

ACTA UNIVERSITATIS CAROLINAE

IURIDICA 1976

MONOGRAPHIA XXIV

JIŘÍ ČAPEK

**TEORIE
PRÁVNÍHO
REALISMU**

KRITICKÁ STUDIE

UNIVERZITA KARLOVA PRAHA 1976

Obsah

Úvod	7
Kapitola I. Problematika precedentu a postavení soudce v oblasti angloamerických právních systémů	9
Kapitola II. Vznik a povaha právního realismu	27
Kapitola III. Tvorba práva v teorii právního realismu	41
Kapitola IV. Aplikace práva v teorii právního realismu	47
Kapitola V. Vývoj právního realismu v padesátých letech a utváření právního skepticismu	63
Literatura	71
Резюме	77
Résumé	81
Summary	85

Teorie právního realismu je jednou ze závažných angloamerických právních teorií. Proto, že soustavná kritika angloamerické imperialistické právní teorie má v současném období soužití a soutěžení protikladných společenských soustav značný praktický politický význam a zároveň tedy značný význam teoretický, je jí v marxistické právně teoretické literatuře třeba věnovat soustavnou pozornost.

Právní teorie období všeobecné krize kapitalismu namnoze zahrnují složité teoretické konstrukce, značně teoreticky abstraktní, a zdánlivě vzdálené bouřlivých třídních zápasů epochy. Tato odtrženost je však skutečně jen zdánlivá a je úlohou marxistické kritiky stále hlouběji obhajovat reálné vazby a společensko-politický smysl a dosah teoretických koncepcí a jejich místa v složitých peripetiích třídních bojů epochy všeobecného přechodu od kapitalismu k socialismu. Ať je buržoazní právní teorie sebeabstraktnější či zdánlivě se dotýkající pouze problémů právně-teoretických, její kořeny je vždy třeba hledat v složité skutečnosti kapitalistické společnosti a její závěry jsou tak či onak v souladu s určitými zájmy buržoazie.

Důležitost marxistické kritiky buržoazních teorií je při tom podmíněna tím, že právo se stává jedním z důležitých polí současného ideologického boje. Buržoazní právo i jeho teorie je přirozeně jedním z vážných prostředků, s jehož pomocí se buržoazie snaží zadržet zákonitý vývoj lidstva a hájit své třídní panství.

Právní teorie už tradičně zaujímá významné místo v buržoazní ideologické výzbroji a v systému buržoazních společenských nauk. Právníké vzdělání má vážnou úlohu v soustavě přípravy pracovníků buržoazního státního a politického mechanismu; významnější právní teoretické směry mohou mít bezprostřední vliv na praktickou činnost.

Kritický principiální marx-leninský rozbor významných soudobých buržoazních teorií je proto trvalou a nezastupitelnou součástí třídního boje v ideologické oblasti.

Právo a právní teorie angloamerické oblasti je přitom kvantitativně i kvalitativně významnou součástí kapitalistické soustavy, již donedávna nebyla v socialistické literatuře věnována patřičná pozornost.¹⁾

Angloamerická právní nauka je podstatně ovlivněna skutečností, že ve vývoji common law měl rozhodující úlohu soudní precedent. V soustavě pramenů práva této oblasti, podstatně odlišné od soustavy ostatních buržoazních zemí, má tedy precedent významné místo. Odtud vyplývá i do

¹⁾ Srovnej např. výčet literatury v práci V. A. Tumanova „Buržoaznja pravovaja ideologija“, Moskva 1971 a dřívější sborník pod redakcí V. A. Tumanova „Protiv sovremennoj pravovoj ideologii imperializma“, Moskva 1962.

značné míry odlišné postavení soudce, jako orgánu tvořícího v jistém rozsahu právní normy.

Aby bylo možno provést důslednou analýzu jednak vzniku, jednak důsledků kritizovaných teorií, je proto třeba rozebrat způsob tvorby a formulace právních norem v angloamerické oblasti, a ukázat na základní rozdílnosti od systému ostatních buržoazních zemí.

Každá buržoazní právní teorie, odrážející potřeby vládnoucí třídy, přitom navazuje na ideje, vypracované před jejím vznikem, kriticky je zpracovává a vychází z nich; máme-li se zabývat kritickým rozбором právního realismu a skeptismu, je třeba aspoň v základu rozebrat právní názory, na něž navazují. Nebudeme se jimi zabývat v celé šíři, ale jenom potud, pokud je to nezbytné k osvětlení teoretického východiska právního realismu. Nejpodstatnější část práce pak je věnována systematickému rozboru kritizovaných teorií. Přitom ovšem rozbor, provedený ve výkladu předchozím, netvoří pouze jakýsi úvodní výklad, ale nerozlučnou součást kritiky právního realismu a skepticizmu. Bez hlubšího rozboru instituce závazného precedentu, našemu právu a teoretickému pojetí zcela cizímu, se prostě kriticky nelze angloamerickou teorií, zejména pak právním realismem, vůbec úspěšně zabývat. Velmi stručný výklad sociologického vyústění analytického pozitivismu je pak nutný proto, že kritizované teorie z něj vycházejí natolik, že některé tvrzení se prostě mlčky přejímají jako součást samotného realismu.

Úvodem je třeba ještě uvést dvě skutečnosti. Rozbor je omezen na oblast platnosti závazného precedentu a ponechává stranou teoretiky, kteří se přihlašují k některým zásadám právního realismu v jiných buržoazních zemích. Směšování v tomto směru je metodicky nepřijatelné, neboť většina východích předpokladů a teoretických závěrů kritizované teorie mimo oblast angloamerického práva prostě přejata být nemůže. Za druhé je třeba poukázat na obtíže, které vyplývají ze skutečnosti, že práce je monografickým, rozsáhlým pokusem kritiky angloamerické právní teorie, již v socialistické literatuře byla věnována omezená pozornost. Při studiu materiálů se bylo proto třeba vyrovnávat s řadou otázek, které s daným problémem mají souvislost pouze nepřímou, nebo vzdálenou.

Autor si je proto vědom, že v některých vedlejších otázkách, rámci zkoumané problematiky se už vymykajících, je řešení provedeno pouze v obrysech, popřípadě pouze naznačeno, a čeká na zpřesnění v dalším zpracování monografickém. Proto si je jen přáti, aby marxistická právní věda přinesla na tomto poli další monografie co nejdříve.

