Ať už vládne levice či pravice⁵⁸², nesmí být např. občanský zákoník levicový či pravicový a jedinou ideologií, jež může i z normativního

⁵⁷⁸ Schumpeter, op. cit., s. 310.

⁵⁷⁹ Srov. např. Matula, M.: *K analýze a koncepci legislativy správního práva* in Knapp, a kol., op. cit., str. 402-418, kde jsou koncepční úkoly pojednány především jako proces deetatizace a demokratizace.

⁵⁸⁰ Srov. Šrámek, A., a kol.: *Tvorba právních norem ve veřejné správě (legislativní technika)*, Praha: PrF UK, 1995. Konstatuje se velký podíl veřejné správy na tvorbě zákonů (str. 26). Politika je pojednána jen v lince: programové prohlášení vlády – plán legislativních úkolů vlády, jehož příprava je v rukou ministerstev (str. 75).

⁵⁸¹ V transformačním období je tento požadavek obtížně sledovatelný, protože transformační zákon a zákon realizující úzce politický cíl se obtížně rozlišuje, což je poznatek stejně platný, jako poznatek, že takových zákonů bylo a je více, než je z hlediska efektivnosti práva akceptovatelné, neboť právní řád nemůže v této míře následovat politické kyvadlo.

⁵⁸² Nebudu se nyní pouštět do polemik, zda ještě levice a pravice existují. Domnívám se, že na základě empirických dat lze snadno doložit, že existují dvě základní oblasti, v nichž se levice a pravice odlišují: a to jsou témata a zejména způsoby jejich politického řešení. Na těchto odlišnostech nic nemění fakt, že velkou část

hlediska odrážet, je ideologie vtělená do ústavního pořádku (např. ideologie lidských práv⁵⁸³, ideologie vymezená historií evropského kulturního vývoje⁵⁸⁴ atd.). Slovo *nesmí* užitá v předchozí větě nemá samozřejmě normativní význam a vládní většině nic nebrání přijmout např. „levicový“ zákoník práce či trestní zákoník. Takový text však nutně přijde o svou důležitou vnitřní kvalitu, již je stabilita, neboť do takového zákona bude zasahováno téměř po každých volbách tak dlouho, až se vytratí původní účel rekonstrukce. A že dosažení takového stavu není otázkou dlouhé doby, to nám ukazuje např. podoba procesních kodexů trestního a civilního práva, kde novely popřely mnohé z prvotních účelů novel č. 30/2000 Sb.⁵⁸⁵ a 265/2001 Sb.⁵⁸⁶ (v trestněprávní oblasti lze zaznamenat mnoho odchylek od kontradiktornosti). Tento stav samotný prodlužuje řízení a zvyšuje nejistotu.

Procesní předpisy mají jednoznačné funkční určení: naplnit rozsuzovací funkci. Přesto se trestní řád, občanský soudní řád a soudní řád správní opakovaně stávají předmětem hodnotově-politicky motivovaných změn, které si často ani nekladou otázku, zda nezhorší naplnění rozsuzovací funkce.

témat musí státý řešit, bez ohledu, zda je impérium ve své ruce třímá levicová či pravicová vládní většina.

⁵⁸³ srov. např., Preambuli Listiny základních práv a svobod a její celý obsah.

⁵⁸⁴ viz Preambule Ústavy ČR, která deklaruje kulturně-právní kontext operačního prostoru práva.

⁵⁸⁵ Nahlédneme-li po letech do důvodové zprávy-Sněmovní tisk č. 257, období 1998-2002 [navštíveno dne 18. 11.2007]. Dostupné z: www.psp.cz, zjistíme, že: „*Ideové kořeny nejen občanského soudního řádu ... zčásti spočívají stále v 60. letech a již je nelze zcela překonat dílčími novelizacemi. Toto základní politicko-právní východisko vedlo vládu k rozhodnutí, že je nezbytná ...rekonstrukce.*“ Cílem bylo mj. „*aby z činnosti soudů byly odstraněny zbytečné průtahy (čl. 38 odst. 2 Listiny základních práv a svobod), a aby soudy rozhodovaly o občanských právech nebo závazcích v přiměřené době (čl. 6 odst. 1 Úmluvy o ochraně lidských práv a základních svobod).*“

⁵⁸⁶ Zde důvodová zpráva-Sněmovní tisk č. 785, období 1998-2002 [navštíveno dne 18. 11.2007]. Dostupné z: www.psp.cz uvádí: „*...novelizace se zaměřuje ...na základní nedostatek ... kterým je přílišná složitost trestního řízení; vyžaduje se, aby zejména dokazování a rozhodování ve všech stadiích se provádělo v rigorózně procesní formě, a činnost jednotlivých orgánů trestního řízení se tak stává duplicitní místo toho, aby na sebe předešlím navazovala. ...základním smyslem právní úpravy trestního řízení je zajistit, aby ...byl nejen odhalen, usvědčen a potrestán pachatel, ale aby se tak stalo co nejdříve po spáchání trestného činu. Jen tehdy může být trestní řízení veřejností vnímáno jako výkon trestní spravedlnosti a může plnit i další cíle - zejména v oblasti prevence.*“

SNAHY O VYTYČENÍ DEMARKAČNÍ LINIE MEZI PŘÁVEM A POLITIKOU

Jedním z možných způsobů vedení dělicí čáry mezi právem a politikou je jejich připodobnění k rozdílu *lex lata* (platné právo) a *lex ferenda* (právo, o němž si přejeme, aby platilo)⁵⁸⁷, což je však názor přibližný. Mezi právem a politikou není v právním státě hierarchický vztah (dochází mezi nimi ke zvýšeným iritacím, přičemž však není možná existence „čistého“ práva a politiky, které fungují na principu vzájemného zdvojení).⁵⁸⁸ Systémová teorie se dále vyvinula a pracuje s nehierarchickými modely.⁵⁸⁹

Demokratická politika je arénou střetu hodnotových a zájmových preferencí, přičemž funkcí politických stran je mj. agregovat a artikulovat různá stanoviska a prosazovat je v parlamentních a vládních institucích,⁵⁹⁰ tak, aby byl ovlivněn život voličů směrem, který je od stran očekáván voliči. Do práva se vědomě i mlčky promítají hodnotové představy aktérů o žádoucích účelech.

Východiskem ze zmíněných protichůdných požadavků je konceptualizace politiky pomocí různých dimenzí⁵⁹¹: vedle procesuální stránky politiky, utváření politické vůle v konfliktním procesu střetávání agregovaných zájmů (politics), zahrnuje i institucionálně-právní rámec veřejného života (polity) a vlastní, obsahovou, či chceme-li materiální stránku správy věcí veřejných (policy), tzv. trojdimenzionální pojetí politiky.⁵⁹² Když máme před očima toto rozdělení, pak můžeme vidět plastičtěji různé podoby vztahu práva a politiky a jen s obtížemi obhájíme kategorické konstatování, že právo lze pojednávat izolovaně od politiky.

Právní věda by se měla vyvarovat jednostranného pohledu na politiku. A stejně tak se věda o politice přiblíží více pochopení mechanismu fungování státu, pokud vedle velmi potřebného studia

⁵⁸⁷ Neubauber, op. cit., str 17.

⁵⁸⁸ Srov., Příbáň, J. Právní symbolismus, Filosofía, Praha, 2007, str. 40-42 a 51-52.

⁵⁸⁹ Srov. např. Luhmann, N., Sociální systémy, Brno, CDK, 2006.

⁵⁹⁰ Pro bližší rozpracování této teze srov. např. Cabada, L., Kubát, M., a kol. *Úvod do studia politické vědy*, 2. vyd., Praha: Eurolex Bohemia, 2004, str. 124–127, 238–239 a 346. Novák, M., *Systémy politických stran*, Praha, Slon, 1997, s. 42, Adamová, K., Křížkovský, L., *Základy politologie*, 2. vydání, Praha, C. H. Beck, 2004, s. 133.

⁵⁹¹ Viz nástroje *policy analysis* – srov. např. Fiala, P., Schubert, K. *Moderní analýza politiky*. Uvedení do teorií a metod *policy analysis*. Brno: Barrister & Principal, 2000, s. 18-19.

⁵⁹² Srov. např. Cabada-Kubát, a kol., str. 53-55.

a analýzy mechanismů politické reprezentace a role politických stran, bude obracet více pozornosti k normativnímu rámci politiky, kterému se tradičně věnuje právníká státověda a konstitucionalistika.⁵⁹³ Právní vědci zde nemohou opomíjet, že i kdybychom přijali takový výměr právní vědy, který se od všech hodnotových a pragmatických momentů distancuje a vytěsňuje mimo svůj poznávací záběr, pak se logicky uvolní prostor pro nějakou jinou vědu, ať už ji nazveme jakkoli, která se bude při použití metod právní expertízy a právní argumentace snažit odpovídat na otázky, jež právní věda označí za (pro ni) irelevantní.

6.7.3 Politické řízení společnosti pomocí práva?

Vládě přísluší stanovovat cíle politiky státu a má zákonodárnou iniciativu vůči parlamentu, přičemž díky nutnosti vládní většiny v Poslanecké sněmovně jsou v zásadě „shodné“ většinová vůle zákonodárné a výkonné moci.⁵⁹⁴ Z přísně technického a funkcionálního pohledu se může právo jevit jako „*nástroj právně politického řízení společnosti*“.⁵⁹⁵ Představa, že společnost lze pomocí práva *řídít* v souladu s objektivními potřebami a obecnými zájmy k poznaným cílům, se vzpírá jak empirickým poznatkům, tak omezené poznatelnosti žitého světa, tak i ústavním omezením veřejné moci, neboť tak dalece legitimita vládnoucí většiny nesahá, resp. nelze jednoduše přijmout, že směr „řízení“ společnosti bude vždy takový, jaké budou politické představy vládnoucí většiny. A právo jako celek je obtížné instrumentalizovat.

Avšak ani plánování legislativy nemůže zcela abstrahovat od politiky a vymezit cíl plánování jako čisté zdokonalování legislativy, na základě vědeckého prognózování vývoje.⁵⁹⁶ Politologie upozorňuje, že i normotvorba je výběrovým volným procesem, do něhož se promítají jedny hodnoty na úkor druhých jako výsledek politického střetu a

⁵⁹³ Srov. Novákův citát Duvergera (op. cit., str. 192).

⁵⁹⁴ Srov. Filip, J.: *Aktuální otázky výkonné moci v ČR*, op. cit., s. 22-23.

⁵⁹⁵ Srov. Šín, Z.: *Tvorba práva. Pravidla, metodika, technika*, Praha: C. H. Beck, 2003, s. 37. Pokud autor soudí, že: „Neorganizovanost, nesystémovost, neregulovanost a živelnost, subjektivismus, nedostatečná úroveň poznání, nepřehlednost a nesrozumitelnost v tvorbě a realizaci práva může člověka dezorientovat, uvolnit vztah k povinnostem a dodržování pravidel, vést ve svých důsledcích k nekázní, anarchii a ke ztrátě odpovědnosti (corruptissia res publica plurimae leges [Zkažený je stát s přemírou zákonů]). Op. cit. str. 37-38.

