

Přednáška č. 7

Pokračování přednášky Právo jako systém

Osnova přednášky:

a) Stručná rekapitulace Luhmanova pojetí práva jako systému s ohledem na kritiku právního formalismu

b) Výklad základních principů Habermasovy diskursivní teorie práva

c) Habermasovo pojetí práva jako systému práv

a) V minulé přednášce jsme si naznačili některá východiska Luhmannova pojetí práva jako autopoietického systému;

- Dle Luhmanna právo funguje jako uzavřený normativní systém, který určují jeho operace;

- Právní informace je zde zakódována na základě binárního kódu právo/neprávo a v právním systému je pak na základě programu dekodována-řešena- učiní se rozhodnutí atd...

- Podle Luhmanna tím programem je spravedlnost, která nefunguje jako idea, hodnota nebo princip, ale jako program, orientace při dekodování- řešení právních problémů- takže cílem zde je potvrzení práva jako práva.

Naznačili jsme si také silné a slabé stránky tohoto pojetí práva a ukončili jsme výklad tím, že ten, kdo na tyto slabiny poukázal, resp. kritizoval byl německý sociolog a filosof J. Habermas (1929) .

- Pojetí práva jako systému jsme uvedli jako reakci na kritiku tradičního právně teoretického myšlení; uvedli jsme, že Luhmann a také Habermas jej vidí ve zdůvodnění

moderní teorie práva, tzn. **konceptu práva, který se může zdařit jen tehdy, kdy fakticita práva bude spojována s komunikací; toto je jediný způsob, který umožňuje nejen pozorovat, ale také realizovat základní funkce práva**

(Co to znamená? Tzn. uvědomění si následující souvislosti, že skutečnost, která je objektem našeho poznání je nám vždy zprostředkována jazykem; to platí i o skutečnosti fakticitě práva.)

Proto Luhmann i Habermas se shodují v tom, že právo považují za médium komunikace.

V tom je však i zdroj jejich rozdílnosti - v různém pojetí komunikace

(Luhmann považuje právo za médium komunikace založené na „generalizaci symbolů“ a reflexi práva tak ponechává v zajetí sémantiky.)

Základní práce: *Teorie komunikativního jednání,(1981) Fakticita a platnost,(1992)*

a) Habermasova diskursivní teorie práva

Porozumění Habermasově teorii práva předpokládá vysvětlit tyto kategorie:

a) komunikativní jednání, (Lebenswelt) životní svět a systémový svět

b) komunikace, diskurs, konsens

a) komunikativní jednání, (Lebenswelt) životní svět a systémový svět

- Habermas si myslí, že komunikace není jen sdělováním informací, přenosem informací-ale také formou jednání; tzn. používání jazyka je činností, díky které, když něco sdělujeme, vstupujeme s posluchači do vzájemné interakce, takže komunikace funguje také jako médium jednání;

- tato interakce představuje vždy určitou formu racionality

Komunikace se podle Habermase jako způsob jednání se projevuje v různých formách racionality:

i) jako strategické jednání, které představuje účelovou na cíl zaměřenou racionalitu (viz Max Weber)

ii) komunikativní jednání, které představuje konsensuální racionalitu

- tyto formy racionality strukturují naše společenské vztahy

1. Strategické jednání je zaměřeno na cíl; je to jednání, které vede ke tvorbě systémových vztahů; toto jednání operuje v médiu peněz a moci a vede ke vzniku systémového světa Habermas připisuje systémovou povahu jenom ekonomickým a politickým vztahům, nikoli společenským vztahům jako takovým, jak to je u Luhmanna

2. Konsensuální jednání je pak jednáním, které je přirozené a utváří vlastně náš "Lebenswelt" životní svět, který se opírá o tradici, kulturu, jsou mu vlastní vztahy solidarity a vzájemné pomoci, atd. Je to svět, ve kterém se člověk projevuje ve svých přirozených vlastnostech člověka, nejen jako bytost myslící, ale také sociální, kulturní;

Habermas popisuje tedy společnost jako jednotu těchto dvou světů:

životního světa, který dal základ světu systémovému; ten se od něj oddělil a žije vlastním životem a doslova čím dále více okupuje náš životní svět.