Problematika precedentu a postavení soudce v angloamerické oblasti práva

§ 1. POJEM ANGLOAMERICKÉHO PRÁVA

Společné hlavní zásady platného buržoazního práva ve většině zemí Britského společenství národů a v USA dávají podklad pro používání pojmu „oblast angloamerického práva“.

Je tedy třeba úvodem vymezit, jaké společné znaky mají právní systémy oblasti angloamerického práva, a jaké jsou meze této oblasti.

Za společné hlavní znaky angloamerického práva můžeme považovat předjímající výsledky zkoumání prováděného na jiných místech, určité základní rysy.

a) Je to na prvním místě princip „precedentu“, podle nějž jsou platným rozhodnutím soudu vázány určité přesně vymezené soudy při rozhodování totožné, nebo obdobné věci.

b) Dále je nutno jako takový společný rys chápat normy „common law“, jehož základní instituty neupravené normativními akty jsou společné, nebo obdobné všem zemím této oblasti.

Konečně platí, že právo zemí angloamerické oblasti vzniká vývojem z anglického práva, nebo je jím podstatně ovlivněno. Odtud vyplývá poznatek, že východiskem musí být zkoumání práva anglického a vlivu, který anglické právo mělo v průběhu historického vývoje na ostatní země oblasti angloamerického práva.

Anglické právo tak tvoří základ právního systému řady zemí, které vznikly jako anglické kolonie, jako například Kanada, Austrálie, Spojené státy severoamerické. Jak dalece ovlivnilo anglické právo právní systém těchto zemí, závisí na různém historickém vývoji od okamžiku, kdy přejímaly anglické právo, a na jejich vlastním zákonodárství.

Je tedy třeba vymezit, jaké jsou meze místní působnosti anglického práva a odtud dále vymezit, jaký je jeho poměr k právu jiných zemí angloamerické oblasti.

Anglické právo je právo platné v Anglii. Právo platné na ostatních částech Britských ostrovů, Skotsku, Irsku, ostrovu Man, a skupině ostrovů v průlivu La Manche (Chanel Islands) je ve větší nebo menší míře odlišné od anglického práva.¹⁾

¹⁾ Blackstone uvádí ještě určité odlišnosti Walesu, které však jsou dnes zanedbatelné.

Skotské právo prošlo vývojem odlišným od práva anglického a utvářelo se pod značnějším vlivem římského práva. Od r. 1707, od vytvoření Unie království Anglie a Skotska pod jménem Velké Británie,²⁾ dochází ovšem pod vlivem společného zákonodárství a společné nejvyšší soudní instance k stálému sbližování obou právních soustav. Nejvýznamnějším rozdílem skotského práva z hlediska našeho zkoumání, je neexistence právních institucí, založených na *equity*.³⁾

Zákony usnesené parlamentem (britským) mohou být aplikovány na ostrově Man pouze tehdy, je-li to výslovně stanoveno v zákoně.

Ostrovy zvané „Canel Islands“ (Guerney, Jersey, Alderney a ostatní), tvořily část knížectví Normandského a byly připojeny k Anglii prvními normandskými panovníky. Ostrovy si zachovaly své vlastní právo, založené zčásti na normandských obyčejích, zapsaných v právní knize ze třináctého století „Le grand Coutumier de Normandie“.⁴⁾ Jurisdikci vykonávají samostatné soudy ostrova, poslední instance je však společná.⁵⁾

Pro počátek našeho zkoumání poznamenejme, že tato složitost a nejednotnost právního systému Velké Británie, v níž nalézáme pět odlišných právních oblastí nutně má odraz v postavení soudce vzhledem k společným nejvyšším soudním instancím.

To, co pro Velkou Británii je ovšem pouze možné v zárodku, má za obdobných podmínek jinde, zejména pro USA i jiné státy angloamerického práva, zcela jiný, rámcem pozvolného anglického vývoje nevázaný a naopak rozpory všeobecné krize kapitalismu prohloubený dosah.

Právo USA vzniká na základě přejímání anglického práva, ale za složitějších podmínek, které vedou k některým zásadnějším rozdílům. Je třeba mít na paměti, že právo USA se utváří v buržoazní protianglické revoluci. Proto je třeba uvést, že anglické a americké právo se v různých směrech podstatně liší. Rozdíly je možno shrnout do třech kategorií: V USA rozhoduje nejvyšší soud o tom, zda zákon je v souladu s ústavou. Odtud plyne nesmírná váha osoby soudce nejvyššího soudu, a jeho možnost podstatně ovlivňovat právní vývoj v USA. Anglie nemá obdobné instituce, která by tímto způsobem omezovala běžnou zákonodárnou činnost parlamentu.

Další rozdíl vyplývá z federativního zřízení USA, a z existence padesáti právních a soudních soustav jednotlivých států, které se od sebe někdy značně liší, a vedle nich existence další, federální soustavy práva, aplikované soudy federálními.

Konečně rozdíl je i ve stupni kodifikace práva, které z různých důvodů

²⁾ K rozsahu společného zákonodárství srovnej čl. 18 zákona o unii. Viz Blackstone, Commentarii.

³⁾ Srovnej: Dobbs. „A few comparisons between English and Scots Law“. (Journal of Comparative Legislation, London 1926, str. 184 násl.)

⁴⁾ Léwy-Ullman: »L'Etude de droit privé d'île de Jersey«. Revue historique de droit française et étranger 1923, 4 série, t. II. O postavení institucí těchto ostrovů svědčí výroky v pozdravné adrese, již byl zdravěn v r. 1921 anglický král při své návštěvě ostrovů: „Sire, zdravíme Vás, ne jako našeho krále, ale jako našeho knížete. Pro nás nejste anglický král, pro nás jste kníže normandský.“ Citováno podle Léwy-Ullmanna: Le système juridique en Angleterre, str. 5.

⁵⁾ Ještě za Blackstona zbývala pouze odvolání k „Privy council“.

pokročilo v USA dříve a dále než v Anglii, a tím vymezilo užší pole platnosti common law.

Oblast angloamerického práva zahrnuje tedy významnou část kapitalistického světa.