⁵⁹⁶ Šín, op. cit., s. 52-56 a 59.

konsensu.⁵⁹⁷ „V politice vždy existuje konkurence o přízeň lidí ...Politická strana není skupinou lidí, kteří se snaží prosazovat veřejné blaho, ‘podle principu, na němž se všichni shodnou’. Taková racionalizace je nebezpečná“.⁵⁹⁸ V každém případě je rozhodujícím faktorem v činnosti parlamentu vládní iniciativa a [vládní] výběr.⁵⁹⁹

Výše popsany sociálně inženýrský přístup k úloze práva při řešení sociálních problémů není jediný možný, což lze doložit příkladem řešení rasových předsudků, který je popsán jinde v této práci⁶⁰⁰, kdy sociální psycholog na závěr svého výzkumu přesvědčivě formuluje realisticky opatrný postoj k legislativě jako nástroji sociální změny a pléduje pro uplatnění sociálních věd v procesech jak tvorby, tak soudní aplikace práva. Sociální věda je zde představena nikoli jako (comtovská) formulátorka politických cílů (monopolní a k iracionálním motivům netečná),⁶⁰¹ nýbrž jako rádkyně, praktická pomocnice soudů a zákonodárců v tom, jakými nejlepšími nástroji cílů dosáhnout, přičemž se na zákon nedívá s přehnaným optimismem a vidí jej jako jeden z více možných nástrojů.

6.7.4 Překážky efektivnosti práva a funkční určení práva

Právní řád se stal natolik nepřehledným, že právníci stojí před úkolem trpělivě vysvětlovat politickým aktérům, že některá jimi navrhovaná řešení nutně vyvolají nežádoucí důsledky. Právo je expertní systém, který je sice navenek srozumitelný (nebo by měl být), ale tento náhled si neprávnické osvojí jen proto, že hodnotí jen viditelnou „špičku ledovce“. Zásahy do práva, nemají-li mást funkční určení, musí probíhat na základě expertní diskuse. Časté „přetahování“ mezi judikativou a legislativou o právo konečného výkladu toho kterého právního institutu významně oslabuje efektivnost práva a bylo by možno doložit, že motivace k „přebíjení“ výkladů často pramení z neporozumění a neznalosti

⁵⁹⁷ Srov. Adamová – Křížkovský, s. 252

⁵⁹⁸ Schumpeter, J., *Kapitalismus, socialismus a demokracie*, Brno, CDK, 2004 (poprvé 1942), s. 289.

⁵⁹⁹ Schumpeter. op. cit., s. 298, 301

⁶⁰⁰ Srov. Allport, G. W.: *O povaze předsudků*, Praha: Prostor, 2004, 483-487.

⁶⁰¹ Jako jsou motivy kulturní, hodnotové historické či emocionální. Takové netečnosti věda naní schopna.

imanentních rysů politiky a práva, které opakovaně nutí aktéry sahat k řešením, která jsou nepřijatelná mimo systém, z něhož vzešla.

Prolínání politického a právního systému může mít jak podobu produktivní, tak neproduktivní, pokud se jednotlivé systémy trumfují, přebíjejí a negují výsledky, ke kterým na základě zjištěné nezbytnosti a neodvratnosti dospěl „ten druhý“ systém. Promyšlení funkčního určení systémů práva a politiky podmiňuje jejich vzájemnou efektivitu. Jan Kysela upozornil,⁶⁰² že politická věda normotvorbu nepovažuje za svůj předmět zájmu a pravověda má tendenci omezovat se jen na právně technické aspekty normotvorby, čímž je dán stav, který právo popisuje jako negativní kompetenční konflikt, tedy stav, kdy existuje činnost, k níž se takřikajíc nikdo nehlásí. Přečte-li politolog kapitulu „Expozice tématu ústavodárství namísto závěru“, uhlídá, že mu unikla výzva k diskusi, jejíž výsledek jej mohl dva roky dopředu argumentačně připravit na situaci, která později reálně nastala.⁶⁰³

Stejně tak nutno podotknout, že právní řád potřebuje zdokonalování a pročišťování, což je úkol, od kterého je nutno držet laiky hodně daleko, protože strukturovanosti práva nerozumí.

Představa o funkčním určení právní normy a právního předpisu je nezbytnou podmínkou efektivnosti.

⁶⁰² Kysela, J., Uvedení do teorie legislativní tvorby práva aneb pokus o „právní politologii“ in Časopis Právnick č. 12/2007, str. 1263, 1284 - 1287

⁶⁰³ Dnes můžeme jen spekulovat, jak by se neproběhnuvší diskuse na toto téma odrazila v jednání politických aktérů.

7. Překážky efektivnosti práva

Právě uzavíraný text si kladl za cíl analyzovat koncept efektivnosti práva a představit typové překážky efektivnosti.

Efektivnost práva je relativně snadné teoreticky vymezit (jedná se o poměr cíle a míry jeho dosažení), ale již na této úrovni se objevují první otazníky a zásadní problémová místa.⁶⁰⁴ Sledování izolované efektivnosti (právního předpisu či odvětví) nemůže přinést adekvátně využitelné výsledky, protože právo je provázaná entita vzájemně závislých částí. Neefektivnost jednoho prvku v řetězci automaticky snižuje efektivnost celku a stejně tak selektivní zaměření na zvýšení jedné části celku není k užítku, pokud je provedeno přesunutím zdrojů či kapacit odjinud. Navíc samotný fakt novelizace předpisu krátkodobě snižuje efektivnost, neboť je třeba jistého času, než je uveden v reálný život.

V reálném životě je zjištění a přesné vyjádření cíle právního předpisu či normy opět složitější, než při načrtnutí teoretických úvah.

Díky axiomu všeobecné platnosti práva celková efektivnost musí limitně zahrnovat všechny regulované případy a o pozornost se tak hlásí i propustnost právní soustavy.

Statické vyjádření efektivnosti, jakkoli je teoreticky elegantní a přesvědčivé, nedává výsledky aplikovatelné v praxi, neboť právo je aplikováno na dynamické procesy. Dynamické vyjádření efektivnosti proto musí pracovat s faktorem času.

V praxi jsou používány ekonomické, sociologické a právně teoretické přístupy k zjišťování efektivnosti práva.⁶⁰⁵

Ekonomické přístupy efektivnosti práva jsou v současné době nejlivnější a je příznačné, že se uvnitř velmi pestře štěpí na jednotlivé školy užívající ekonomickou metodologii dosti odlišným způsobem. Posnerovské paradigma je hluboce včleněno do právní reality anglosaského práva a koncept užítku zpracovává způsobem, který jej zařazuje do proudu utilitaristických teorií. Ovšem směr právo a ekonomie (označovaný často nepřekládaným výrazem law & economics) je

⁶⁰⁴ Srovnej kapitolu „Abstraktní vyjádření efektivnosti práva“.

⁶⁰⁵ Věnuje se jim kapitola „Oborová pojetí efektivnosti práva“.

reprezentován i jmény Bruna Leoniho a dalších, kteří neopouštějí ekonomický styl myšlení, ale subtilní analýzu pracující s koncepty vzácnosti, nabídky - poptávky a zejména marginálního užítku užívají v rámci myšlenkových modelů překonávajících nedostatky utilitarismu.

Zvláštní místo mezi ekonomickými metodami sledování efektivnosti práva má analýza dopadů právní regulace (RIA), které se dostalo institucionálního uznání a byla začleněna do legislativních pravidel vlády jako obligatorní součást legislativního procesu. Analýza dopadů právní regulace, ačkoli je řazená mezi ekonomické metody a ačkoli je prosazována ekonomy, zřetelně užívá i prvky sociologické a prvky cílově-výsledkového přístupu. RIA je seberefereční metodou hodnocení práce státní správy, což přeci jen limituje její bezhodnotovost. Čistě akademický výzkum užívající nástroje RIA neztrácí důležitost.

Nákladová efektivnost je ekonomickou metodou, která v praxi bývá zaměňována za ekonomickou analýzu práva jako takovou a často je užívána v politicko-byrokratických argumentačních hrách. Ve skutečnosti však má čistě nákladová metoda při analýze práva velmi omezené využití, neboť jsou mnohé oblasti práva, které vždy budou představovat čistý výdaj (např. právo zajištění sociálního minima nebo právo upravující institucionální strukturu státu). Nákladová efektivita je však i zde využitelná, v podobě komparativní efektivnosti, nebo efektivity využívání vyčleněných zdrojů, která neoznačuje za plýtvání samotný fakt, že peníze byly vynaloženy, ale pozornost přesouvá k otázce, v jaké míře a jak úspěšně je penězi nevyjádřitelný cíl dosahován pomocí vyčleněných prostředků. U záměrů, jejichž finanční výnos není měřitelný, resp. kde je záporný, je nutno klást vysoký důraz na precizaci cílů, jichž má úprava dosáhnout.

Sociologická koncepce efektivnosti práva byla původně silně spjata se strukturálním funkcionalismem, který nahlížel velmi optimisticky na možnosti a schopnosti práva působit na společnost. Tam, kde se vyskytne problém, nasadí se právní nástroj k jeho vyřešení a vyskytne-li se odchylka od normy, právo si s ní poradí. Je zde tendence nahlížet na obtíže efektivnosti práva jako na otázku patologie aktérů, nebo dočasné nedokonalosti práva. Pozdější sociologicko-právní směry byly velmi

kritické k myšlence efektivnosti práva jako nástroje sociálního inženýrství, který je schopen směřovat společnost v podstatě libovolným směrem. Sociologie práva však nabízí paletu funkcí práva a tím nutí znovu promýšlet otázku cílů práva, která je klíčem k jakémukoli pokusu zjišťovat efektivnost a upozorňuje, že právo zdaleka není jediným regulačním mechanismem společnosti. Zjišťování efektivnosti práva je z pohledu sociologie práva podnikem se značně nejistými výsledky. Právo je užíváno strategicky v zájmu jednotlivých aktérů a jednotný pohled na právo (který zjišťování efektivnosti vyžaduje) nelze zajistit, neboť sociální aktéři vnímají právo odlišně, v závislosti na úhlu své perspektivy.

Současná teorie práva je poučena poznatky ostatních věd a nesnaží se vystavět jednokriteriální, monometodologické schéma pro zjišťování efektivnosti. Je nutno osvojit si diferencovaný přístup ke zjišťování efektivnosti práva.

Ať už je však užita jakákoli koncepce efektivnosti, musí respektovat poznatky kritizující samotnou podstatu efektivnostního podniku, který je v určitých ohledech konfliktní se samou podstatou práva.

Pojem cíle práva je klíčovým bodem zjišťování sociální účinnosti práva,⁶⁰⁶ přičemž je neodbytně spjat s funkcemi práva, což je prvek systémové teorie společnosti, která však postupem času ztratila schopnost dodávat poznatky mající explikační schopnost. Socioprávní věda však myšlenku funkcí práva později adaptovala do neesencialistické podoby, vědoma si nebezpečí zvěcnění obrazných pojmů a záměny vysvětlujícího popisu za preskriptivní normu běžné činnosti, na níž vlastně není třeba nic měnit, a kterou neradno měnit. Lze sestavovat poměrně pestré rejstříky funkcí, ale pro život práva naší společnosti teď a tady mají stěžejní význam funkce řádu (sociální kontrola a orientující funkce), funkce rozsuzovací a funkce nástroje sociální změny.

Koncept efektivnosti práva je v původním instrumentalistickém sociálně inženýrském výměru aplikovatelný jen na funkci nástroje

⁶⁰⁶ Téma rozebírá kapitola „Funkce a cíle práva“.

sociální změny a i v této doméně platí poznatek o omezených možnostech práva.