Např. politika jako strategické jednání čím dále více intervenuje do privátních vztahů jako je rodina, vzdělávání (školství) co jsou vše součástí našeho životního světa;

(Např. školství - na jedné straně systémový svět svým vlivem vytvořil vzdělávací systém, ale na druhé straně jeho intervence do vzdělání vede čím dále více k jeho poměrování penězi nebo přístupem k moci apod.)

Habermas koncem 80. let korigoval některé své názory a přiznává, že vývoj v moderní společnosti má povahu systémové společnosti a musel připustit, že se vlivem toho oslabuje komunikativní racionalita, vliv životního světa. Nicméně stále věří v silu lidského rozumu a

domnívá se, že „pomocníkem“ v posílení komunikativní racionality by mělo být právo.
(Systémová povaha společnosti má podle Habermase své pozitivní, ale také negativní důsledky. Na jedné straně se moderní společnost stává dynamickou pluralitní-multikulturální společností, ale na straně druhé to ohrožuje její integritu. Každá systémová jednotka totiž sleduje svůj vlastní cíl a strategii. Atomizace a fragmentarizace sociálního prostoru ohrožují a radikálně zpochybňují tradiční humanistické hodnoty jako je rovnost, solidarita, vzájemná pomoc apod.

Nicméně Habermas se domnívá, že je v silách lidského rozumu zastavit tento vývoj, věří v to, že rozum má schopnost "vyprodukovat" takové normativní opatření, které tento proces rozkladu zastaví. Vsází na to, že tuto roli obnovitele ohrožené integrity moderní společnosti sehraje právo.)

Jak pojímá Habermas právo?

- Právo patří původně do životního světa, svojí ideou spravedlnosti, rovnosti, svobody; proto jeho původní funkce je konstitutivní,
- Tím jak se struktura společnosti stává složitější, dochází k tomu, že právo se postupně odděluje od svého základu a stává se součástí systému;

Např. rozvoj ekonomických vztahů si vynutil aby vzniklo finanční nebo obchodní právo; na jedné straně to přispělo k diferenciaci práva ale na druhé straně vzrostl tím vliv práva v systémovém světě a právo ztrácí svůj původní význam, stává se prostředkem pro posílení fungování světa peněz a moci;

- Habermas se domnívá, že právo si musí zachovat svojí původní funkci a mělo by se stát zprostředkovatelem mezi životním světem a systémovým světem;
(Habermas nám vzkazuje, že funkcí práva je starost o člověka. Takže východisko ze současné hrozby rozpadu jednoty moderní společnosti vidí v tom, že právo obnoví svojí původní funkci a postará se o prosazování idejí spravedlnosti rovnosti, svobody; tzn. o prosazování idejí životního světa do systémového světa současné společnosti.)
- právo by mělo fungovat především jako systém základních práv, které budou v systémovém světě garantovat to, aby byl náš životní svět zachován např. zákony

regulující ekonomickou sféru (obchodní, finanční právo,) by měli být zdůvodněny s ohledem na právo na zdravé životní prostředí nebo pracovní právo s ohledem na základní sociální práva atd. ..

- Jak je to ale možné, aby takto právo fungovalo v systémovém světě, který je v zajetí média moci a peněz?
- Tuto funkci může právo plnit jen tehdy, podle Habermase, pokud nebude vybaveno jen platností (Gültigkeit) odkazující se na zákon(legalitu), ale také platností (Geltung), která bude diskursivně zdůvodněnou platností;

Habermas se domnívá, že právo neplatí jen proto, že má formu zákona (odkazem na legalitu) , ale musí platit z rozumných důvodů;

(Lidé sami vědí, co se má stát obsahem práva tudíž, musí mít možnost podílet se na zákonodárním procesu a jen tak se podle Habermase zabrání tomu, aby se právo stalo nástrojem systémového světa a zcela působilo v médiu moci a peněz;)

b) Komunikace, diskurs, konsens

Jak je to možné? Abychom tomu porozuměli, tak si musíme vysvětlit jak chápe Habermas proces komunikace.

Habermas se zabývá analýzou normativních podmínek komunikace. Tzn. ptá se, co se vlastně děje, když mluvíme s jiným člověkem, tzn.když mu sdělujeme něco nějakou větou? Jakým pravidlům podléhá sdělení mluvčího?