§ 2. PRINCIP PRECEDENTU V ANGLOAMERICKÉM PRÁVU

I. Princip závaznosti precedentu prošel do své nyní přijaté formulace vývojem dlouhým několik století. V původním pojetí, nesporně uplatňovaným ještě v šestnáctém století (v podstatě přežívajícím až do sedmáctého i osmáctého století), je kladen důraz na „custom of the court“ — praxi vyvinutou soudy.

Série rozhodnutí je v tomto období používána pro ilustraci a dosvědčení skutečnosti, že soud zpravidla určitý druh sporů nebo určitou právní otázku rozhodl uvedeným způsobem.

Pevně vžitý způsob rozhodování (pouze dosvědčený víceméně náhodnou citací rozhodnutých sporů) byl nepochybně považován za silně přesvědčivý, sotva však za závazný. Jednotlivý případ nebyl vůbec považován za závazný, a sotva mu byla přiznána pouhá přesvědčivost. V šestnáctém století je osvědčována tato zásada v poznámce soudu k řešenému případu: „tak jako ten, kdo je zrozen jako bastard nemá bratrance, tak každý rozsudek vzbuzuje pochyby o své legitimnosti, dokud tu není jiný rozsudek, který by byl jeho bratrancem, aby jej mohl podporovat a ověřit.“⁶⁾

V středověkých „Year Books“ jsou rozhodnutí používána jedinečně jako evidence soudní praxe. Rozhodování se pak řídí soudní praxí, ne jednotlivými případy, jež jsou citovány pro její dosvědčení. Soud v tomto období také nikdy se nepřidržel dříve rozhodnutého případu, jestliže se domníval, že takový rozsudek by byl nevhodný.

Tato praxe se poněkud mění, až se dospívá k zásadám formulovaným koncem osmáctého století Blackstonem a v podstatě dotvořeným v moderní princip precedentu v první polovině devatenáctého století.⁷⁾

Jednotlivé rozhodnutí, autoritativní precedent, je pak závazný.

S. Stephen⁸⁾, který v podstatě přejímá Blackstonovy názory, považuje normy „Common Law“ (lex non scripta) za pevně stanovená pravidla, která nabyla moci práva dlouhým od nepaměti užívaným a obecným přijetím na území Anglie.

Je tu ovšem otázka, kterou si nutně angloamerická, buržoazní právní

⁶⁾ Mínení soudců C. J. Wraye a J. Gawdyho, Walker's case (1587) 3. Rep. 23: „as he who is a bastard born has no sounsin, so every case imports suspicion of its legitimacy, unless it has another case which shall be as cousin german, to support and prove it.“

⁷⁾ K vývoji precedentu srovnej:

a) Theodore F. T. Plucknett: „A concise history of the Common Law“, London 1956, zejména str. 342 násl.

b) Holdsworth: „Case Law“, Law Quarterly Review 1, str. 80 n., přetištěno v „Essays in Legal History“, str. 147 n

c) W. H. D. Winder: „Precedent in Equity“ 17 Law Quarterly Review, str. 245.

d) Goodhart: „Case Law“ 1 Law Quarterly R, str. 196 n.

⁸⁾ „New Commentaries on the Laws of England“ (partly founded on Blackstone), London 1914 (první vydání 1841).

nauka staví: jak jsou určena pravidla Common Law, a kdo rozhodne o jejich závaznosti. K tomu říká Stephen, že toto rozhodnutí leží v rukou soudců: „Oni jsou nositeli práva — živoucími orakuly, a je na nich, aby ve všech sporných případech rozhodli přiměřeně podle práva. Jejich znalost tohoto práva je odvozena ze zkušenosti a zkoumání, z ‚viginti annorum lucubrationes‘ a z dlouholetého zvyku vycházet ze soudních rozhodnutí svých předchůdců.“⁹⁾

„Je totiž zavedeným pravidlem přidržovat se dřívějších precedentů tam, kde je třeba rozhodovat tytéž sporné otázky...“

Ale shledá-li se, že dřívější rozhodnutí je zjevně absurdní nebo nespravedlivé, soudcové dodatečně prohlásí nikoliv že jde o ‚špatné právo‘ (‚bad law‘), ale že takové rozhodnutí vůbec není součástí práva (it was not law)...“¹⁰⁾

Blackstone a jeho následovníci vycházejí tedy z představy, že common law je soustava existujících pravidel, na jejichž základě soudce rozhoduje, a rozsudek pak v ratio decidendi jen navenek zachycuje existenci pravidla.

Uvidíme dále, jak k tomuto tvrzení kriticky přistupuje během devatenáctého století angloamerická jurisprudence. K samotnému vývoji teorie precedentu by bylo třeba podati obsáhlejší vývoje jeho závaznosti.¹¹⁾

Teprve na počátku devatenáctého století se obecně přijímá, že soud je vázán absolutně rozhodnutím, které kryje skutkovou podstatu jím rozhodovaného případu, pokud je vyneseno soudem, jehož autorita je pro rozhodující soud závazná.

Tento názor vyslovil ovšem už dříve Blackstone, který je názoru, že soudce je vázán dřívějším precedentem, ovšem s dvěma výjimkami.

1. Není vázán odporuje-li dřívější rozhodnutí rozumu (contrary to reason),

2. odporuje-li božskému právu (contrary to divine law).

Blackstone vysloveně odmítá oprávnění soudce tvořit právo. Blackstone ovšem nestojí na této zásadě rigidně a dovoluje výjimky tam, kde precedent je nerozumný, nebo se protíví božskému zákonu.

Stejně soudce Parker (v roce 1833) vymezuje velmi příznačně princip soudního precedentu tak, že jde o aplikaci na nový případ pravidla, odvozeného z právních zásad a soudních precedentů, s omezením ovšem, pokud nejsou zcela nerozumné a nevhodné (where they are not plainly unreasonable and inconvenient).¹²⁾

⁹⁾ Stephen: cit. dílo, str. 22.

¹⁰⁾ Stephen: cit. dílo, str. 23.

¹¹⁾ Z buržoazních pramenů k této otázce viz například H. Potter: An Historical Introduction to English Law and its Institutions, London 1932, str. 227–481.

