

Přednáška č. 6

Tématický blok: Co je právo?

Kritika právního formalismu

Právo jako systém

A) Kritika tradičního pojetí sporu přirozeného a pozitivního práva

B) Hledání tzv. třetí cesty – právo jako systém

B1) Luhmannova systémová teorie práva a

B2) Habermasova diskursivní teorie práva

- Krize právní teorie a právní filosofie druhé poloviny 20.století

Příčiny krize: izolace, uzavřenost do problémů- hledání odpovědi na to co je přirozeností práva, jak překonat formalismus právního pozitivismu, rozdílů mezi Sein a Sollen a pod. ;

Otevřeně se konstatuje, že právní teorie, ale také právní filosofie upadají v posledních letech 20. století do krize, která se projevuje tím, že přestaly plnit pro právní praxi roli efektivního metodického východiska. Jinými slovy, mnozí právníci konstatují, že takovou právní teorii, která jen pátrá po tom jaké vlastnosti má mít právo, aby bylo identifikovatelné jako právo prostě nepotřebují a vyčítají ji, že se uzavřela do svých problémů, do nekonečného kolotoče hledání odpovědi na to, co je přirozeností práva, zda vlastností práva je mít povahu přirozenoprávní, nebo pozitivně právní, jak má vypadat vztah přirozeného a pozitivního práva, jak je možné překonat rozdíl mezi světem Sein a Sollen, abychom překonali nástrahy právního formalismu atd. Tyto otázky se začínají jevit jako metodicky neproduktivní a vedou samotnou právní teorii do izolace.

Důsledky:

- přesun právně teoretického myšlení na kontinent do Německa, Francie, Itálie

- změna tázání-

A tak koncem 80. let až dodnes můžeme zaznamenat celou řadu reakcí a názorů jakou cestou by se měla právní teorie ubírat, aby svojí krizi překonala.

V této souvislosti můžeme rozlišit tři skupiny názorů:

1. první skupina teoretiků pod vlivem postmodernitního myšlení nepovažuje za potřebné, aby se budovala právní teorie, považuje ji za metafyzický přežitek, brzdu pluralitního právního myšlení. Podle těchto představitelů právníci nepotřebují právní teorii, vystačí si z vlastní zobecněnou zkušeností a pod.

2. skupina je méně radikální a domnívá se, že není úplně možné mluvit o právní teorii jako vědě, že její obsah je dost nejasný, že vlastně byla vždy jen jakýmsi slepencem jednotlivých částí jako je teorie norem, teorie juristické argumentace, juristická metodologie atd. a tudíž pokud máme o nějakou právní teorii rozvíjet tak jen v podobě těchto dílčích teorií

3. skupina bychom mohli vymezit právě jako platformu, ze které vzešli dva pokusy o záchranu právně teoretického myšlení a tím je Luhmannova systémová teorie práva, kterou představil v práci "Právo společnosti" (1993) a Habermasova diskursivní teorie práva, kterou představil v práci "Fakticita a platnost".(1992)

Především Luhmann zastává názor, že právní teorie by měla být teorií práva. Není to hra se slovy, ale Luhmann a k němu si přidává i Habermas chtějí ukázat, že právní myšlení je nutné opět podrobit kritice ale tato reflexe, toto nové teoretické poznávání se může zdařit jen tehdy když

3a) právní teorie změni způsob tázání, již se nebude tázat co je přirozeností práva nebo se snažit formulovat pojem právo atd., ale musí se spíše soustředit na otázku: jak právo funguje, jaké jsou funkce práva- toto by měla být základní otázka moderního právněfilosofického a teoretického myšlení

3b) mluvit o smyslu práva není možné, pokud nebudeme znát jeho funkce a ty není možné znát bez poznání toho, jak funguje společnost jako systém;

Právě Habermas se domnívá, že zkoumat funkce práva je možné jen v kontextu kritiky společnosti, jinak je taková právní teorie a filosofie sterilní a nekomunikativní. To znamená, že tyto disciplíny není možné rozvíjet bez kontextu, návaznosti na určitou teorii společnosti.