Zde zjišťuje, že náš jazyk je vybaven idealizacemi (nutné podmínky, které se při užívání jazyka projevují)

Typologizace idealizací:

Idealizace zakotvené v jazyce:

a) obecnosti jazyka, resp. pojmů a myšlení, tzn. v jazyku jsou zakotvené idealizace jako je např. slovník, gramatika, které zaručují jeho obecné použití a invariantnost;

b) platnosti, jež se vyjevují v souvislosti s fungováním řečových aktů; vztah který vyjadřují výroky přijímáme za platný a správný, resp. skutečný. V komunikativním jednání se pak tyto idealizace vážou.

Když řeknu, že „všichni Slováci mluví slovensky“, tak toto vyjádření považuji za správné nejen z logicko-lingvistického hlediska, ale také za vyjádření skutečnosti, že opravdu všichni Slováci mluví slovensky. Kdybychom tento vztah nepovažovali za platný-skutečný a museli bychom se o něm přesvědčovat, tak bychom se nikdy na ničem nedomluvili.

(Habermas zjišťuje, že požadavky platnosti nejsou a) výrazem kontingence vůle a k jejich přijetí účastník komunikace není empiricky motivován; b) mají univerzální povahu; c) nemají jen koordinační efekt, ale vedou k tomu, že situace interakce mezi aktéry komunikace je považovaná za skutečnou.)

c) Idealizace platnosti se pak vážou na další typ idealizací, které jsou spojeny s tzv. zaujetím performativně-konstruktivního stanoviska.

To znamená, že účastníci hovoru vstupují do komunikace jako pravdomluvné, odpovědné a svobodné osoby s cílem porozumět si a domluvit se.

V řečovém aktu vyvolávají pak tyto idealizace svým vzájemným působením normativní tlak na účastníky hovoru a "nutí" jej uplatňovat jazyk takovým způsobem, aby nastalo mezi nimi nejen porozumění ale také fungující vzájemná interakce.

Diskurs

Abychom porozuměli, Habermasovu pojetí diskursu musíme porozumět tomu co jsou nároky platnosti a jakou strukturu má komunikativní jednání.

Požadavky platnosti jsou srozumitelnost, pravdivost, hodnověrnost a správnost.

(Tyto požadavky platnosti způsobují, že posluchač zjišťuje, že mluvčí svým sdělením vystupuje pozitivně, konstruktivně, protože volí srozumitelná slova a výrazy tzn. lingvisticky a gramaticky

správně používá jazyk. Svým vyjádřením tak dává posluchači "něco" k porozumění a ten předpokládá, že tyto vyjádření budou pravdivá.

Posluchač však "uvěří" mluvčímu až tehdy, když se přesvědčí o jeho hodnověrnosti. Pak bude považovat také doporučení a výzvy k určitému postoji a jednání za správné.

Člověk, který se nevyjadřuje jednoznačně a raz řekne to, a po druhé zas mluví jinak, přestává být důvěryhodným partnerem komunikace. Jeho nejednoznačná vyjádření jsou signálem, že jeho záměrem není porozumění a domluva (konsensuální komunikace), ale získání prostoru pro manipulaci s posluchačem.)

Nároky platnosti je vybaven každý jazyk a jejich uplatnění v řeči je neproblematické. Jenže Habermas uvažuje o komunikaci jako formě jednání, tzn. o situaci, kdy dochází k uskutečnění komunikace, která sebou přináší možnost, že se zde objeví výpovědi různého pravdivostního obsahu. Tyto nároky platnosti se tak stávají problematickými. Habermas chce ukázat jak je možné, tyto problematické podmínky odstranit.

Zde přistupuje ke strukturaci jazykem zprostředkované komunikace jako jednoty dvou rovin:

první rovina souvisí s výměnou informací

druhou rovinu pak tvoří samotná argumentační řeč- diskurs jako argumentační řeč, která má odstranit problematické nároky platnosti;

- tzn. nejasnosti jsou odstraněny tak, že jsou „diskursivně vyargumentovány“

Diskurs tak plní funkci kontroly správnosti jednání; správnost jednání není možné určit zvenčí, externě, ale musíme se o ni přesvědčit jako účastníci argumentace. A to tak, že se konsensuálně dohodneme s ostatními účastníky argumentace, uznáme silnější, tzn. rozumnější argument. Tím se spojuje princip racionality a principem demokracie.