¹²⁾ “Our Common law system consists in the applying to new combinations of circumstances these rules of law, which we derive from legal principles and judicial precedents, and for the sake of attaining uniformity, consistency and certainly, we must apply those rules, where they are not plainly unreasonable and inconvenient, to all cases which arise, and we are not at liberty to reject them, and to abandon all analogy to them, in those so which they have not yet been judicially applied, because we think that the rules are not as convenient and reasonable as we ourselves could have devised. It appears to me to be of great importance to keep this principle of decision steadily in view.” (Mirehouse v. Russell/1883) 1 Cl. and F., str. 527–46.)

V průběhu první poloviny devatenáctého století se konečně jasně formuje zásada, že jednotlivé rozhodnutí tvoří autoritativní precedent. Rozdíl od původního pojetí jasně vynikne ze skutečnosti, že poté směl soudce prohlásit, že jeho rozhodnutí je nespravedlivé, nebo že odporuje právním zásadám,¹³⁾ ale že nemůže rozhodnout jinak, neboť je vázán autoritativním precedentem (rozhodnutím v jediném případě).

Již na tomto místě výkladu je možno ukázat, že s přechodem od přesvědčivosti řady případů stejně řešených k závaznosti jednotlivého precedentu, tedy s přechodem od přesvědčivosti zobecněného pravidla k závaznosti jedinečného případu se otevřela nová problematika. Tato problematika byla teoreticky různě řešena analytickým pozitivismem zdůrazněním právní jistoty a teoretickými směry období všeobecné krize kapitalismu zdůrazněním relativismu a neurčitosti.

II. V současné době jsou obecně přijaty pro aplikaci precedentu určité zásady.

Za prameny práva (v právním smyslu) se považuje:

1. zákonodárství,
 - a) zákony (Acts of Parliament),
 - b) podřízené zákonodárství (subordinate legislation).
2. Common law,
 - a) soudní precedent (judicial precedent),
 - b) obyčej (custom).
3. V některých státech (např. v Anglii) ještě také equity.

Problém závaznosti obyčeje a equity lze však v současné době téměř beze zbytku redukovat na problematiku soudního precedentu.

Hlavní zásady pro aplikaci precedentu jsou formulovány takto:

1. Rozhodnutí je závazné jen v rozsahu „ratio decidendi“, tedy jen potud, pokud se jím rozhoduje o sporných právech a povinnostech. „Obiter dicta“, to jest mínění soudu, závazná nejsou. Hranice „ratio decidendi“ je ovšem značně sporná a její neurčitost je jedním z hlavních východisek právního realismu.

2. Každý soud je vázán rozhodnutím vyššího soudu. V Anglii se donedávna uznávalo, že nejvyšší soudy, sněmovna lordů a Court of appeal jsou vázány svými vlastními rozhodnutími.

3. Každé platné rozhodnutí je vážným argumentem, zasluhujícím při rozhodování vážné pozornosti (persuasive precedent).

4. Precedent může být citován podle jakéhokoliv pramene, který soud považuje za věrohodný.

III. Budeme se nyní zabývat jednotlivými zásadami pro aplikaci precedentu. Co je „ratio decidendi“? Jak je závazný precedent?

Je důležité, že rozsah závaznosti precedentu nebyl nikdy autoritativně stanoven, a může být předmětem sporu.

Případ rozhodnutý soudem vyšší instance je závazný pro soudy nižší instance, je „authoritative precedent“.

¹³⁾ Srovnej Lord Campbell v případě *Beamish v Beamish* H. L. C. 274, 11 Eng. Rep. 735 (1861).

Avšak při určení rozsahu v jakém má být závazný, vzniká řada složitých a obtížných otázek. Nejzávažnější jsou dvě.

A) Jsou závazná všechna právní pravidla, která lze vyvodit z rozsudku?

B) Jsou závazná všechna právní pravidla uvedená v rozsudku?

Klasické anglické jurisprudence tato otázka nečinila teoretických obtíží, neboť si ji stavěla jinak. Podle „deklaratorní teorie“ závaznosti precedentu byla dána skutečností, že soudcův rozsudek je opřen o existující právní pravidla. Anglická teorie do osmnáctého a počátku devatenáctého století tedy vycházela z fikce, že rozsudek má závaznou moc proto, že navenek prohlašuje již dříve existující právní pravidlo. Blackstone považuje soudce za žijící oraculum práva, za schránku právních pravidel.¹⁴⁾ A protože precedent vyjadřuje tato existující právní pravidla, musí být dodržován.

Jakmile však v druhé polovině devatenáctého století převládly názory analytické jurisprudence, tato otázka byla postavena nově.

Rozsudek určitého případu obsahuje „ratio decidendi“ — obecné pravidlo, jehož aplikací je rozsudek, a jež je nutné („required“, „necessary“) k objasnění rozsudku.

Ale toto obecné pravidlo musí být odvozeno z jedinečného případu.¹⁵⁾ Jsou nějaká pravidla nebo metody jak se určuje „ratio decidendi“? Musíme konstatovat, že takové zcela spolehlivé pravidlo pravděpodobně není, zejména¹⁶⁾ že není žádné závazně stanoveno.¹⁷⁾

Precedent není závazný pouze pro totožný případ a takový se ostatně sotva vůbec může opakovat, nýbrž pro případ obdobný. Z faktu řešeného případu a ze stanovení vzájemných práv a povinností žalobce a žalovaného musí být odvozeno „ratio decidendi“, jako obecnější pravidlo.

Logické obtíže ovšem nestávají především co do stanovení faktů, které jsou důležité, čili jak se vyjadřuje angloamerická jurisprudence „materiální“¹⁸⁾ pro stanovení „ratio decidendi“. Protože určení pravidla provádí nikoliv soud, který rozhodl, ale jiný soud, který chce precedent aplikovat, je v podstatě dána možnost výběru faktů, nebo jejich odmítnutí jako nedůležitých, což je v praxi známo jako „distinguishing facts“.

¹⁴⁾ Blackstone: Commentarii, I. Introduction, section III., str. 69 „the doctrine of the law then is that precedents and rules must be followed, unless to be absurd or unjust“.

¹⁵⁾ Srovnej Salmond J.: „Jurisprudence“ (1910), str. 175.