Rozsuzovací funkce práva má v pluralitní společnosti zásadní důležitost a efektivní právo musí plnit tuto roli, což je poznatek vystupující do popředí zejména díky dědictví systémové teorie a s ní spojeného strukturního funkcionalismu, který měl sklon nahlížet na spory jako něco patologického, eliminovatelného zlepšením a zkvalitněním práva, neboť strukturní funkcionalismus je silně vázán na konsensuální model společnosti. Adekvátním modelem naší společnosti je ale model konfliktuální, které chápe konflikt jako střet zájmů a odlišně chápaných významů, které jsou v pluralitní společnosti běžné a jejich odstranění není možné. Konfliktuální model společnosti nahlíží na střet jako na nezbytný průvodní jev odlišnosti sociálních perspektiv jednotlivých aktérů (perspektivismus). Realita, tak jak ji vnímáme, je sociálně konstruována a odlišné historické a kulturní osvětí jednotlivých aktérů přímo předurčuje tyto aktéry k odlišnému náhledu na tytéž věci (sociální konstrukcionismus), jakkoli je lze nakonec „objektivně“ popsat.

Nelze docenit důležitost funkce řádu, kdy právo plní roli nástroje sociální kontroly a má pro členy společnosti orientující funkci. Tato role práva jako systému pravidel (pravidla tu nemají jen mocenskou funkci) nesmí být podryvána přeskupováním zdrojů a zaměřováním pozornosti k ostatním funkcím. Pravidla sama jsou výrazným faktorem zvýšení efektivnosti, a to prostým faktem své existence.

Pro potřeby analýzy efektivnosti práva byl v této práci pojem cílů práva vyhrazen relativně konkrétním konečným stavům, jichž zamýšlí dosáhnout právní předpis, či jiná část právního řádu. Funkce práva zde mají více analytickou a abstraktní povahu. Platí však, že každý cíl, jehož chce právo dosáhnout, v různé míře přispívá k oslabení či posílení jednotlivých funkcí práva.

Z výše naznačených otázek plyne, že efektivnost práva je přitažlivou vědeckou výzvou a právní věda si musí uchovat schopnost ji pojmut do svého výzkumného pole.⁶⁰⁷ Spory, zda jedinou vědou v oboru věd o

⁶⁰⁷ Srov. kapitolu „Efektivnost jako právně vědecká otázka“.

právu je teorie práva snad již máme za sebou a sociologie práva již snad nemusí bojovat o svůj vědecký status. Ostatně často se v právně-vědeckých pracích setkáváme s odkazem právě na sociologii práva jako na obor, který má nabídnout řešení té či oné vědecké otázky. Tak či tak, i když by právní věda všechny jiné otázky, než je výklad na základě práva *de lege lata*, vyloučila ze svého povoleného výzkumného záběru, bude tu muset být jiná věda, která bude řešit zbylé otázky zabývající se například chováním práva a vlivem právního okolí. Jiné vědní obory totiž do tohoto pole nevstoupí, považují ho za hájemství jurisprudence. Efektivnost práva je jednou z takových otázek.

Úkolování právní vědy však nekončí jen nutností rozšířit výzkumný záběr. Právní věda musí být schopna zabývat se otázkami praxe a provozovat aktivní výzkumy v oblasti práva. Právní věda musí realizovat svůj intelektuální potenciál a nabízet řešení praktických problémů právního života. A týká se to všech právních oborů, včetně právní dogmatiky, která stojí před úkolem rozšířit své instrumentárium v reakci na změny normativního okolí, ke kterým došlo v posledních dvaceti letech.

Hovoříme-li o efektivnosti práva v souvislosti s právní vědou, lze zaznamenat občanské obavy z ekonomické ideologizace právní vědy. Avšak jurisprudence nemá důvod k nízkému sebevědomí, a to ať už vzhledem k tradici, která je téměř desateronásobně delší než tradice ekonomické vědy, tak s přihlédnutím stále omezeného fokusu otázek, které obor ekonomie a právo je s to řešit. Jistá nervozita může plynout z faktu, že ekonomie a právo pretenduje na totální rekonstrukci právního řádu, ale je to právě celistvost právní vědy, která jí skýtá významnou konkurenční výhodu. Právní věda však musí být schopna otevřené, živé a argumentačně podložené polemiky s poznatky jakéhokoli vědního oboru, neboť si tak uchová přesvědčivost a vitalitu a navíc bude posílena o nové poznatky a některé přístupy.

Překážkou efektivnosti práva rozumíme vše, co platnému právu brání v dosažení deklarovaného cíle.

Právu mohou v dosažení cíle bránit vlastnosti samotného práva.⁶⁰⁸ Je to dáno systémovou odděleností a relativní uzavřeností práva samotného, která brání právu v jeho jednoznačné a jednoduché instrumentalizaci a manipulativním užití. Nicméně právní instrumentalismus je dominantní právní ideologií a právo vždy bude pod tlakem, aby řešilo problémy, které ve skutečnosti řešit nedokáže, nebo je řeší nešikovně či nákladně. Právo má své limity a v tomto smyslu jsou překážkou efektivnosti práva ty přístupy, které právu kladou cíle ležící za jeho limity.

Vysoce neefektivní pak jsou postupy, které se jako překážku efektivnosti práva snaží bez hlubších úvah odstraňovat rysy, které jsou právu vlastní. Vlastnosti práva koření příliš hluboce v jeho nitru, než aby s nimi bylo možno snadno manipulovat. Instrumentalizaci a manipulaci se vzpírají také právní vědomí a postoje k právu a je to naopak právo, které je významně limitováno společenským konsensem. Úsilí o efektivnost práva vysoce prospěje korigování intuitivních a laických představ o tom, co právo dokáže.

Dvě století po průmyslové revoluci, která nastartovala cestu k organizované modernitě, můžeme mít za prokázané, že právo nedokáže eliminovat vliv ostatních normativních systémů.⁶⁰⁹ Neformální normativní systémy sociální kontroly mají potenciál být překážkou efektivnosti práva. Ale stejně tak je právo může užít ve svůj prospěch. V případě konfliktu samozřejmě není z právního hlediska jiná cesta, než prosazení právního normativu, přesto však právo nemusí k ostatním normativním systémům přistupovat apriorně nepřátelsky, ale spíše jako krajní prostředek působit tam, kde je to skutečně nezbytné. Vzhledem k obecně konzervativní tendenci práva má socialistický normativní systém jako neformální normativní systém stále svou relevanci. Přitom některé jeho rysy jsou buď nepřenositelné do právního řádu otevřené společnosti, anebo působí proti naplňování jeho cílů. Z tohoto pohledu jsou důležité výzkumy tohoto zaniklého právního řádu, neboť umožňují orientaci v dnešní situaci a vyjasňují transformační debaty o tom, jaké vlastnosti má

⁶⁰⁸ Těmto otázkám se věnuje kapitola „Regulační schopnosti práva“.

⁶⁰⁹ Více o tom v kapitole „Právo, ostatní normativní systémy a efektivnost“.

mít nově přijímané právo. Osvětleno je i kulturní a historické pozadí užívaných pojmů a legislativních a dogmatických řešení.

Na efektivnost práva mají vliv i sdílené aplikační a interpretační postupy.⁶¹⁰ Postupně se rozšířil vějíř interpretačních metod a dohnali jsme tak vývoj práva, ke kterému došlo v době, kdy byly intelektuální síly vázány na promýšlení logiky a potřeb socialistického normativního systému. Efektivnostní úvahy patří k úvahám teleologickým, které vždy budou mít omezenější prostor při procesu interpretace a není nutno zavádět „ekonomický výklad práva“. Současně však výkladové metody a úvahy nemohou pomíjet ověřené poznatky ekonomické analýzy, která například nabízí dobré nástroje pro analýzu motivací právních aktérů a je tak dobrým prostředkem při úvahách, proč a jak se právo v některých situacích chová, vlivem promítnutí prvku vůle a strategií do výkladového procesu. Odpovídající a přesně vymezené místo musí dostat legislativa a judikativa, kdy výkladové postupy musí zohlednit změnu normativního prostředí, které bez újmy na podstatě našeho právního systému, jako systému psaného práva, přisuzuje judikatuře větší význam. Judikatura se dobře hodí jak pro doladění právní úpravy v konkrétních případech, tak pro empirické ověření, zda indikované nedostatky právní úpravy skutečně nelze překlenout výkladem pohybujícím se v mezích přípustnosti. Požadavkem, jehož naplnění je možno od akademických účastníků právního diskursu očekávat, je vyhovění apelu příkazujícího nesměřovat výkladovou vůli k prokázání (apriorně zastávané) nesmyslnosti interpretovaného ustanovení. V opačném případě je oslabována autorita práva a důvěra v právo jako racionální a účinný prostředek plnící orientační a rozsuzovací funkci.

Nestabilita práva je realitou dneška.⁶¹¹ Z příčin, které jsou právu vnější (transformace, členství v EU), akceleroval již tak dost silný trend k legislativní nadprodukcí. Až budoucí výzkumy možná přinesou odpověď na otázku, jaké právo má (resp. reálně může) mít transitivity stát. Má jít o právo, k němuž společenský přerod směřuje, anebo má jít o právo, které tuto změnu umožní? Zkrátka, je možný přechod z relativně

⁶¹⁰ Úvahy o tomto vlivu jsou obsaženy v kapitole o roli vědy.

⁶¹¹ Viz kapitolu „Nestabilita práva a změna pohledu na právo“.

stabilního práva A k relativně stabilnímu právu B, bez existence hybridního přechodového práva AB, které má vlastnosti obou těchto právních řádů?

Ale zpět k nestabilitě. Triviální odpovědí je, že nestabilita práva je překážkou jeho efektivnosti. Jenže řešení nelze jednoduše nalézt v zajištění stabilního práva, resp. jistě by tím byla překážka efektivnosti práva odstraněna, avšak mnohé indicie napovídají tomu, že nejsme schopni stabilitu práva zajistit, neboť vyrůstá z hlubších společenských příčin, zahrnujících jak spleť společenských vztahů a zájmů, tak převládající struktury vědomí, které, jako nezamýšlený důsledek, způsobují nestabilitu práva. Aníž bychom byli proponenty technologického determinismu, nelze přehlížet, že technologické a informatizační změny činí změnu práva snadnější než kdy dříve. Realita evropského welfare state je další významnou příčinou množství legislativní produkce. A konečně povaha organizované modernity je již od svého počátku spjata se vzrůstající potřebou práva, které zajišťuje i rámce smluvní svobody a autonomie, jak tomu je u mohutné mašinerie práva duševního vlastnictví, spojeného s bouřlivým rozvojem informačních technologií.

Je-li právo skutečně normativním rámcem společnosti, pak velmi pravděpodobně nelze mít současně stabilní právo buď bez újmy na procesu přerodu, nebo újmy na plné korespondenci psaného práva s žitou skutečností. V sociálním čase dvě desetiletí zdaleka neznamenají totéž, jako v životě lidském, transformace stále probíhá.

Důsledky výše vykreslených protichůdných požadavků, které klade na stabilitu práva proces transformace a přerodu společnosti, lze dobře popsat na rekodifikacích.⁶¹² Kodex je ve své ideálně typické podobě faktorem, který svou systematičností, logikou, přehledností, srozumitelností a sevřeností zvyšuje efektivnost práva. Právní život je však vždy svázán s nějakým typem kontinuity (materiální či formální), a proto existuje silná podpora spíše pro kodexy, které vycházejí ze strukturálních prvků normativního systému, který bezprostředně

⁶¹² Věci se věnuje kapitola „Právo společností v přerodu: příklad rekodifikací“.

předcházel společenské změně. Současně to však znamená, že takový kodex bude velmi brzy vystaven tlaku na změnu, ke které nakonec dojde. Požadavek stability se tak podaří naplnit jen ve střednědobém, či dokonce jen krátkodobém horizontu. Kodex, výrazně zaměřený do budoucnosti, bude obtížně získávat jednoznačnou podporu od právních profesionálů, kteří ve svém celku podporují spíše kontinuální řešení, a v situaci dezorientace provázející transformaci se obtížně hledá shoda nad konkrétní podobou budoucího práva. Kodex je tak obtížné prosadit a poté udržet v původní konzistentní podobě, neboť po jeho přijetí se mohou spojit mimoprávní tlaky působící měnlivost práva s instinktivním tlakem právních profesionálů na návrat k původnímu řešení, které se jeví jako hodnotově neutrální. Je velkým úkolem pro právní obec trpělivě vysvětlovat svému okolí, že, ačkoli je kodex formálně běžným zákonem podléhajícím možnosti stejné změny, jako ostatní zákony, nelze jej v jednotlivostech libovolně měnit. Ustoupí-li touha prosadit dílčí řešení, které se tomu kterému autorovi, či skupině autorů jeví jako lepší, prospěje to autoritě práva jako celku. Právní obec navíc musí být schopna umět vyvíjet tlak a vysvětlovat, že ze strukturálních vlastností práva plyne, že skutečné vlastnosti, chování právního předpisu či fakt, že jeho nedokonalost nelze odstranit standardním výkladem, se může projevit v nejlepším případě za tři až pět let; dřívější změny postrádají racionalitu a právu škodí.