Diskursivní situace:

Když jsou dodrženy všechny požadavky platnosti- srozumitelnost, pravdivost,

hodnověrnost a správnost, tak jejich fungováním se vytváří situace, kterou charakterizuje symetrické rozdělení šancí (položít otázku, být vyslyšen, nesmí být upřen názor a kritika) a role účastníků komunikace je zde braná vážně; v této situaci účastníci komunikace dospívají nikoli k dohodě, ale konsensu.

(V této souvislosti je nutné zdůraznit rozdíl mezi dohodou a konsensem; dohoda vyjadřuje nutnost porozumění a domluvy, konsens vyjadřuje uvědomělé jednání, kdy dochází ke vzájemnému uznání potřeb a zájmů, na základě dobré vůle, uvědomění)

(Habermas zdůrazňuje, že smyslem kritické argumentace není určit to, co je tou "jistotou", resp. pravdou, ale ukázat ji jako proceduru tvorby pravdivých výpovědí založenou na nezpochybnitelných (nutných) normativních zásadách. V posledních pracích Habermas uvádí, že konsens je jedinou hodnotou, o kterou bychom měli usilovat. Je to reakce na současný postupující systémový svět)

c) Platnost moderního práva

Právo, které platí jen z toho důvodu, že se odkazuje na svojí zákonnou formu je podle Habermase nedůvěryhodné a stává se formálním. Takové právo pak funguje jako předem stanovený kalkul, co má za následek, že kupříkladu z lidských práv se stávají jen dobře znějící slogany, poslušnost se vynucuje násilím, idea spravedlnosti funguje jako populistické zaklínadlo, atd.

Tyto projevy ve fungování práva identifikují rozpor mezi fakticitou a platností.

Přeloženo do běžné řeči, to podle Habermase znamená, že právo se odcizuje své původní funkci integrátora společnosti a spolu se systémovým světem politiky a ekonomiky okupuje přirozený, životní svět člověka; přestává být starostí o člověka..

Tento rozpor je podle něj zásadní a už jej není možné vyřešit jen dohodou. Dohoda má strategickou povahu, je zaměřena jen na dosažení strategických cílů.

Habermas je přesvědčen o tom, že tento rozpor je možné vyřešit jen diskursivně, jen tímto způsobem se dosáhne platnost (Geltung) práva, kterou budou jeho adresáti akceptovat. Tzn. na jeho legitimizaci se bude podílet veřejnost-adresáti práva zde budou vystupovat také v roli tvorců práva;

Habermas nás tak upozorňuje na několik teoretických problémů a sice, že

a) právo jako právo neidentifikuje fungování norem nebo pravidel, ale to, že musí být neustále legitimizováno; operace legitimizace jsou zde identifikačním znakem práva; *(Habermas pléduje za legitimizaci práva na základě diskurzu a je přesvědčen, že tento způsob legitimizace vnáší do práva demokratický princip. Tento princip činí z lidí- občanů aktivní občany, kteří svobodně projevují své nároky- práva. Lidé sami vědí, co se má nebo nemá stát obsahem práva. Diskursivní situace je tak situací, která jim umožňuje aktivně se podílet na zákonodárním procesu. Jen tak se podle Habermase zabrání tomu, aby se právo stalo nástrojem systémového světa a zcela působilo v médiu moci a peněz.)*

b) moderní právo by mělo platit především z rozumných důvodů; jen díky tomu může propůjčit politické zákonodárné síle legitimitu a vést ke tvorbě flexibilních programů řízení moderní státní administrativy; *(Moderní právní stát se má tudíž zasazovat o to, aby vytvářel podmínky pro vedení diskursivní situace, aby občané mohli aktivně ovlivňovat zákonodárný proces: Občané vystupují ve dvojjediné roli zákonodárců i adresátů- právo nepřijímají jen z poslušnosti zákonu, ale z povinnosti- stává se to součástí jejich života.)*

c) takové právo bude vytvářet podmínky pro rovnou distribuci subjektivních práv pro každého;

Stručně řečeno: legitimizace práva by se neměla redukovat jen na otázku procesní, procedurální, nejde jen o správnost procedury, ale celý legitimizační proces musí být založen na demokratickém principu a proto tento proces nemá být o ničem jiném, než o tom, aby subjektivní práva byla potvrzena veřejně: diskursivní situace je tou situací, která ukazuje, která subjektivní práva jsou opodstatněna a mají získat legální formu.