¹⁶⁾ K tomuto problému viz:

a) A. L. Goodhart: „Determining the Ratio Decidendi of a Case“ (1931) v Essays in Jurisprudence and Common law, otištěno též v 40 Yale Law Journal 161 (1951);

b) J. C. Gray: „Nature and sources of the Law“ (vyd. 1909), § 555;

c) H. Oliphant: „The return to ‘stare decisis’“, 14 Amer. Bar Association Journal 71—159;

d) F. S. Cohen: „Transcendental Nonsense and the Fundamental Approach“ (1935) 35 Columbia law Rev. 809;

e) E. N. Garland: „Legal Realism and Justice“, 1941, (26—29).

¹⁷⁾ To jest ani zákonem, a ani precedentem. Precedentem by toto pravidlo ani vůbec, jak vyplývá z jeho povahy, nemohlo být stanoveno, protože závazné je pouze rozhodnutí konkrétní věci, a takové pravidlo výkladu obsažené v odůvodnění rozsudku by bylo nezávazným „obiter dicta“.

¹⁸⁾ Sociologisující směry angloam. jurisprudence dokonce dovozují, že pouze logicky je nemožné stanovit, která jsou rozhodující fakta případu.

Zásadnější logická obtíž je dána otázkou, jak daleko má sahát zobecnění konkrétních faktů a určených konkrétních práv a povinností v právní pravidla.¹⁹⁾ Míra zobecnění záleží na úvaze soudu, který precedent aplikuje. Nad to je věc složitější potud, že obě otázky se vždy slučují a rozdílný závěr tedy může být dán rozdílným výběrem důležitých faktů a různou mírou zobecnění.

Tak v případě Donoghue v. Stevenson (1932, Law Reports House of Lords, Appeal Cases, s. 562, 580) bylo rozhodnuto o odpovědnosti za škodu způsobenou nedbalostí. Jestliže vybereme určitý počet skutečností, je možné jejich zobecnění rozvinout²⁰⁾ do určité stupnice. V citovaném případě bylo rozhodnuto o odpovědnosti za újmu, způsobenou žalobkyní tím, že při obědě jí byl podán nápoj z láhve, v níž se nacházeli drobní živočichové v rozkladu. Na základě různého zobecnění tohoto precedentu může být odpovědnost za škodu stanovena různě obecně, tedy jestliže je dána:

1. Přítomnost plžů, nebo jakéhokoli živočicha, nebo jakéhokoli cizího tělesa, nebo jakéhokoli neočekávané kvality,

2. v průhledných lahvích nápoje, nebo v jakýchkoli lahvích, nebo v jakýchkoli předmětech, jejichž obsah je určen pro požití, nebo jakýchkoli předmětech pro spotřebu, nebo jakýchkoli movitých předmětech pro užívání lidmi, nebo jakýchkoli movitých i nemovitých věcech,

3. způsobená nedbalostí žalovaného, který je výrobcem a jehož zboží je distribuováno širokému okruhu spotřebitelů maloobchodníky, nebo způsobené nedbalostí jakéhokoli výrobce nebo jakéhokoli osoby pracující na věci za úplatu, nebo jakéhokoli osoby, pracující na věci nebo kohokoli zacházejícího s věcí, atd.

Vidíme tedy, že může z případu Donoghue v. Stevenson být soudem, který tento precedent aplikuje vyvozeno různé široké pravidlo.

Je na prvý pohled jasné, že mezi odpovědností za škodu způsobenou zaviněním výrobce, a odpovědností za škodu způsobenou zaviněním někoho, kdo pracoval na věci je značný rozdíl, a že není z tohoto jediného rozhodnutí jasné, zda soud pravidlo stanovené případem Donoghue v. Stevenson na druhý případ vztáhne, čili nic.

Odtud tedy vyplývá poznatek, že nelze z jediného případu s určitostí logicky zjistit, zda na jiný případ náhrady škody, do určité míry odlišný, bude pravidlo stanovené v rozsudku Donoghue v. Stevenson použito, či ne.

Analytická jurisprudence se tyto obtíže snažila mnohdy překlenout teoreticky obhajobou stanoviska, že jenom řada shodných precedentů umožňuje bezpečně stanovit obecnější pravidlo, a tak činí původní precedent autoritativnějším. Naopak jediný precedent může být bezpečně vodítkem jen pro velmi příbuzné a málo odlišné případy, a jeho autorita je tedy malá. Toto řešení, které empiricky vystačilo pro stanovení buržoazní právní jistoty a buržoazní zákonnosti ve valné části případů nicméně pro značný okruh případů ponechává mlhavou nejistotu a možnost nejrozumnějších postupů, třídně funkčně vyhovujících zájmům vládnoucí buržoazie.

¹⁹⁾ Proto někteří autoři považují za nesmyslnou otázku, jaké jednotlivé pravidlo bylo stanoveno precedentem. Tak Cairns říká, že taková otázka je "strictly nonsensical, that is inherently incapable of being answered" (viz *The Theory of Legal Science*, 1941, s. 80).

²⁰⁾ Viz k tomu Stone: "The Province and Function of Law", 1950, str. 186.

Kromě toho teoreticky zůstává možnost prohlásit kterýkoliv případ za výjimečný, svými znaky odlišný od jakýchkoliv precedentů, a tudíž jej řešit za pomoci metody „distinguishing facts“ jinak, než jak by se dalo očekávat z řady předchozích precedentů.

Tato teoretická možnost je filosoficky dána poměrem jedinečného a obecného a jak z povahy systému precedentu vyplývá, nemůže být zcela vyloučena. Tuto teoretickou možnost, jejíž praktické uskutečnění v řadě případů by teorie analytické jurisprudence rozhořčeně zamítala jako nepřijatelné, činí však v období všeobecné krize kapitalismu právní realismus, jak později uvidíme, úhelným kamenem svých teoretických úvah.

IV. Druhou závažnou otázkou je, zda jsou závazná všechna právní pravidla uvedená v rozsudku a v jeho zdůvodnění.

Obecně je přijato, že důvody rozhodnutí závazné nejsou a jsou označovány jako „dicta“ nebo „obiter dicta“.

Můžeme tedy shrnout to, co bylo řečeno, v závěr, že při určení závazné části precedentu je třeba rozlišovat v rozsudku tyto části:

A. Odůvodnění rozhodnutí, které zpravidla obsahuje odvolání na předchozí precedenty a jejich rozbor a uvedení obecných pravidel o něž soud opírá svoje rozhodnutí. Tato část se nazývá „dicta“.