Revoluční změna kodexů však přináší zvýšené nebezpečí omylů, chyb a nezamýšlených důsledků, což plyne z komplexní povahy sociální reality na straně jedné a z omezenosti lidského poznání na straně druhé. Proto tam, kde je jak silný bezprostřední tlak na změnu, tak silný požadavek minimalizace diskontinuity (typicky jde o procesní právo), je vhodné nová řešení, slibující vyšší efektivnost, testovat v nějakých menších částech působnosti právního předpisu. Procesní právo je pro cestu postupných kroků vhodnější i svou úpravou zásad časové působnosti, kdy aplikující subjekty zásadně jednají podle práva platného teď a tady, s výjimkou řízení zahájených před přijetím změny, což umožňuje staré úpravě relativně rychle vyjít z užívání a ukončit tak aplikační dualismus, který významně snižuje efektivnost práva. U práva

hmotného mají minulé úpravy díky zákazu retroaktivity v zásadě věčný život a časté změny prakticky natrvalo komplikují právní řád.

Viditelným prvkem právního provozu, k němuž směřují výtky z neefektivnosti, je soudnictví.⁶¹³ Soudnictví se potýká s délkou řízení a nedůvěrou veřejnosti. Díky vnějším a vnitřním tlakům je ve stavu permanentní reformy, což samo o sobě působí další obtíže. Existuje poměrně pestrá paleta nástrojů pro zvyšování efektivnosti soudů, avšak v transformačním období se díky nejasnosti podstaty soudnictví pravidelně setkáváme s řešeními, které odvádějí justici od hlavního cíle, jímž je plnění rozsuzovací funkce. Veškerá řešení zlepšující funkci soudnictví se snaží efektivnost justice zvyšovat (a) zvýšením disponibilních zdrojů, nebo (b) omezením přístupu k soudům, či (c) zjednodušením pravidel řízení a konečně i (d) změnou incentivů.

Cesta ke zvýšení disponibilních zdrojů je uzavřena, přestože justice nemá transformovanou kancelářskou službu a nejsou ani vytvořeny podmínky pro plnou elektronizaci justice, kterou může přinést až elektronický spis. Nyní je soudnictví v situaci, kdy vedle „papírového“ řízení musí vést i řízení, jehož vstupy a výstupy jsou elektronické, ovšem protože tělo procesu elektronizováno není a ještě dlouho nebude, dochází ke konverzi všech vstupů a výstupů, což zvyšuje administrativní nákladnost celého procesu, kdy celkové prostředky jsou kráceny poukazy na úspornost zavedené elektronizace. Zvýšení disponibilních zdrojů však není zvýšením efektivnosti ve smyslu účelného využívání zdrojů.

Omezení přístupu k soudům se ocitá na hranici svých možností (posunutí hranice jednoinstančnosti na 10.000,-- Kč a trojinstančnosti na 20.000,-- Kč), i když je to pochopitelné, neboť celé transformační období je provázáno rozšiřováním justičních agend, což neodvratně zvyšuje tlak na zmnožování situací, v nichž je první rozhodnutí rozhodnutím konečným. Dalším omezováním přístupu k soudům by vedlo k omezení důvěry v justici a celkovou efektivnost by oslabilo. Revize tudíž musí směřovat k agendám, kde soud plní jen jakousi evidenční roli a neplní

⁶¹³ Tomuto aspektu se věnuje kapitola „Snahy o zvýšení efektivnosti českých soudů“.

rozsuzující funkci. Omezení vstupu rovněž nelze považovat za nástroj, který zvyšuje efektivnost využití zdrojů.

Dosud málo využívaná je cesta ke zjednodušení procesních předpisů, ačkoli právě tato cesta zvyšuje efektivnost využití zdrojů. Takový proces je koncepčně velmi náročný a vyžaduje změnu doktrinárních přístupů. Zjednodušování procesních předpisů se stále nedaří a je na začátku. Procesní právo navíc pracuje ve stavu zvýšené nestability.

Rovněž změna incentivů je málo využívanou metodou zvýšení efektivnosti a je tristní, že například úvahy o zásazích do poplatkového systému se objevují jen tehdy, když je třeba zvýšit rozpočtové příjmy. Pokud někde existuje široké pole pro ekonomickou analýzu práva, je to právě tato oblast. Využití metody změny incentivů navíc, na rozdíl od omezení přístupu k soudům, není v tak výrazném napětí s ústavními zásadami, jako je právo na přístup k soudu nebo zákaz odepření spravedlnosti.

Justice však opomíjí jednoduché nástroje ke zvyšování efektivnosti, kde nejvýznamnější je odstranění zanedbávání komunikační otevřenosti a transparentnosti, které přispívají k orientující funkci, posilují chápání podstaty soudní činnosti, což je dále cesta ke zvyšování důvěry v soudnictví, která sama o sobě významně ovlivňuje celkovou délku řízení a částečně i počet některých typů sporů, neboť snižuje ochotu vést další spory poté, co jeden spor skončí. Lze očekávat, že budeme svědky mnoha pokusů o omezení soudcovské nezávislosti, které budou legitimovány zvýšením kvality a efektivnosti justice. Výsledkem však velmi pravděpodobně nebudou předvídatelná rozhodnutí. Soudce je specialistou na odůvodňování správnosti svého postupu. Normativní prostředí, v němž soudce operuje, by nemělo přesunovat mentální kapacitu soudce od nalézání práva a odůvodňování spravedlivosti verdiktu směrem k sebehájení.

Zkušenost z české transformace učí, že významným zdrojem neefektivnosti práva je vztah mezi právem a politikou.⁶¹⁴ Vymezení, resp. vyjasnění cílů práva a politiky, jejich funkčního určení

⁶¹⁴ Tématu se věnuje kapitola „Vymezení funkčních domén práva a politiky a efektivnost práva“.

a vzájemných vztahů, je nezbytnou podmínkou efektivnosti. Avšak i kdybychom zcela popírali vypovídací schopnosti systémového paradigmatu, které pochopitelně nemůže být zdrojem normativních požadavků, pak nemůžeme přehlédnout, že právní věda a politická věda pracují s některými vzájemně neslučitelnými předpoklady a požadavky směrem jedna k druhé. Vzniká tak pnutí, které se přenáší i do života práva, kde vznikají předpisy, resp. jejich novelizace, které střídavě vyhovují požadavku jednoho či druhého systému, anebo jsou novelizace pramenící z jedné sady požadavků pozměňovány ve své podstatě na základě požadavků systému druhého. Vzniká tak nikoli kompromis v podobě řešení respektující sadu sdílených hodnot, nýbrž předpis, který má už ve svém zárodku zakódovánu nefunkčnost. Právní a politické vědce zde čeká kus práce při vzájemné diskuzi a polemice.

Politická věda musí být schopna akceptovat, že i zákonodárce a ústavodárce je ve své činnosti omezen a omezeny jsou i politické cíle, stejně jako skutečnost, že právo má omezené možnosti, přičemž idea možnosti řízení společnosti pomocí práva nenašla potvrzení ani v systémech otevřené společnosti, ale ani ve společnostech autoritativních, a dokonce ani v totalitních. Zvláštní oblasti vyžadující důkladnou snahu o porozumění jsou odlišné časové horizonty působení práva a politického cyklu. Právo kolísající v taktu politického cyklu není právem ani efektivním, ani politicky prospěšným. Ztrácí na své podstatě a jediný, komu opravdu vyhovuje, jsou zájmové skupiny prosazující partikulární zájmy.

Právo je jen v omezené míře schopno plnit roli nástroje společenské změny, což ostatně dokazuje i pomocí právních prostředků prosazovaná evropská integrace, nebo řešení rasových předsudků výhradně právními nástroji. Pro efektivní fungování práva je nezbytné věnovat pozornost jeho orientující a rozsuzovací funkci, neboť jejich význam pro společnost je nedocenitelný. Tranzitivní státy jsou ovšem ve složité situaci, protože bez změny právního řádu není možná transformace. Nezbyvá než tedy jít po nastoupené cestě a řešit otázky, které vyvstanou. Analýza a znalost působení práva však může významně snížit přijímání mylných řešení.

7. PŘEKÁŽKY EFEKTIVNOSTI PRÁVA

Každý reformační záměr v oblasti právního systému musí být zvýšeně opatrný, protože žádná jiná lidská činnost není odkázána na povinnost řídit se dřívějšími mylnými či problematickými či jen nešikovnými rozhodnutími, jako právní systém demokratického právního státu. Právo nemůže „vyčistit plochu“, či stavět na zelené louce, a začít znovu. Každý nový reformní záměr musí po dlouhou dobu pracovat i s výsledky a stavem věcí, který je důsledkem minulých záměrů.

Anotace

Disertační práce Překážky efektivnosti práva poukazuje na jevy, procesy a přístupy, které snižují sociální účinnost práva. Efektivnost práva je představena jak ve své teoreticko-právní podobě, tak v podobě ekonomické a sociologické. Autor neupřednostňuje žádný model efektivnosti, ale uvádí jejich přednosti a nedostatky. Značný odstup má i od ekonomické ideologizace práva. Efektivnostní studie musí vždy sledovat skutečné působení práva, a zjednodušeně řečeno sledují rozdíl mezi právem v knihách a právem v akci. Z rozboru abstraktní efektivnosti plyne, že efektivnost práva je nutno pojímat jako jeden celek a zaměření se na dílčí výsledky může snižovat celkovou efektivnost. Efektivnost měřená náklady nemůže být zdrojem uspokojivých výsledků, neboť pomíjí celou skupinu cílů, které nemohou být vyjádřeny přímým finančním výnosem.

Úvahy jsou činěny na pozadí dějů probíhajících v tranzitivní společnosti, společnosti, která prodělává hlubokou změnu. Transformace evropského státu musí ve XX., resp. XXI. století probíhat právními prostředky. Sám tento fakt narušuje efektivnost práva, neboť právo se stává nestabilním.

Paradoxní příčinou neefektivnosti práva je instrumentalismus a myšlenka řízení společnosti pomocí práva. Právo tyto úkoly není schopno splnit, resp. je schopno je splnit jen za cenu vysokých nákladů, jímž neodpovídají dosažené výsledky. Právo se chová sebeprodukcující, sebevztažný a sebeorganizující systém (autopoietický systém), který se vzpírá jednoduché manipulaci. Uspokojivá úroveň efektivnosti práva tak nemůže být dosažena tam, kde bylo právo užito bez ohledu na své omezené možnosti a bez ohledu na vlastnosti práva. Právo rovněž musí pracovat s realistickým obrazem skutečného chování a motivů adresátů, interpretů a aplikátorů práva. V opačném případě opět nebude efektivní.