Toto není nějaká zásadně nová myšlenka, Habermas se zde vrací ke Kantovu učení o právu, který jako první tematizoval fungování práva prostřednictvím vztahu subjektivního a objektivního práva. Inspirativní zde je to, že Habermas

1.) moderní právo musí fungovat jako systém práv; Habermas spojuje systémovou povahu práva přímo s fungováním práv. Moderní právo je nám zde představeno jako systém, který operuje v médiu základních práv. Základní práva nejsou zde jen strukturálními elementy,

ale přímo určují funkce práva.

Jen takové právo bude garantovat, že politická rozhodnutí budou nejen správná, rozumná a spravedlivá ale také povedou k posílení solidarity a pomoci ve vzájemných vztazích mezi lidmi.

2.) systém práv není žádnou "listinou" práv; Habermas provedl logickou genezi práv a na základě toho vymezil pět kategorií základních práv, které na sebe navazují.

První kategorie práv se vztahuje na právo *"co největší míry stejné subjektivní svobody jednání"*. Jako nutný důsledek pak jsou požadována práva *"na stejný statut členství v právním společenství, utvořeném jako svobodná asociace"*. To je druhá kategorie práv a třetí pak tvoří *"stejná práva na individuální právní ochranu"*.

První tři kategorie základních práv strukturují subjektivní autonomii člověka a vedou k určení subjektivních práv. Uplatněním těchto základních práv dochází k tomu, že člověk již nevystupuje jen v roli adresáta právních norem a zákonů, ale se ujímá také role autora práva. Zároveň s touto rolí autora svého vlastního práva se naplňuje podle Habermase statut právního subjektu. Přesněji, k naplnění tohoto statutu dochází díky právu na rovné šance být účastníkem "procesu tvorby vůle a názorů". Tím se mění pozice občanů na aktivní účastníky veřejného života, jež *"aktivně uplatňují svojí politickou autonomii při prosazování legitimního práva"*.

Na tyto tři kategorie práv, které jsou nejdůležitější navazují ústavně reflektovaná práva. Čtvrtou kategorií tvoří politická práva, která jsou již zdůvodněním statutu svobodných a rovných občanů, jímž se dává do rukou reálna možnost měnit cíle interpretace a tvorby své soukromé a veřejné autonomie. Habermas přistupuje i ke zdůvodnění páté kategorie základních práv, jimiž jsou práva na ochranu životních podmínek s ohledem na jejich sociální, technické a ekologické zajištění.

Systém práv, který Habermas navrhuje, není nějakou "listinou" práv, ve smyslu taxativního (kvantitativního) vyčtu práv. Práva zde nejsou hierarchizována, ale funkcionálně propojují soukromou a veřejnou autonomii člověka jako nutných podmínek jeho sebeidentifikace. Habermas vymezuje jednotlivé kategorie práv jako tématické roviny a záleží jen na diskursivním zdůvodnění, která práva budou aktivní občané považovat za tak zásadní, že budou požadovat jejich legalizaci. *(Nic zde není první nebo druhé, méně nebo*

více důležité; největší hodnotou zde není nic jiného, než dosažení konsensu při zdůvodňování oprávněnosti určených práv.)

3.) moderní právo musí garantovat "přístup" k právům; síla Habermasovy kategorizace práv, navzdory některým slabým místům (jde jen o logickou genezi práv, nikoli historickou a pod.) spočívá dále v tom, že požaduje přístup všech občanů k veřejnému rozhodování. Slovo "přístup" má zde zásadní význam. "Přístup" bude vždy označovat to místo, které umožňuje překročit určenou hranici.

Tímto požadavkem Habermas útočí a rozrušuje tradiční představy o politických elitách, hierarchicky budovaných orgánech i když demokraticky volených. V požadavku uznání rovnosti a rovnoprávnosti občanů se neodkazuje na morální uznání. Rovnost všech občanů jako účastníků diskursu je zde základním požadavkem samotné diskursivní situace. Právě to umožňuje inkluzi všech do procesu rozhodování.

(Habermas považuje za nutný předpoklad společenské integrace moderní multikulturní společnosti především také integraci členů různých kulturních a etnických menšin. Členové těchto menšin musí také získat statut rovných a svobodných občanů, tzn. musejí být také vtaženi do diskursu. Habermas v této souvislosti ostře kritizuje německou azylovou politiku; kdy přistěhovalci čekají až patnáct let na udělení občanství atd.)