B. Výroky soudu a uvedení pravidel nebo názoru soudu na otázky jež bezprostředně nesouvisí s rozhodnutím sporné věci — „obiter dicta“.

C. Stanovení práv a povinností ve sporném případě — ratio decidendi. Z části ovšem angloamerická jurisprudence pojímá ratio decidendi jako pravidlo, které soud uplatnil pro řešení právě tohoto případu. Činí se tedy skok od řešení konkrétního případu k abstrakci. Zde je ovšem podstata všech obtíží, neboť soud je oprávněn svůj rozsudek prohlásit za závazný právě jen pro řešený případ. Jestliže v rozhodnutí uvede pravidlo dopadající na více případů, půjde o nezávazné „dictum“, které není autoritativní, ale pouze přesvědčivé, to jest každý jiný soud je povinen jej pouze zvážit.

D. „Rule of the case“ (někdy také „principle of the case“).²¹⁾ Pozdější soud při rozhodování jiného obdobného případu uvede precedent, sám stanoví pravidlo, které zde bylo použito a aplikuje jej. Závazné určení pravidla, vyvozovaného z precedentu, může provést tedy jedině soud, který řeší nový případ a nikdo jiný. Předpokládá se, že názor soudu, který vynesl rozsudek a tak stanovil ratio decidendi a soudu, který aplikuje precedent bude shodný co do stanoveného pravidla (samozřejmě tomu vůbec tak nemusí být).

Stanovení závaznosti pravidla (autoritative precedents) pro řešený případ je tedy vždy v kompetenci soudu,²²⁾ který je má aplikovat.

²¹⁾ Analytická jurisprudence rozdíl mezi „ratio decidendi“ a „rule of the case“ nečinila, vycházejíc z předpokladu, že názory obou soudů budou shodné. Rozdíly zdůrazňují autoři, kteří znamenají sociologisující vyústění analytické jurisprudence, tak například Holmes. Dále zejména harvardská škola a směr právního realismu. Teoretické závěry, které odtud vyvozují, jsou ovšem značně rozdílné.

²²⁾ Ovšem s výhradou normy, stanovené normativním aktem. Nelze však přehlédnout, že i normativní akty jsou aplikovány a interpretovány prostřednictvím precedentu.

Za tohoto stavu anglická jurisprudenc e často resignuje před stanovením hranice závazného a nezávazného v precedentu, a někteří autoři, jako Hood Phillips²³⁾ otevřeně konstatují, že žádná metoda, dovolující určit závazné v precedentu neexistuje.

V. 1. V systému precedentu je dále důležitá otázka, který precedent je autoritativní, to jest závazný pro určitý soud. Každé platné rozhodnutí soudu je považováno za „persuasive“, což značí, že každému platnému rozhodnutí soudu téhož státu, ať je uvedeno kterýmkoliv účastníkem řízení, má být věnována při rozhodování vážná pozornost.

Autoritativní, to jest závazné jsou však pouze precedenty zvláště vymezené. Přitom v jednotlivých státech angloamerické oblasti nalézáme určité rozdíly v stanovení autoritativnosti precedentu. Právní systémy Anglie, Kanady, USA, Austrálie sice vycházejí ze společného principu, ale v podrobnostech nalézáme větší nebo menší rozdíly. Po objasnění problému je možno zvolit rozbor rozsahu a mezi autoritativního precedentu v Anglii, kde doktrína precedentu vznikla a kde byla propracována.

Zásadně platí, že soud je absolutně vázán rozhodnutím (autoritative precedent) vyšších soudů podle určitých zásad.²⁴⁾ Tak odvolací soud (Court of appeal) a trestní odvolací soud (Court of criminal appeal) jsou vázány rozhodnutím sněmovny lordů, soudce vysokého soudu (High Court) je vázán rozhodnutím Court of appeal.²⁵⁾

Zásadou bylo, že sněmovna lordů ve své funkci nejvyššího soudu je vázána vlastními rozhodnutími. Více než jednou od devatenáctého století rozhodla totiž, že není přípustné, pochybovat o správnosti dřívějšího rozsudku. sněmovny.²⁶⁾ Nejnověji se sněmovna lordů nepokládá vázána svým dřívějším rozhodnutím.

Rovněž trestní odvolací soud (Court of criminal appeal) se rovněž v posledních letech přiklonil k názoru, že není zcela vázán svými vlastními rozhodnutími. V roce 1950 (rozsudek ve sporu R. V. Taylor 2 K.B. 368) prohlásuje soudce Goodhart, že ačkoliv Court of appeal se zpravidla cítí vázán vlastním rozhodnutím, Court of criminal appeal, v důsledku odlišného charakteru rozhodovaných věcí, se se svým rozhodnutím nemůže cítit zcela vázán.

3. Rozhodnutí soudu první instance není závazným precedentem. Soudy stejné instance nejsou vázány navzájem svými vlastními rozhodnutími, tato rozhodnutí jsou však považována za „persuasive precedents“, je jim přiznávána síla přesvědčivosti, a soud se od nich odchýlí zpravidla jen s váháním a se zřejmými důvody pro to. Pro doktrínu závazného precedentu je příznačný spor a nejasnost v této otázce. Ještě koncem devatenáctého století nebylo v tomto směru jednoty. G. Jessel zastával, dlouhou dobu názor, že soudy téže instance vykonávající stejnou jurisdikci jsou vázány (viz Re Harper and G.E.R.Co. 1875 L.R. 20 Eq, str. 43). Později ustupuje, ale je dále názoru, že precedent má být sledován tam, „where it

²³⁾ H. Phillips: English Law, London 1939.

²⁴⁾ I když se rozhodnutí soudů stejné instance nepovšahují povětšinou za závazná, nicméně jednoty v této otázce není a porůznu je autoři za závazná považují.

²⁵⁾ Phillips: „The Principles of English Constitution“. London 1939.

²⁶⁾ Srovnej např. Smith v. Lion Brewery Co. (1911) A.C. 150.

is of respectable age and has been used by lawyers as settling the law". To charakterizuje, jak neustálená a ve vývoji byla celá doktrína anglického precedentu.