(Na půdě německé sociologie můžeme dnes rozlišit dvě základní teorie společnosti: Luhmannovou systémovou teorii a Habermasovou kritickou teorii společnosti.)

Závěrem můžeme tedy konstatovat, že impulsy k rozvoji moderní právní teorie a filosofie přicházejí z vnějšku, ze strany sociologie nebo sociální filosofie.

V Německu vznik dvou linií kritiky společnosti:

- systémová teorie společnosti a práva (N.Luhmann)

- kritická teorie společnosti (J.Habermas)

B1) Niklas Luhmann (1928-1998)

Příklad, který by nám měl pomoci pochopit Luhmannovo pojetí práva jako systému:

"Jeden starý beduín zemřel a jeho pozůstalostí se stalo 11 velbloudů. Beduín měl tři syny. Podle dědičského práva synové měli nárok na toto dědictví v tomto poměru: Nejstarší na

polovinu, druhý na čtvrtinu, a třetí nejmladší na šestinu. Ale velbloudů bylo jen 11, pokud by si první vzal šest dostal by z tohoto množství více než polovinu. Synové navštívili tedy soudce, který vyřešil spor následujícím způsobem. Jednoduše jim jednoho velblouda půjčil a tím jim umožnil dostat dědických nároků; nejstarší syn dostal šest velbloudů, druhý pak tři a třetí dva dohromady to bylo 11 velbloudů a toho půjčeného 12 tudíž mohli klidně vrátit zpátky."

Luhmann na tomto příkladu demonstruje následující souvislosti, které nám mají pomoci pochopit co znamená, že

a) Právo je autopoietickým (uzavřeným) systémem

Co to znamená?

Za prvé, je nutné si vysvětlit co rozumí Luhmann pod systémem, přesněji, co nerozumí pod systémem:

Podle Luhmanna systém není

a) jednota částí a celku

b) není to ani kybernetický systém, který je vystavěn na nějaké informaci atd.

c) není to ani systém nějakých vět, pojmů jak to je např. u jazyka

Luhmannův systém je systémem

-reálně fungujících vztahů a souvislostí, které existují "zda mi chceme nebo ne";

- to co utváří systém jako systém nejsou jeho částí ale operace, díky kterým plní určité funkce

- o tomto systému, resp. o jeho funkcích se dovídáme tak, že jej pozorujeme, tzn. jsou rozpoznatelné a uchopitelné určité operace a pravidla, která jsou nezbytná k tomu, aby systém fungoval-

např. pokud se chci domoci svých práv u soudu, tak je nutné, aby jsem vykonal určité operace podal žalobu atd., a tato operace "spustí" systém dalších operací - soudce začne tuto žalobu projednávat, budou předvoláni svědci atd., zdůvodní se trestný čin, vynese se rozsudek atd...

- pozorování vede k tomu, že rozlišujeme systém a jeho okolí; to, co patří k systému a to, co k němu nepatří;

když pozorujeme právo, tak jeho okolí tvoří ne-právní sociální svět;

(Poznámka, které bychom měli porozumět

Luhmann v této souvislosti rozlišuje systémy na vytvořené člověkem alloprietické např. stroj, robot a systémy, které se utvářejí samy ze sebe autopoietické.)

K autopoietickým řadí

- organismy, které fungují v médiu života
- systémy, které fungují v médiu vědomí, psychiky- jako je jazyk , teorie- systém idejí apod.
- společnost, která funguje v médiu komunikace společnost utváří řada subsystémů, mezi které patří i právo

(Komunikace systému probíhá na základě principu- "to, co přináleží ke mně", každý systém je utvářen tedy specifickými tématy) - z toho můžeme vyvodit další znak systému:

- funkci každého systému je sebeidentifikace, potvrdit sebe sama ve svých funkcích;

Takže jakým systémem je právo?