Silný vliv na sociální účinnost práva má nedostatečné ujasnění cílů a funkcí práva. Jde o zásadní podmínku - bez jasně stanoveného cíle nelze ověřitelně posoudit míru jeho dosažení. Úvaha o efektivnosti není možná.

Efektivnost je však snižována i nedostatečným respektem k důležitosti rozsuzovací funkce práva a funkce řádu, kdy v transformačním období je akcentována funkce práva jako nástroje společenské změny, k níž jsou přesouvány zdroje, na úkor dříve zmíněných funkcí a navíc užití práva jako nástroje společenské změny často maří naplnění rozsuzovací funkce a funkce řádu.

Zvláštní příčinou snížené efektivity ve sféře uplatnění rozsuzovací funkce je podvědomé užívání konsenzuálního modelu společnosti, v němž je střet vnímán jako něco dočasného, něco co lze odstranit. Konflikt však provází každodenní život pluralitní společnosti, což plyne z odlišnosti perspektiv pohledu na společenskou realitu. Právo musí být schopno střety efektivně řešit. Ostatně bylo koncipováno jako prostředek mírového řešení konfliktů.

Právní věda se nemůže otázkám efektivity vyhýbat a je důležité, aby si uchovala schopnost vést vědecký dialog s ostatními společenskovědními obory, které zkoumají působení práva. Praktické otázky a praktické využití získaných poznatků tradičně patřilo do výzkumného pole právní vědy a je tomu tak i nyní.

Překážkou efektivity práva je cokoli, co snižuje či eliminuje dosažení cíle právní úpravy a fungování práva.

Cesty ke zvyšování efektivity práva často bývají hledány ve zkvalitňování právního vědomí, které nemá s efektivností práva přesvědčivou souvislost. Právní vědomí je snad ještě tíže instrumentalizovatelné než právo samotné. Právo je aktéry využíváno strategicky, k dosažení cílů, které se nepřekrývají s cíli práva a právní vědomí a znalosti práva jsou rovněž užívány strategicky.

Společenský konsensus vymezuje sféru účinnosti práva na obou uvažovaných pólech – právo nemá sílu prosadit postoje zcela protichůdné postojům společnosti a nasazování práva tam, kde je norma dodržována je škodlivé, neboť je zbytečně komplikován právní řád. Složitost práva přímo oslabuje jeho efektivnost.

Prísnost sankcí není pro dodržování právní normy klíčová, důležitější je dostatečnost kapacit vynucení, vědomí neodvratnosti sankcí a důvěra, že právo je jednotně vynucováno.

Právo je nejmocnějším normativním systémem soudobé společnosti. Ale není nutné, aby právo toto své výsadní postavení samoúčelně posilovalo soutěžením či dokonce hostilitou k ostatním normativním systémům. Citlivý ohled na ostatní normativní systémy a využití jejich působení může zvýšit efektivnost práva jednak snížením náročnosti na zdroje a jednak užitím výsledků působení ostatních normativních systémů v souladu s cíli, stojí v pozadí právní regulace.

Možnosti ke zvyšování efektivnosti práva lze hledat v oblasti interpretace a aplikace práva, kdy je třeba revidovat převládající mínění, které hledí s podezřením na myšlenky finality v právu. Odmítání úvah o účelech a cílech norem bylo stylovým prvkem socialistické právní vědy, která zvýraznila tento tradiční prvek rakouské a české právovědy první poloviny dvacátého století. Vědecká debata o přípustných metodách se nemůže obejít bez komparativních poznatků, získaných jak napříč prostorem, tak napříč časem. Stejnou diskusi je třeba vést i efektivním nastavení vztahu mezi legislativou a judikativou, který je klíčem ke stabilitě práva.

Nestabilita práva je na první pohled vážnou překážkou jeho efektivnosti. Avšak dvoustleté poznatky o povaze byrokracie a organizované modernity prozrazují, že zvýšená produkce právních předpisů pramení hluboko v povaze soudobé společnosti. Nestabilita práva by v takovém případě byla obtížně odstranitelná. Cesta ke zvýšení efektivnosti práva by v tom případě vedla přes úsilí o zachování stálé podoby strukturálních prvků právního řádu.

Překážkou efektivnosti práva jsou nesporně řešení, která nerespektují povahu práva a jeho institucí na straně jedné, stejně jako prosazování právních řešení, které se zcela rozcházejí s povahou sociální reality a logikou ostatních systémů. Tento poznatek se týká vztahu práva a politiky.

Cesta ke zvyšování efektivnosti práva vede přes střízlivé vytyčování cílů, respektování povahy práva a vědomí důležitosti základních funkcí práva pro společnost.

Summary

The dissertation thesis *Obstacles to effectiveness of law* points out to the phenomena, processes and approaches which diminish social effectiveness of law. Effectiveness of law is presented in its legal theoretical as well as economical and sociological form. The author does not give priority to any model of effectiveness, but rather examines advantages and weak points of each model while concurrently keeping a considerable distance from economic ideologization of law. Effectiveness studies, however, should always pursue real effect of law and, plainly speaking, they strive to trace the difference between law in books and law in action. As follows from the analysis of abstract effectiveness, effectiveness of law should be seen as a whole, because focus on partial results can diminish the overall effectiveness. Cost effectiveness is not able to produce a satisfactory outcome because it leaves aside a whole group of goals which cannot be expressed by direct financial income. The reflections are made upon processes which take place in society in transition, i. e. a society which has been undergoing a profound change. The transformation of a European state in the XX and XXI century must be realized by means of law; however, this fact *per se* distorts the effectiveness because law is becoming unstable.

Paradoxical sources of ineffectiveness of law can be seen in instrumentalism and the idea of managing society by means of law. Law is not able to fulfil such tasks or rather is able to fulfil them only at the price of high expenses which do not correspond to acquired results. Law behaves as self-producing, self-referential and self-organizing system (autopoietic system) which is resistant to simple manipulation. Thus, a satisfactory level of effectiveness of law cannot be reached if law had been used in disregard of its limited possibilities and qualities. Law also needs to operate with realistic image of real behaviour and motives of the addressees, interpreters and applicators of law; otherwise it will not be effective either.

SUMMARY

Social effectiveness of law is to a great extent affected by insufficient clarification of goals and functions of law. This is an essential condition – it is not possible to make a verifiable assessment of the level of achievement of a goal if the goal has not been set clearly; the reflection on effectiveness is in such case not possible. Effectiveness of law is further diminished by insufficient respect for the importance of judicative function of law and the function of order – in the transformation period the function of law as a tool for social change to which sources are relocated is emphasized, while the abovementioned functions are left out. Furthermore, the use of law as a tool for social change often impedes fulfilment of judicative function of law and the function of order.

A special source of diminished effectiveness in the area of exercise of judicative function is the subconscious use of consensual model of society where conflict is seen as something temporary, something that can be eliminated. In everyday life of pluralist society, however, conflict is omnipresent, which results from different perspectives of view of social reality. Law must be able to resolve conflicts effectively; after all, it was designed as a means of peaceful conflict resolution.

Legal science cannot avoid issues of effectiveness and it is necessary for it to maintain the ability to hold scientific dialogue with other branches of social studies which examine effects of law. Practical issues and practical use of acquired knowledge have traditionally fallen within the scope of legal science research and this applies also nowadays.

An obstacle to effectiveness of law is anything that diminishes or eliminates accomplishment of the aim of legal regulation and the functioning of law.

The paths to enhancement of effectiveness of law are often sought in the improvement of legal conscience, which has no convincing connection to law effectiveness - legal conscience is probably even more difficult to instrumentalize than law itself. The actors use law strategically in order to accomplish aims which do not coincide with aims of law; legal conscience and knowledge of law are also used strategically.

SUMMARY

Social consensus determines the sphere of effectiveness of law at both edges – law does not have the power to enforce attitudes entirely contradictory to attitudes of the society, and imposition of law where norms are observed is harmful because as a result, the legal order becomes uselessly complicated. Complexity of law directly diminishes its effectiveness.

Severity of sanctions is not crucial for the observance of a legal norm; what is more important, is the sufficiency of the enforcement capacities, knowledge of inevitability of sanctions and confidence that law is enforced uniformly.

Law is the most powerful normative system of contemporary society. Nevertheless, law does not need to purposelessly strengthen its privileged position by competing with other normative systems or by hostility towards them. Sensible respect for other normative systems and the use of their action can enhance effectiveness of law both by reducing demands on resources and by use of the results of action of other normative systems in accordance with the aims of legal regulation.

The possibilities of enhancement of effectiveness of law can be sought in the field of application and interpretation of law whereas it is necessary to revise the dominant opinion which views ideas of finality in law with suspicion. The refusal of reflections on the purposes and aims of norms was a style-forming element of socialist legal science which emphasized this traditional element of Austrian and Czech legal science of the first half of the 20th century. A scientific debate on admissible methods cannot ignore comparative knowledge acquired across time and space. Therefore, it is necessary to hold an open discussion on effective setting of the relation between legislative and judicature which is the key to stability of law.

Instability of law might at first sight seem as a serious obstacle to its effectiveness. However, the bicentenary knowledge about the nature of bureaucracy and organised modernity has proved that increased production of legal enactments originates deeply in the nature of contemporary society. In that case it would be difficult to eliminate instability of law - the path to enhancement of effectiveness of law would

SUMMARY

have to lead through the effort to maintain a stable form of structural elements of the legal order.

Obstacles to effectiveness of law are undoubtedly represented by solutions which do not respect the nature of law and its institutions on the one hand, as well as by pursuance of legal solutions which entirely diverge from the nature of social reality and the logic of other systems. This observance applies to the relation of law and politics.

The path to the enhancement of effectiveness of law leads through pragmatic setting of goals, respect for the nature of law and the awareness of the importance of principal functions of law for the society.