Rovněž W. M. Geldart²⁷⁾ uvádí, že rozhodnutí soudní instance pod odvolacím soudem je závazné pro soudy stejné instance, leda by byla v rozporu s uznanými právními principy, nebo zřejmě nerozumná.

Vyšší soud není vázán rozhodnutím nižšího soudu, třebaže bude váhat odchytil se od praxe, vyvinuté nižšími soudy.

4. Závazná jsou pouze rozhodnutí vyšších soudů. Jestliže neexistuje závazný precedent anglického soudu, byla posuzována jako přesvědčující (persuasive precedents) rozhodnutí skotských soudů, soudů dominií a soudů USA.

Rovněž „obiter dicta“ anglických soudů, jsou někdy posuzována tak, že mají silu přesvědčivosti.

Z tohoto rozboru otázky, která rozhodnutí soudů jsou závazná, vyplývá obecný poznatek, že prakticky i teoreticky není problematika závaznosti precedentu zcela nesporná a je ve vývoji z části rozporná. Zejména zřetelně se v současné době, možná pod vlivem teorie a praxe USA, prosazuje jasná linie uvolnění soudů od vázanosti vlastním dřívějším rozhodnutím.

VI. Vzniká tedy závěrečná otázka, zda lze mluvit o závaznosti precedentu, nebo pouze o jeho podmíněné závaznosti, která se blíží do určité míry spíše přesvědčivosti. Otázkou je tedy, zda autoritativní precedent musí být bezpodmínečně aplikován, či zda se mu soud na základě určité techniky může vyhnout.

Soudce má k dispozici při nejmenším tyto technické prostředky jak zavrhnout precedent, který mu byl citován:

1. „by distinguishing facts“. Soudce může, protože případy nejsou nikdy zcela identické, odůvodnit, že citovaný precedent nedopadá na rozhodovaný případ.

2. Soudce prohlásí precedent „per incuriam“, to jest, že rozsudek v některém směru nedbal, třeba proto, že nebyl stranami citován, dřívějšího precedentu nebo jiného právního pravidla.

3. Soudce nedbá precedentu s odůvodněním, že je nerozumný a nevhodný, odvolává se na známé Blackstonovo pravidlo.

Tyto prostředky jsou dostatečně bohaté, aby soudce mohl, má-li na tom dostatečný zájem, a může-li doufat, že se nevystaví kritice většiny buržoazní třídy, rozhodnout v části případů v rámci určitých mezí, bez ohledu na dřívější precedent. Však tam, kde velmi častým opakováním precedentů se vytvořilo soudní praxí pravidlo, jenž je všeobecně uznáváno, je taková možnost soudce znesnadněna, po případě zcela vyloučena.

§ 3. NĚKTERÉ PROBLÉMY KOMPETENCE A ÚKOLY SOUDU V USA

1. Právní realismus, jako teorie nejdůsledněji podryvající základy buržoazní zákonnosti, vzniká v USA.

²⁷⁾ Geldart: „Grundrüge des englischen Rechts“, Berlin 1929.

Je třeba řešit otázku, proč ze zemí oblasti angloamerického práva vzniká právě v USA a jaké jsou toho společenské příčiny.

Soud v USA má vedle oprávnění, jaká má anglický soud, ještě oprávnění prohlásit zákon za neústavní.²⁸⁾ Vedle toho jako velmi významný faktor působí na řešení právních sporů i velmi složitá právní soustava, daná federálním zřízením. Aby bylo možno plně pochopit a plně kriticky zhodnotit základní tezi realismu, že právo existuje pro určitý případ teprve tehdy, když soud o věci platně rozhodl, je nepochybně nutno rozebrat alespoň tyto dva základní právní instituty.

Nejvyšší soud je oprávněn prohlásit zákon za neústavní. Je otázka, v jakých mezích a jakým postupem je k tomu oprávněn a k jakým důsledkům toto oprávnění vedlo v období imperialismu.

Toto oprávnění má konec konců každý americký soud, a to zejména vyšší soudy jednotlivých států vůči zákonům těchto států. Avšak prakticky, v důsledku možnosti odvolání, má rozhodující slovo ve federálním zákonodárství Nejvyšší soud USA a ve většině případů vůči zákonodárství států, jejich nejvyšší soudy.²⁹⁾

Nejvyšší soud USA přitom nefunguje jako zvláštní ústavní soud, který by rozhodoval zvláštním způsobem o souladu zákona s ústavou a popřípadě jej prohlásil za neplatný.

Vyslovit se o neústavnosti zákona může nejvyšší soud pouze v průběhu rozhodovaného konkrétního sporu, jako o související otázce. Bezprostřední důsledky má rozhodnutí soudu pouze pro stanovení práv stran v rozhodovaném případě. Odtud vyplývá, že dokud nerozhoduje soud v konkrétním případě, nemůže se vyslovit o ústavnosti zákona, a jeho rozhodnutí o ústavnosti nemůže být žádným způsobem vyvoláno.³⁰⁾

Je ovšem jasné, že faktické právní důsledky jsou pak stejné, jako by byl zákon výslovně zrušen.

Skutečnost, že nejvyšší soud rozhodne o neústavnosti zákona teprve tehdy, až dojde ke konkrétnímu sporu, je velmi výhodná pro určité skupiny vládnoucí třídy, neboť tak může dojít k likvidaci efektivnosti zákona, tehdy, kdy se pro ni vytvořily vhodné podmínky, a utiřila se pozornost veřejnosti a širokých vrstev pracujících. K jakým důsledkům a k jakému faktickému politickému postavení Nejvyššího soudu a jeho devíti soudců vede toto oprávnění dovodíme v závěru tohoto oddílu.

Je paradoxní, že toto oprávnění nebylo nikdy stanoveno v ústavě, a že si Nejvyšší soud vlastně sám toto oprávnění vytvořil.

²⁸⁾ Soud v USA je považován za zcela nezávislý orgán vedle legislativy a výkonné moci a je vázán pouze ústavou, zákonem jen pokud soud považuje jeho obsah v mezích ústavy. Tak v rozhodnutí Spojené státy v. Klein (1872) prohlásil soud, že kongres není oprávněn stanovit procesní předpisy. V rozhodnutí Keller v. Pato-mae Elec. Power Cp. (1923) prohlásil Nejvyšší soud, že kongres není oprávněn k úpravě ani rozšíření jurisdikce Nejvyššího soudu.