- Právo je autopoietickým systémem

Tzn. právo ke své existenci nepotřebuje žádný jiný systém, ekonomii, morálku nebo politiku on jen tyto systémy pozoruje a pokud nazná, že nastaly v pozorovaných systémech zásadní změny, tak přistoupí také ke své změně.

- Funkci práva je potvrdit sebe samo jako právo: "Právo je právo"

právo funguje v médiu komunikace, která probíhá na základě kódu právo- neprávo

To je princip autopoiesis – příklad velbloudů ukazuje, že na řešení svých problémů si stačí právo samo, samo ze sebe ze svých paradoxů vytváří mechanismy řešení problémů- neodkazuje se na morálku, na politiku apod.

Právo vytváří samo ze sebe své operace a tyto operace jsou poznamenány kódem právo- neprávo.

-Právo se tedy vztahuje samo na sebe; právní vztahy jsou zde potenci k dalším právním vztahům;

Co z toho dále plyne?

- Právní jazyk zde neslouží k porozumění práva ale k označení toho, co je právo;
- Proto i otázka legitimacy práva zde nehraje žádnou roli, prostě právo je právo a tudíž není nutné prozkoumávat jeho správnost, platnost (správnost právu zaručují jeho operace)

Stručně řečeno: Právo si určuje svůj vlastní vývoj, své vlastní struktury organizuje se samo ze sebe: "Je to jakési perpetuum mobile."

Význam Luhmannovi systémové teorie:

Luhmann tímto svým pojetím zpochybnil řadu tradičních názorů

Především: a) nehledá nějaký zdroj (centrum) práva, zpochybnuje to, že zdrojem práva by měla být vůle zákonodárce, nebo vůle člověka jako takového

b) Luhmann ukazuje, že vůle – právní autorita je přirozeným prvkem, který patří do právního systému, sám systém si tento prvek vytvořil, nikoli naopak, že by právní autorita byla původcem právního systému

c) Luhmann ukazuje, že normativita není výsledkem lidské vůle, ale je výsledkem evoluce společenských vztahů a to takové, kdy se projevilo takové násilí, takové konflikty, které se začaly jevit jako paraziti, parazitovaly na neschopnosti jednotlivých systémů bránit se jim a proto vznikl právní systém;

d) Luhmann nás velmi správně upozorňuje, že právo nemá účelný charakter, ten mají jen zákony, nebo právní normy

e) Luhmann ukazuje, že normativita je vlastní společenským vztahům, které jsou utvářeny v komunikaci. Lidé se prostě vždy podřizují nějakým pravidlům a to je fakt, který není třeba dokazovat; je nutné se spíše tázat, jak funguje ve společnosti normativita

f) Smyslem právní normativity je to, že funguje jako očekávání, tzn. právo selektuje ty očekávání, která vedou k nápravě zklamání;

Co jsou slabiny této systémové teorie?

1. určitý typ formalismu, který je jiný než formalismus právního pozitivismu "právo žije jen samo pro sebe".

Luhmannovy je vyčítáno a) že není schopen určit smysl právní normativity, nezajímá jej otázka závaznosti, přesněji toho, zda je daná závaznost správná,

Podle Luhmanna není třeba zdůvodňovat význam právních norem jsou to všechno jen fikce; jinými slovy, Luhmannovy se vyčítá, že odtrhl- izoloval právo od ostatních sociálních systémů,

2. Právo je uzavřený systém a je jen souborem operací, které potvrzují právo jako právo, takto probíhá i komunikace;
jinými slovy, z tohoto systému Luhmannovy "vypadává" člověk jako subjekt komunikace, uživatel jazyka, který vždy již nějak světu rozumí;

Právo je zde představeno jako mechanický svět a právníci jako ti, kteří se naučili právní kódování; tzn. vytvořit zákon, sepsat smlouvu, podat žalobu, vynést rozsudek

Ale takto není- právníci přece mluví běžným jazykem a jejich právní jazyk vznikl transformací tohoto běžného jazyka – stručně řečeno, používání právního jazyka ukazuje, že právo není uzavřeným, ale jen autonomním systémem