4.) "právo být jiným" je základním právem; jinakost způsobená jakoukoli odlišností přestává být v diskursivní situaci překážkou a není ani objektem nějaké restrikce. Právě naopak, působí spíše jako korektor toho, co má být. Přesněji řečeno, působí jako korektor toho, co se má stát obsahem dosaženého konsensu. Habermas je přesvědčen o tom, že právě diskurs svojí povahou umožňuje stanovit legitimní rozsah "práv jiného".

Identita nositele práv je tak výsledkem konsensuálně vedené komunikace probíhající v konkrétních životních a kulturně specifických kontextech a společenstvích. Tento společenský kontext spojuje Habermas s fungováním radikální demokracie a multikulturalismu.

5.) moderní právo je médium, které je pevně spojeno s fungováním státu a politiky;

Příkladem je dnešní politika multikulturalismu, která nás nutí tázat se, jakým

způsobem se stává z otázky odmítaných a ponižovaných menšin právní problém? A jakým způsobem jej pak artikuluje právo? To jsou konkrétní problémy, kterými se ubírají také Habermasovy úvahy o fungování práva v multikulturní společnosti.

Obecně bychom mohli říct, že určitý problém se stává právním problémem až tehdy, kdy konflikty, které vyvolává, není možné řešit odkazem na morálku nebo jiné normativně určené hodnoty a vynucuje si zavedení nestranných právních regulativů.

Právně teoretickým problémem zde však zůstává otázka řešení konfliktu, který právní regulativy v sobě geneticky ztělesňují a sice konflikt mezi realizací kolektivních cílů a garancí subjektivních práv. (viz Dworkinovo řešení)

Habermas do struktury systému práv "zabudoval" jako logický krok požadavek uznání kolektivních cílů, které ztělesňují jednotlivé formy "bojů" o uznání. Kolektivní cíle se tak stávají veřejnými, občanskými zájmy a přestávají mít povahu specifčnosti, výjimečnosti, partikulárnosti, lokálnosti. Právě to otevírá cestu k zrovnoprávnění různých jinakostí bez "vnějšího" zásahu. Uznání práv jiných zde není výsledkem státního uznání nebo zásahem učiněným ve jménu někdy i oprávněné starosti o zachování kulturních rozdílů.

To však neznamená, že by stát, který by učinil jádrem své politiky systém těchto práv, nutil své občany vzdát se svých představ o dobru, svých kulturních hodnot. Diskursivní situace vede k tomu, že v takovém státě by nebylo možné, aby jedna forma života se stala dominantní, určující a přinášela by výhody privilegovaným na úkor těch občanů, kteří by takové postavení neměli. Habermasovi jde především o to, aby lidé, kteří se liší kulturou, měli rovné šance dokonce v přístupu k politickému systému jako rovní a svobodní občané. Tímto požadavkem dává politice multikulturalismu reálný návod k řešení etnických a kulturních konfliktů.

Habermas svým pojetím práva jako systému práv chce ukázat, že

a) diskursivní demokracie je situací, která má umožnit občanům svobodně si ujasnit to, jaké tradice chtějí rozvíjet a jakých se ve spojení s jinými jsou ochotní vzdát.

b) celý problém "práva být jiným" je nutné "přesunout" do jiné roviny, je nutné jej odpolitizovat. Habermas neusiluje již o budování programů založených na principech ochrany etnicity, národa, třídy nebo rodu. Politický projekt ochrany kultur, který deklaruje

každá ústavní demokracie, vede podle něj k tomu, že sice určitou kulturu ochraňuje, ale nezaručuje tím její přežití.

Moderní demokratický právní stát by měl podle něj utvářet podmínky k tomu, aby občanská veřejnost sama o sobě vytvářela instrumenty aktivní pomoci jiným (cizincům, přistěhovalcům). Právě těmito instrumenty chce repolitizovat celý problém, a dát tak možnost k obnově přirozeného respektu k jinakosti a právům jiných lidí.

Habermas ukazuje, že systém práv, který má garantovat momenty životního světa je založen na diskursivní komunikaci. Proto ani problém multikulturality není možné řešit nějak jinak než diskursivně, tedy na bázi komunikace.

Kritika diskursivní teorie práva nebo jakou potřebují právníci teorii práva?