Použité prameny

MONOGRAFIE A ČASOPISECKÉ TEXTY

1. Adamová, K., Křížkovský, L. *Základy politologie*, 2. vydání, Praha, C. H. Beck, 2004.
2. Alexejev, S. S. *Obecná teorie práva*, Praha, Panorama, 1986.
3. Allott, N. M. *The Limits of Law*, Butterworths, London, 1980.
4. Allport, G. W. *O povaze předsudků*, Praha, Prostor, 2004.
5. Baňouch, H. *Cíle soukromého práva: hodnocení efektivnosti soukromého práva*. In *Tradice a inovace v občanském právu*, sborník z konference, Brno, MU, září 2007.
6. Baňouch, H. *Ekonomie a právo: skutečně nemáme na co navazovat?* In *Ekonomicko-filosofické myšlení v tradici brněnské právní školy – k odkazu Václava Chytila a Vladimíra Vybrala*. Brno, Masarykova univerzita, 2007.
7. Baňouch, H. *Jednoduchá řešení zvýšení efektivnosti českých soudů*. In *Sborník ze semináře: Hledání optimálního modelu správy soudnictví pro Českou republiku*. Senát Parlamentu ČR, Praha 2008.
8. Baňouch, H. *Vymezení funkčních domén práva a politiky a efektivnost práva in Wagnerová, E., Pospíšil, I. (eds.). Liber Amicorum Vladimír Klokočka*. Praha, Linde, 2009.
9. Baňouch, H. *Vyrovnaní se s minulostí a efektivnost práva (Разьлік зь мінуўшчынай і эфэктыўнасьць права)*. In *Sborník mezinárodní konference The Strategies for Eliminating Political Repressions in Belarus". Vilnius*. 2009.
10. Baňouch, H. *Vztah právní teorie a praxe v pojetí Jaroslava Kallaba*. In *Právně-filosofická východiska trestní politiky v procesu evropské integrace*, Brno, MU 2007.
11. Bauman, Z. *Legislators and interpreters: on modernity, post-modernity and intellectuals*, Cambridge, Polity Press, 1987.
12. Bejček, J.: *Může být účelem zákona samoučel?* *Právní rozhledy*, 11/2003.
13. Berger, P., Luckmann, T. *Sociální konstrukce reality*, Brno, CDK, 1999.
14. Bobek, M. *The fortress of Judicial Independence and the Mental Transitions of the Central European Judiciaries in European Public Law*, Vol. 14, No. 1, 2008.
15. Boguszak, J., Čapek, J., Gerloch, J. *Teorie práva*, ASPI, 2004.
16. Budge, I., Keman, H. *Parties and Democracy. Coalition Formation and Government Functioning in Twenty States*, Oxford University Press, Oxford, 1990.
17. Cabada, L., Kubát, M., a kol. *Úvod do studia politické vědy*, Praha, Eurolex Bohemia, 2004.
18. Claes, E., Devroe, W., Keirsbilck, B. eds. *Facing the Limits of Law*, Berlin, Dordrecht Springer, 2009.
19. Cotterrell, R. *Law, Culture and Society*, London, Ashgate, 2007.
20. Čákt, K. *Legislativní technika finančního práva*. In *Sborník prací k počtě šedesátých narozenin Jaroslava Kallaba*, Praha, Orbis 1939.
21. Čermák, V. *O podstatě práva, zároveň rozbor normativní teorie*. Knihovna sborníků věd právních a státních, Praha, Orbis, 1940.
22. Dahrendorf, R. *Úvahy o revoluci v Evropě v dopise, který měl být zaslán jistému pánovi ve Varšavě*, Praha, Nakl. Evropského kulturního klubu, 1991
23. David, L.: *Poznámky k teleologickému výkladu zákona*, *Právní rozhledy* 23/2006.
24. Deutsch, K. W. *Nervy vlády – modely politické komunikace a řízení*, Praha, Svoboda, 1971.
25. Dogan., M. *Křížovatky nových společenských věd*, *Právník*, 4/1997.
26. Durheim, É. *Společenská dělba práce*, Brno, CDK, 2004.
27. Duxbury, N. *Patterns of American Jurisprudence*, Clarendon Press, Oxford, 1995.

POUŽITÉ PRAMENY

28. Dworkin, R. Why Efficiency? Hofestra Law Review, 1980.
29. Ellickson, R. C. Bringing culture and human frailty to rational actors: a critique of classical law and economics, Chicago-Kent Law Review, 65/1989.
30. Engliš, K. Finanční věda, Praha, Fr. Borový, 1929.
31. Engliš, K. Kritika normativní teorie. In Brněnská škola právní teorie (normativní teorie), Praha, Karolinum, 2003.
32. Engliš, K. Theorie hodnoty a hodnocení, Praha, Melantrich, 1947.
33. Engliš, K. Základy hospodářského myšlení, Brno, Barvič a Novotný, 1922.
34. Evan, W. M. Social structure and Law, Sage, 1990.
35. Fábry, B. Ideologizácia práva cez ekonomické vedy? In Ekonomicko-filosofické myšlení v tradici brněnské právní školy – k odkazu Václava Chytila a Vladimíra Vybrala. Brno, Masarykova univerzita, 2007.
36. Fajnor, V., Zátorecký, A. Nástin súkromného práva platného na Slovensku a v Podkarpatskej Rusi, Bratislava, Právnická jednota, 1924.
37. Fiala, J., a kol. Občanské právo hmotné, 3 vydání, Brno, Doplněk, 2002.
38. Fiala, P., Mareš, M. Programatika polických stran, Politologický časopis . 1/1998.
39. Fiala, P., Schubert, K. Moderní analýza politiky. Uvedení do teorií a metod policy analysis. Brno, Barrister & Principal, 2000.
40. Fiala, P., Strmiska, M. Systémy politických stran, Brno, Barrister & Principal, 1998.
41. Filip, J. Ústavní právo České republiky 1. díl, 4. vydání, Brno: Doplněk 2003
42. Filip, J. Ústavní právo I. Základní pojmy a instituty. Ústavní základy ČR, Brno, Doplněk, 1999.
43. Fuller, L. Přirozené právo, Praha, Oikoymenh, 1998.
44. Gerloch, A. Teorie Práva. 4. vyd., Plzeň, Aleš Čeněk, 2007.
45. Gerloch, A., Kysela, J., eds. Tvorba práva v ČR po vstupu do EU, Praha, ASPI, 2007.
46. Gerloch, A., Kysela, J., Kühn, Z., Wintř, J., Tryzna, J., Maršálek, P., Beran, K., Teorie a praxe tvorby práva, Aspi, Praha, 2008.
47. Giddens, A. Důsledky modernity, Praha, Slon, 1998.
48. Grospič, J. Regulatorní a legislativní problémy ve světle hodnocení OECD a Evropské asociace pro legislativu, Právník 9/2005.
49. Hanson, J., D., Hart, M. Law and Economics in Patterson, D., ed. A Companion to Philosophy of Law and Legal theory, Oxford, Blackwell Publishers, 1996.
50. Hart, H. L. A. Pojem práva, Prostor, 2004.
51. Hegel, G. Základy filosofie práva, Praha, Academia, 1992.
52. Hendrych, D. a kol. Právníký slovník, Praha, C.H. Beck, 2009.
53. Heywood, A. Politická teorie, Praha, Eurolex Bohemia, 2005.
54. Hloušek, V., Šimíček, V. Výkonná moc v ústavním systému ČR, Brno, MPÚ, 2005.
55. Hol, A., Loth, M., Reshaping Justice, Judicial Reform and Adjudication in the Netherlands, Maastricht, Shaker Publishing, 2005.
56. Holländer, P. Filosofie práva, Plzeň, Aleš Čeněk, 2006.
57. Holländer, P. Nástin filosofie práva, úvahy strukturální, Praha, Všehrd, 2000.
58. Höllander, P. Ústavně právní argumentace – ohlédnutí po deseti letech Ústavního soudu, Praha, Linde, 2003.
59. Holman, R. Dějiny ekonomického myšlení, 3. vyd. Praha, C. H. Beck, 2005.
60. Hrdina, A. Kanonické právo, Praha, Eurolex Bohemia, 2002.
61. Jakab, A., Hollán, M., Dogmatické dědictví socialismu v dnešním právu: příklad z Maďarska in Právník 2/2006.
62. Janda, K. a kol., Výzva demokracie, Praha, Slon, 1998.
63. Kabele, J. Přerody: principy sociálního konstruování, Praha, Karolinum. 1998.

POUŽITÉ PRAMENY

64. Kallab, J. Positivní právo a princip spravedlnosti, *Časopis pro právní a státní vědu*, 1921.
65. Kallab, J. Poznámky o významu normativní teorie (čiré vědy právní) pro teorii práva trestního. Příspěvek k poznání vztahu mezi právem a politikou, *Vědecká ročenka PrF MU, Brno, Orbis*, 1932.
66. Kallab, J. Právní filosofie a výklad zákonů, *Vědecká ročenka právnické fakulty MU v Brně. roč. VI.*, Brno, Barvič a Novotný, 1927
67. Kallab, J. Právní věda a věda o právu. Poznámky k Weyrově noetice. *Časopis pro právní a státní vědu*, 18/1935 či Kallab, J., Právní věda a věda o právu. In *Brněnská škola právní teorie (normativní teorie)*, Praha: Karolinum, 2003.
68. Kallab, J. Trestní právo hmotné. Praha, Melantrich, 1935.
69. Kallab, J. Tři poznámky k Weyrově úvaze o metodě sociologické, *Časopis pro právní a státní vědu, Právnická jednota Moravská v Brně*, 1928.
70. Kallab, J. Úvod ve studium metod právnických: Kniha první – základní pojmy, Kniha druhá – hlavní směry, vydáno K. Englišem a F. Weyrem ve Sběrce spisů národohospodářských a právnických, Brno, Barvič Novotný, 1920.
71. Keller, J. Dějiny klasické sociologie, Slon, Praha 2004.
72. Keller, J. Sociologie byrokracie a organizace, II. vydání, Praha, Slon 2007.
73. Kelsen, H. Všeobecná teorie norem, Brno, Masarykova univerzita, 2000.
74. Klíma, K. Ústavní právo, Aleš Čeněk, Plzeň, 2004.
75. Knapp, V. a kol. Tvorba práva a její současné problémy, Praha, C. H. Beck, 1998.
76. Knapp, V. Teorie práva, Praha, C. H. Beck, 1995.
77. Knapp, V. Velké právní systémy, C. H. Beck, 1996.
78. Knappová, M., Švestka, J., Dvořák, J. a kol. Občanské právo hmotné 1., 4. vydání, Praha, ASPI, 2005.
79. Knot, O. Ekonomicko-právní analýza soudnictví. In *Potřebuje soudnictví reformu?* Praha, CEP, 2004.
80. Koblížek, O. Sociologie a právo, Zvláštní otisk Sborníku věd právních a státních, Praha, 1934.
81. Kolektiv. Hospodářské právo 4, Realizace hospodářského práva, Brno, UJEP, 1984.
82. Kolektiv. Velký akademický slovník cizích slov, Praha, LEDA, 2005. CD.
83. Kolektiv. Velký sociologický slovník, Praha, Karolinum, 1996.
84. Kolektiv. Základy teorie a sociologie státu a práva, Praha, SPN, 1964.
85. Koontz, H. Wehrich, H., Management, Praha, Victoria Publishing, 1993.
86. Kozel, R. Zneužívání občanského soudního řízení jeho účastníky k trestné činnosti, *Právní rozhledy* 3/2002.
87. Krčmář, J. Právo občanské I. Výklady úvodní a část všeobecná, II. doplněné vydání, Praha, Všeherd, 1932.
88. Kubů, L., Hungr, P., Osina, P. Teorie práva, Praha, Linde 2007.
89. Kühn, Z. Aplikace práva ve složitých případech, Praha, Karolinum, 2002.
90. Kühn, Z. The Judicialization of European Politics. In Jones E., Heywood, P., Sedelmeier, U., Rhodes, M. eds. *Development in European Politics*, Macmillan/Palgrave, 2006.
91. Kühn, Z., Baňouch, H. O publikaci a citaci judikatury aneb proč je často tuzemská judikatura jako císařovy nové šaty, *Právní rozhledy*, 13/2005.
92. Lavický, P. Kritické poznámky ke koncepci návrhu občanského zákoníku, *Právní rozhledy* 23/2007.
93. Leoni, B. Právo a svoboda, Praha, Liberální institut, 2007.
94. Luhmann, N. Sociální systémy, nárys obecné teorie, Brno, CDK, 2006.
95. Maršálek, P. Právo a společnost, Praha, Auditorium, 2008.
96. Mařík, V. Právní zabezpečení intenzifikace, Praha, Práce, 1986.
97. Melzer, F. Metodologie nalézání práva, Brno, Knihovnicka.cz, 2008

POUŽITÉ PRAMENY

98. Merton, R. K. Sociální struktura a anomie in *Studie ze sociologické teorie*, Praha, Slon, 2000.
99. Morel, Ch. *Nesmyslná rozhodnutí*, Brno, CDK, 2007.
100. Murphy, R., F. *Úvod do kulturní a sociální antropologie*, Praha, Slon, 1998.
101. Neubauer, Z. *Státověda a teorie politiky*, Praha, Slon, 2006.
102. Novák, M. *Systémy politických stran. Úvod do jejich srovnávacího studia*, Praha, Slon 1997
103. Olszewski, J. *Byrokracie*, Praha, Nakladatelství dr. Ant. Hajna, 1911.
104. Pelikánová, I. K právní úpravě dodavatelsko-odběratelských vztahů, *AUC*, 1977.
105. Pelikánová, I. Nad posláním české právní vědy, *Právní rozhledy* 5/2000.
106. Pelikánová, I. Právní úprava ekonomických vztahů v období 1948-1989, její povaha a důsledky. In Malý, K., Soukup, L. (eds.). *Vývoj práva v Československu v letech 1945–1989*. Karolinum, Praha, 2004
107. Petrussek, M., Alan, J., Kabele, J. *Sociologie*, Praha, SPN, 199.
108. Pizzi, W., Montagna, M. The battle to establish an adversarial trial system in Italy In *Michigan journal of international law*, 2/2004.
109. Podgórecki, A. *Law and Society*, Routledge, London, 1974.
110. Podgórecki, A. *Sociologie práva*, Praha, Svoboda, 1966.
111. Podgórecki, A., Alexander, J., Shields, B. *Social Engineering*, Carleton University Press, Ottawa, 1996.
112. Posner, E. *Law and social norms*, Harward University Press, 2002.
113. Posner, R., *Economic analysis of law*, 6th ed., New York, Aspen Publishers, 2003.
114. Posner, Richard. A., *The problems of Jurisprudence*, Harward Univesity Press, London, 1993.
115. Pospíšil, I., Smekal, H. Vztah národní a nadnárodní úrovně práva: pohled Ústavního soudu ČR a vybraných ústavních soudů zemí EU. In Dančák, B., Hloušek, V. (eds.). *Víceúrovňové vládnutí v Evropě: zkušenosti, problémy a výzvy*. Brno, MPÚ, 2007.
116. Pound, R. *Social control through law*, London, Transaction Publishers, 2002.
117. Přibáň, J. *Právní symbolismus*, Filosofía, Praha, 2007.
118. Přibáň, J. *Právní symbolismus, O právu, času a evropské identitě*, Praha, Filosofía, 2007.
119. Přibáň, J. Roberts, P., Young, J., eds., *Systems of Justice in Transition, Central European Experiences since 1989*, London, Ashgate 2003.
120. Přibáň, J. *Sociologie práva*, Praha, Slon, 1996.
121. Přibáň, J. *Sociologie práva*, Praha, Slon, 1996.
122. Pufendorf, S. *De officio hominis et civitis, resp. Anglický překlad* in Tully, J. (ed.). Silverthorne, M. (transl.). *On the Duty of Man and Citizen According to natural Law*. Cambridge University Press, Cambridge. 1991.
123. Radbruch, G. *Der Mensch im Recht*. Göttingen: 1957.
124. Rawls, J. *Teorie spravedlnosti*, Praha, Victoria Publishing, 1995.
125. Röhl, K. F.: *Allgemeine Rechtslehre*, 2. Aufl., Köln, 2001.
126. Sarat, A., Douglas, L., Umphrey M. *The Limits of law* (eds). Stanford, Stanford University Press, 2005.
127. Selucká, M. *Ekonomická ideologie 21. století a právo jako normativní systém*. In sborník z konference *Tradice a inovace v občanském právu*, Brno, MU, 2007.
128. Schuck, P. H. *The Limits of law, Essays on democratic governance*, Oxford, Westwiew Press, 2000.
129. Schumpeter, J., *Kapitalismus, socialismus a demokracie*, Brno, CDK, 2004.
130. Slunéčková, J. *Právní vědomí (vybrané problémy)*, Praha, AUC, UK, 1985.
131. Sobek, T. *Argumenty teorie práva*, Aleš Čeněk, Praha, 2008.
132. Syllová, J., Kolář, P., Kysela, J., Georgiev, J., Pecháček, Š. *Parlament ČR*, 2. vyd., Linde, Praha, 2008

POUŽITÉ PRAMENY

133. Šíma, J. *Ekonomie a právo*, Praha, VŠE, 2004.
134. Šín, Z.: *Tvorba práva. Pravidla, metodika, technika*, 2. vyd. Praha, C. H. Beck, 2009
135. Šubrt, J. *Problém času v sociologické teorii*, Praha, Karolinum, 2000.
136. Tamanaha, B. *Law as a Means to an End. Threat to the Rule of Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2006.
137. Tamanaha, B., *A General Jurisprudence of Law and Society*, Oxford, Oxford University Press, 2001.
138. Teubner, G. *Law as an Autopoietic System*, Oxford, Blackwell, 1993.
139. Tomasic, R. *The sociology of law*, SAGE, 1985.
140. Vago, S. *Law and Society*, New Jersey, Prentice-Hall, 1997.
141. Večeřa, M., Urbanová, M., *Sociologie práva*, Plzeň, Aleš Čeněk, 2006
142. Vedral, J. *Komu náleží příspěvek za mandáty? (spor o výklad jednoho ustanovení jako příklad právního formalismu)*, *Právní rozhledy*, 17/2006.
143. *Velký etymologický slovník*. Praha: LEDA, 2007. CD.
144. Veverka, V., Čapek, J., Boguszak, J., *Základy teorie práva*, Praha, Aleko, 1991.
145. Vočka, V. *Některé mýty interpretace a aplikace práva*, *Soudce* 4/2007.
146. Vostrá, L., Čermáková, J. eds., *Otázky tvorby práva v ČR, PR a SR*, Sborník z konference, Aleš Čeněk, Plzeň, 2005.
147. Wagnerová, E. *Position of Judges in the Czech Republic* in Příbáň, J., Roberts, P., Young, J., eds. *Systems of Justice in Transition, Central European Experiences since 1989*, London, Ashgate 2003.
148. Weber, M. *Metodologie, sociologie a politika*, Praha, Oikoymenh, 1998.
149. Weyr, F., *Právní věda a věda o právu, poznámky ke Kaplanově a Englišově noetice*, Brno, Orbis, 1935.
150. Weyr, F., *Teorie práva*, Brno, Orbis, 1936
151. Zeisel, H. *The Limits of Law Enforcement*. Chicago, University of Chicago Press, 1982.

INTERNETOVÉ ZDROJE

1. <http://cmiskp.echr.coe.int>; stránky Evropského soudu pro lidská práva a zde přístupný vyhledávač judikatury tohoto soudu zvaný HUDOC.
2. <http://ies.fsv.cuni.cz/>; stránky Institutu ekonomických studií FSV UK v Praze .
3. <http://nf.vse.cz>; stránky Národohospodářské fakulty VŠE v Praze.
4. <http://racek.vlada.cz>; dokumentový server Vlády ČR.
5. <http://www.leblog.cz/>; Law & Economics Blog - Blog o právu & ekonomii.
6. www.psp.cz; stránky Poslanecké sněmovny Parlamentu ČR a zde umístěný server dokumentující celý průběh legislativního procesu jednotlivých zákonů.
7. www.senat.cz; stránky Senátu Parlamentu ČR.
8. www.nsoud.cz; stránky Nejvyššího soudu ČR a zde umístěný vyhledávač judikatury tohoto soudu.
9. www.nssoud.cz; stránky Nejvyššího správního soudu ČR a zde umístěný vyhledávač judikatury tohoto soudu.
10. www.usoud.cz; stránky Ústavního soudu a zde umístěný vyhledávač jeho judikatury NALUS – <http://nalus.usoud.cz>
11. uisk.jinonice.cuni.cz/sisler/teaching/jurisprudence_mensin.ppt; studijní text k muslimskému právu.

JUDIKATURA

1. Nejvyšší soud ČR usnesení Nejvyššího soudu ČR sp. zn. 6 Tdo 513/2007 ze dne 17. května 2007
2. Nejvyšší soud ČR, usnesení Nejvyššího soudu sp. zn. 3 Tdo 593/2007 ze dne 13. 7. 2007, www.nsoud.cz.

POUŽITÉ PRAMENY

3. Nejvyšší správní soud, rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 21.4.2005, čj. 2 As 53/2004 - 76, www.nssoud.cz.
4. Nejvyšší správní soud, rozsudek rozšířeného senátu NSS ze dne 26. 10. 2005, č. j. 1 Afs 86/2004 - 54, publikovaný pod č. 792/2006 Sb. NSS).
5. Ústavní soud, nález sp. zn. IV. ÚS 23/05 ze dne 17. 7. 2007 (N 111/46 SbNU 41).
6. Ústavní soud, nález sp. zn. I. ÚS 167/04 ze dne 12. 5. 2004 (N 70/33 SbNU 197).
7. Ústavní soud, nález sp. zn. I. ÚS 202/06 ze dne 20. 9. 2006 (N 168/42 SbNU 433).
8. Ústavní soud, nález sp. zn. I. ÚS 403/03 ze dne 17. 8. 2005 (N 160/38 SbNU 277).
9. Ústavní soud, nález sp. zn. I. ÚS 462/07 ze dne 7. 6. 2007 (N 94/45 SbNU 343).
10. Ústavní soud, nález sp. zn. I. ÚS 55/04 ze dne 18. 8. 2004 (N 114/34 SbNU 187).
11. Ústavní soud, nález sp. zn. I. ÚS 643/06 ze dne 13. 9. 2007 (N 142/46 SbNU 373).
12. Ústavní soud, nález sp. zn. I. ÚS 647/02 ze dne 27. 8. 2004 (N 120/34 SbNU 245).
13. Ústavní soud, nález sp. zn. II. ÚS 519/08 ze dne 25. 9. 2008 (N 157/50 SbNU 399).
14. Ústavní soud, nález sp. zn. II. ÚS 519/08 ze dne 25. 9. 2008 (N 157/50 SbNU 399).
15. ÚS, nález sp. zn. III. ÚS 2278/07 ze dne 5. 8. 2010 in NALUS.
16. ÚS, nález sp. zn. IV. ÚS 167/05 ze dne 26. 4. 2005 (N 94/37 SbNU 277).
17. ÚS, nález sp. zn. IV. ÚS 412/04 ze dne 7. 12. 2005 (N 223/39 SbNU 353).
18. Ústavní soud, nález sp. zn. Pl. ÚS 11/02 ze dne 11. 6. 2003 (N 87/30 SbNU 309; 198/2003 Sb.).
19. Ústavní soud, nález sp. zn. Pl. ÚS 11/02 ze dne 11. 6. 2003 (N 87/30 SbNU 309; 198/2003 Sb.).
20. Ústavní soud, nález sp. zn. Pl. ÚS 11/04 ze dne 26. 4. 2005 (N 89/37 SbNU 207; 220/2005 Sb.).
21. Ústavní soud, nález sp. zn. Pl. ÚS 38/04 ze dne 20. 6. 2006 (N 125/41 SbNU 551; 409/2006 Sb.)
22. Ústavní soud, nález sp. zn. Pl. ÚS 42/2000 ze dne 6. 2. 2001 (N 16/21 SbNU 113; 64/2001 Sb.)
23. Ústavní soud, nález sp. zn. Pl. ÚS 69/06 ze dne 29. 1. 2008 (N 22/48 SbNU 243; 269/2008 Sb.).
24. Ústavní soud, usnesení sp. zn. I. ÚS 378/03 ze dne 26. 11. 2003, in NALUS.
25. Ústavní soud, usnesení sp. zn. I. ÚS 378/03 ze dne 26. 11. 2003.
26. Ústavní soud, Ústavní soud, nálezu sp. zn. II. ÚS 254/08 ze dne 18. 11. 2008 (N 197/51 SbNU 393).