Tím se také dostávám k otázce a sice celkovému zhodnocení významu Habermasovy diskursivní teorie práva. Toto zhodnocení se pokusím učinit jako odpověď na otázku, jakou potřebují dnes právníci právní teorii?

Od moderní teorie práva se dnes obecně požaduje, aby utvářela diskursivní (komunikativní) strategii pro právní poznání i jednání.

Co to znamená:

a) Dnes se má za to, že právní teorie jako specifická teoretická (diskursivně utvářená) strategie by měla vést k tomu, aby vědění o právu bylo schopné strukturovat objekty svého pozorování, koherentněji organizovat a systematizovat pojmy a výpovědi, stabilizovat konceptuální modely nebo přesněji konstruovat fikce, atd.;

V tomto ohledu musíme konstatovat, že Habermasova teorie práva nesplnila očekávání: proč? Habermas nedefinuje žádný právní pojem, odmítá se zabývat pojmem právo a chce sféru práva vymezit jen přes jeho funkce. Jenomže takový přístup jej přivádí do pasti a právo mu "obsahově" splývá s politikou;

Také odmítá právní normu jako strukturální jednotku a mluví o právu jako médiu, formě práva, kódech práva, jenže tyto pojmy jasně nevymezuje a jen si je půjčuje ze systémové teorie nebo diskursivní etiky. Takže se mu nepovedlo vybudovat kategoriální aparát diskursivní teorie práva.

b) Právní teorie by neměla produkovat jen strategické modely právních pojmů a funkcí, ale

měla by fungovat také jako transformátor sociologických teorií do právní konstrukce sociální reality.

Tento požadavek Habermas celkem splnil, koneckonců to byl jeho požadavek a v tomto ohledu dává pro právní teorii nové impulsy. Tím, že vnáší do diskursu demokratický princip nám ukazuje funkční spojení práva a politiky. Svoji kritickou teorii společnosti dává právní teorii silnou zbraň, kterou však sám plně nevyužil.

c) Funkci moderní právní teorie v systému právní vědy je aby měla schopnost produkovat juristickou komunikaci a to "všemi směry" jak "do vnitř" mezi zákonodárci a soudci, soudci a advokáty, soudci všech stupňů, teoretiky jednotlivých právních odvětví atd., tak i "navenek", tzn. zákonodárci a občany, právníky a laiky, advokáty a klienty, právní teoretiky a teoretiky ostatních společenských věd atd. Jazyk teorie práva by proto měl umožnit porozumění světu práva a hovor o něm nejen právníkům, ale i ne-právníkům, sociologům, filozofům, lingvistům, historikům a vůbec všem laikům, kteří se o právo zajímají.

V tomto požadavku Habermas zůstává na půl cesty, když otevřel komunikaci vlastně jen navenek. Na jednom místě konstatuje, že jeho diskursivní teorie práva je hlavně pokusem o obnovení komunikace mezi teorií práva a politickou teorií. Právní teorie se podle Habermase dnes nachází v takovém stavu, že "již sotva co jsi má říci" s politickou teorií.

Habermas je kritizován právníky za nepraktičnost jeho teorie, která je podle nich nepoužitelná v praxi, např. v soudcovské praxi. Můžeme konstatovat, že jeho teorii i když je diskursivní, se paradoxně nepovedlo otevřít komunikaci směrem "dovnitř" a ponechává proces soudcovského porozumění v zajetí legislativního procesu.

d) Smyslem diskursivní strategie, kterou by měla představovat moderní právní teorie, by mělo být to, aby participantům komunikace umožnila zastávat určité stanovisko. Jeden z autorů přirovnal její funkci "k rychle rozpustnému instantnímu kakaou". Pokud bychom měli zůstat u kuchařské terminologie, tak je však nutné zdůraznit, že moderní právní teorie není žádnou "kuchařkou", která by poskytovala zaručeně dobré "recepty" pro juristické rozhodování.

Navzdory naznačeným slabinám můžeme přece jen uvést, že Habermasova diskursivní teorie práva je velkou inspirací. Diskursivní situace je jedinou situací, která umožňuje svobodně projevit své názory a tudíž svobodně zaujmout stanovisko, které však již nebude egoisticky, autoritářsky prosazovaným zájmem, ale stanoviskem uvědomělého občana.