Obsah

1. ÚVOD.....	3
2. ABSTRAKTNÍ VYJÁDŘENÍ EFEKTIVNOSTI PRÁVA.....	4
2.1 Efektivnost právní normy.....	5
2.2 Efektivnost normového souboru.....	6
2.2.1 Obecné normové soubory a jejich efektivnost	6
2.3 Efektivnost reálných normových souborů.....	7
2.3.1 Efektivnost právního předpisu	7
2.3.2 Efektivnost právního odvětví či právního institutu	8
2.3.3 Krátce o nezamýšlených důsledcích novelizace.....	9
2.4 Úskalí koncepce abstraktní efektivnosti.....	11
2.4.1 Definice cílů a funkcí práva.....	11
2.4.2 Časový rozměr efektivnosti	12
2.4.3 Propustnost právní soustavy	12
3. OBOROVÁ POJETÍ EFEKTIVNOSTI PRÁVA.....	14
3.1 Ekonomická efektivita práva.....	14
3.1.1 Richard Posner: Ekonomická analýza práva.....	14
3.1.2 Bruno Leoni	16
3.1.3 Rakouská ekonomická praxeologie.....	17
3.1.4 Propojení intelektuálních aktiv právníků a ekonomů.....	18
3.2 Efektivnost měřená náklady?.....	19
3.2.1 Selhávání modelů čisté nákladové efektivnosti	19
Sociální zabezpečení	19
Právo životního prostředí.....	20
Právo na právní pomoc	21
Právo zabezpečující realizaci autonomie vůle	22
Institucionální struktura státu – exekutiva	23
Organizační právo vrcholných složek veřejné moci	24
Právo tvorby zákonů a právo vynucujících kapacit	24

OBSAH

judikativa	24
3.2.2 Komparativní efektivnost a úsporné užívání zdrojů	25
Komparativní efektivnost	26
Hospodárnost využívání vyčleněných zdrojů	28
Nekvantifikovatelnost výstupu zvyšuje důraz na precizaci cílů	29
3.3 Analýza ekonomických dopadů regulace (RIA)	29
3.3.1 Principy RIA	30
Přiměřenost	30
Odpovědnost	31
Konzistence	31
Transparentnost	31
Cílenost, směřování	31
3.3.2 Reálné provádění RIA a diskuse nad její užitečností	32
3.4 Sociologické pojetí efektivnosti	33
3.4.1 Strukturní funkcionalismus a efektivnost	33
3.4.2 Efektivnost ve vztahu (jen) k jedné funkci práva	34
3.4.3 Odmítání samotné koncepce efektivnosti	35
3.5 Efektivnost práva z pohledu právní teorie	36
3.6 Jednotná koncepce efektivnosti?	37
4. FUNKCE A CÍLE PRÁVA	39
4.1 Systémový pohled na právo	39
4.2 Funkce práva	41
4.2.1 Funkce řádu (sociální kontroly)	43
4.2.2 Rozsuzovací funkce (funkce rozhodování sporů)	44
4.2.3 Funkce nástroje sociální změny	45
4.3 Vztah funkcí a cílů práva	46
4.3.1 Soudobé koncepce vztahu cílů a funkcí práva	46
4.3.2 Cíle a funkce práva při analýze efektivnosti	48
5. EFEKTIVNOST JAKO PRÁVNĚ VĚDECKÁ OTÁZKA	50
5.1 Právní věda a její obor poznání	50

OBSAH

5.1.1	Dvě protichůdná pojetí právní vědy	50
5.1.2	Náležité nastavení vztahu teorie a praxe a úvahy o povaze a roli vědy	53
	Polemika jako test teorie.....	53
	Právo a politika z pozice vědy	55
	Zahrnuje Weyrova právní věda všechny otázky, jež klade praxe?	56
	Spor o vědecký status sociologie práva.....	57
	Spravedlnost je nutný či nežádoucí atribut posuzování práva?.....	59
	Role praxe.....	61
	Poučení pro dnešek.....	62
5.2	Nutné napětí mezi ekonomickou a právní vědou?	62
5.2.1	Mezioborové studie: přínosná fúze či platforma povrchního tlachání?	63
5.2.2	Naše tradice výzkumu práva a ekonomie	64
5.2.3	Exkurz: příklad využití psychologie v právu	67
5.3	Obavy z ekonomické ideologizace pravovědy – odmítání supremace ekonomické ideologie.....	68
	Optimističtější pohledy	69
5.3.1	Důsledky odmítání ekonomických pohledů.....	71
5.4	Úkoly pro vědu	75
6.	IDENTIFIKACE MOŽNÝCH PŘEKÁŽEK EFEKTIVNOSTI PRÁVA	76
	Co rozumíme překážkou efektivnosti práva?	76
6.1	Regulační schopnosti práva.....	77
6.1.1	Právo jako nástroj	78
	Autopoietický systém a instrumentalismus.....	78
	Instrumentalismus jako dominantní právní ideologie.....	79
	Limity práva	82
6.1.2	Právní cítění, právní vědomí a znalost práva	83
6.1.3	Dimenze ovlivňující dodržování právních norem	86
	1) míra znalosti obsahu norem	86
	2) míra, v níž normy vyjadřují hodnotový konsensus.....	87
	3) míra normativní complexity	88
	4) přísnost sankcí	88
	5) neodvratnost sankcí.....	88
	6) dostupné kapacity vynucení	88

OBSAH

7) důvěra v jednotnost vynucení práva	89
Vztahy mezi dimenzemi	90
6.1.4 Inherentní překážky efektivnosti práva	91
Úskalí instrumentalismu, limity práva a efektivnost	91
Úprava intuitivních představ a úskalí analogií	91
6.1.5 Znalost práva nezaručí dosažení cíle	93
6.1.6 Dimenze dodržování práva a překážky efektivnosti	93
6.2 Právo, jiné normativní systémy a efektivnost	95
6.2.1 Právo a morálka	95
Náboženská morálka	96
Sekulární morálka	97
Profesní normativní systémy	98
6.2.2 Konzervativní povaha práva (relevance socialistického normativního systému)	99
Irelevantní socialistický normativní systém?	100
Důsledky kulturní a historické ukotvenosti práva	101
6.2.3 Neformální normativní systémy jako překážka efektivnosti práva	102
6.3 Přístupy k interpretaci práva a jeho sociální účinnost	103
6.3.1 Doktrína metod interpretace práva	104
Postupné rozevírání vějíře výkladových metod práva	104
6.3.2 Efektivnostní ohledy a interpretace práva	106
6.3.3 Etika právního diskursu?	107
Výzvy pro právní vědu	109
6.3.4 Legislativní nebo zákonodárné pravidlo?	110
Jeden příklad z minulosti	110
6.3.5 Postoj k napětí mez rolí zákonodávce a rolí interpreta	112
6.3.6 Interpretační a aplikační postupy jako překážka efektivnosti práva?	114
6.4 Nestabilita práva a změna pohledu na právo	115
6.4.1 Příčiny legislativní nadprodukce	116
Povaha organizované modernity	117
Moderní byrokracie a welfare state	117
Technologické změny	118
Vědomé zvýšení legislativní produkce	120
6.4.2 Transitivní společnosti a efektivnost práva	120
Efektivnost retrospektivního práva	121
Právní prostředky vyrovnání se s minulostí – limity práva	122

	Zákonodárné prostředky musí být obecné	123
	Soudní moc – nebezpečí zahlcení a ztráty důvěryhodnosti	124
	Správněprávní (exekutivní) prostředky vyrovnání se s minulostí	125
6.4.3	Důsledky legislativní nadprodukce	128
	Změna povahy práva	129
	Reflexivní právo jako důsledek reflexivní modernity?	130
6.4.4	Vliv nestability práva na právní vědomí	131
	Exkurs-rozdílné uchopení pojmu právní vědomí	131
	Právní vědomí	133
	Modelové dopady měnlivého práva na právní vědomí	133
6.4.5	Implikace pro překážky efektivnosti práva	134
6.5	Právo společností v přerodu: příklad rekodifikací	135
	Přitažlivost kodifikací a legislativní optimismus	136
	Pojem sociálního času	137
6.5.1	Soukromé právo	138
	Cíle soukromého práva	138
	Připravovaný občanský zákoník	140
	Některé rysy nového občanského zákoníku a efektivnost	141
	Nový civilní kodex a právní vědomí	143
	Opuštění strukturálních prvků s otisky dřívějších hodnot	144
	Důraz na autonomii, svobodu a rekonstrukce instituce vlastnictví a jeho garancí	145
	Soukromé právo mezi tradicí a inovací	146
	Systémová povaha práva a dopady rekodifikace na efektivnost	147
	Rekodifikace jako nástroj sociálního inženýrství	148
6.5.2	Trestní zákoník	149
	Cíle trestního práva	149
	Nový trestní zákoník a jeho cíle	150
	Některé rysy trestního kodexu a koncept efektivnosti	151
	Efektivnost trestního práva	153
6.5.3	Procesní řády	154
6.5.4	Rekodifikace v transformaci a překážky efektivnosti	155
	Vyhodnocení efektivnosti kodexu	155
6.6	Snahy o zvýšení efektivnosti českých soudů	157
6.6.1	Důvěryhodnost justice a efektivita	157
	Špatné rozhodnutí, odpovědnost soudce a její posílení	158
	Řešení	159

6.6.2	Nutné posuny v sebepojetí soudce	160
	Rozhodnutí, konečné rozhodnutí a čárka, čili o byrokratické osobnosti.....	160
	Papírová výkonnost a přemístění cíle.....	160
	Odpovědnost soudce za své rozhodnutí a za justici jako celek.....	162
	Opomíjená teze: Sociální funkcí soudce je rozhodnout spor, který je v pluralitní a svobodné společnosti přirozený.....	163
	Odpovědnost soudcovské obce a jejích elit.....	164
6.6.3	Učení se na chybách a úspěších jiných	165
	Překonávání étosu uzavřenosti.....	166
6.6.4	Justiční management	167
	K jednotlivým funkcím managementu	167
	Nepružný systém informování a absence stanovení cíle.....	169
	Podcenění role komunikace	169
6.6.5	Ekonomická analýza	170
	Matematické metody (Operační analýza, síťová analýza, teorie hromadné obsluhy).....	172
6.6.6	Detaily, jejichž změna by mohla výrazně změnit poměr vstupní prostředky/výstup.....	173
	Alokace zdrojů a kapacit určená procesními předpisy	173
	Rychlost procesu určuje jeho nejpomalejší úsek	174
	Zbytečné zprostředkující články.....	175
	Časový takt práce.....	176
6.6.7	Nezamýšlené důsledky tlaku na omezení nezávislosti	177
6.7	Vymezení funkčních domén práva a politiky a efektivnost práva.....	178
	Sugestivní vliv označení – příklad slova <i>system</i>	178
6.7.1	Přehlížená neslučitelnost některých axiomů politické teorie a teorie normotvorby.....	179
	Právní systém, politický systém	179
	Nejasné hranice a konflikty funkcí	180
	Politika v právu nechtěná: idea apolitického vzniku práva.....	183
	Pomíjení politiky ústavní vědou a vědou o tvorbě norem.....	185
	Zájmy se vypaří?	186
	Právní státověda a operační prostor zákonodárců.....	187
	Politická teorie.....	189
6.7.2	Omezení politických cílů.....	191
	K projevení skutečného působení zákona je třeba čas.....	193

OBSAH

Omezení plynoucí z přihlídnutí k funkčnímu určení.....	194
Snahy o vytyčení demarkační linie mezi právem a politikou	197
6.7.3 Politické řízení společnosti pomocí práva?.....	198
6.7.4 Překážky efektivnosti práva a funkční určení práva	199
7. PŘEKÁŽKY EFEKTIVNOSTI PRÁVA	201
ANOTACE.....	214
SUMMARY	217
POUŽITÉ PRAMENY	221
Monografie a časopisecké texty	221
Internetové zdroje	225
Judikatura.....	225
OBSAH.....	227