²⁹⁾ Srovnej k tomu názory W. Lippmanna na oprávnění Nejvyššího soudu (New York Herald-Tribune, 17. února 1937).

³⁰⁾ Srovnej: "Constitutional history of USA as seen in the development of american law" (sborník, New York 1889, str. 80–81.

Ustanovení ústavy jsou dosti mlhavá, aby na jejich základě si mohl osvojit kontrolu ústavnosti buď Nejvyšší soud, nebo kongres.³¹⁾

V roce 1803 si nejvyšší soud osvojil právo rozhodovat o ústavnosti zákonů ve sporu *Marbury v. Madison*.³²⁾

I když nepochybně část členů ústavodárného konventu si přála takové oprávnění Nejvyššího soudu jako závoru proti možnosti, že by kongres, reprezentativní orgán, mohl vyjádřit v zákoně zájmy drobných farmářů a případně i ostatních pracujících, nicméně do ústavy toto ustanovení *verbis expressis* pojato nebylo. Jeden z vůdčích představitelů konventu Morris (stát Pensylvania) člen pětičlenné redakční komise, která připravovala konečný text ústavy, prohlásil, že oprávnění soudů zkoumati zákony, co do jejich souladu s ústavou nebylo sem pojato přesto, že většina členů redakční komise by si je přála,³³⁾ a to proto, že by toto ustanovení narazilo na odpor a znesnadnilo přijetí ústavy.

Přesto, že v období po přijetí ústavy řada soudců vyjadřovala přání uskutečňovat zkoumání zákonů, jasno v této otázce nebylo a zdálo se spíše převládat mínění, že soud k tomu oprávněn není. V roce 1800 říká soudce Nejvyššího soudu Samuel Chase v případě *Cooper v. Teltair*: „Ačkoliv existuje presumpce, že všechny akty legislativy, které přímo odporují ústavě, jsou neplatné, přece je zde ještě otázka, komu tato moc prohlašovat zákony za neplatné, náleží.“

V roce 1803 si však Nejvyšší soud tato oprávnění definitivně přisvojil,³⁴⁾ a to za okolností a způsobem, který činí rozbor tohoto případu (*Marbury v. Madison*)³⁵⁾ zajímavým.

Koncem roku 1800 byli federalisté reprezentující zájem velké buržoazie poraženi ve volbách, Jefferson, nově zvolený president, a nový kongres se však mohou ujmout svých funkcí teprve 4. března 1801.

Ve volbách poražení federalisté využili období před skončením svých funkcí k tomu, aby prosadili jmenování řady svých straníků za soudce.

Tato místa byla rovna dobrým pensím, neboť jakmile byli jednou jmenováni do soudcovského úřadu, mohli ho být zbaveni pouze smrtí nebo pohnáním k zodpovědnosti pro porušení povinnosti (*impeachment*).

³¹⁾ Buržoazní americká věda to často přímo konstatuje. Tak W. D. Lewis: "interpreting the Constitution", Charlottesville 1937, str. 12: "There is one explanation of this failure by the Convention to act that I submit with diffidence. It is that there existed among the leaders the fear that, should the matter be seriously argued in the Convention with an insistence on a definitive decision, the Constitution's adoption by the Convention or its adoption by the people of the several States would be jeopardized because it would create a long wrangle over who should be the final interpreter, the Congress, the Supreme Court, or some body especially created for that purpose. Perhaps also there was the belief that if nothing were said the Supreme Court or the Congress would become the ultimate arbitrator, either of these solutions being satisfactory to the more federal-minded members".

³²⁾ Srovnej např. W. Tricket, 41 *American Law Review*, str. 65 a následující.

³³⁾ Srovnej Beard: "Supreme Court and Constitution", New York 1912.

³⁴⁾ Hamilton, jeden z vedoucích činitelů konventu, který si velmi dobře byl vědom, že moc soudů může znamenat důležitý prostředek ochrany buržoazie a jejího vlastnictví, ji považuje za „výtečnou závoru proti vybočením reprezentativního orgánu“ a za „záruku proti příležitostným špatným náladám společnosti“.

³⁵⁾ Viz Carson: "The Supreme Court of USA: Its history". 1891, str. 206 následující.

Kongres, v němž dosud měli federalisté většinu, přijal zákony reorganisující soudnictví, a mezi nimi 27. února, pět dní před ukončením volebního období, zákon umožňující jmenování soudců do nově zřízených úřadů v distriktu Columbia. Marbury byl jedním z těch federalistů, jež prezident Adams v posledních hodinách svého úřadování jmenoval za soudce.

Jmenovací dekrety byly již prezidentem podepsány a státním sekretářem Marschalem zapečetěny, ale protože Marschall zastával již několik dní zároveň úřad předsedy nejvyššího soudu, nebyly pro nedostatek času Marburymu vydány.

Nový státní sekretář, James Madison, nástupce Marschalla v úřadě, nalezl tyto jmenovací dekrety a na základě instrukce nového presidenta Jeffersona je odmítl předat.

Madison se obrátil na Nejvyšší soud se žalobou o vydání listiny (writ of mandamus).

Nejvyšší soud (jemuž předsedal Marschall, který sám jmenování Marburyho připravoval) prohlásil, že jmenování Marburyho bylo oprávněné a zadržetí listiny protiprávní. Žalobu však odmítl, neboť prohlásil zákon kongresu, který mu dával moc nařídit vydání listiny, za protiústavní a to proto, že dával soudu originelní jurisdikaci širší, než onu, která soudu byla svěřena ústavou.³⁶⁾ Marschall tak v rozsudku prohlásil moc nejvyššího soudu zkoumat ústavnost zákonů a odmítnout aplikovat federální zákon, považovaný soudem za neústavní.

Že toto rozhodnutí nebylo nepochybné, vyplývá i z podrobné argumentace, které Marschall použil k odůvodnění.³⁷⁾ Rozhodnutí ve sporu Marbury v. Madison, jež na základě systému precedentu se stalo součástí amerického ústavního práva, je ovšem pádným dokladem toho, v jaké míře je soudce významným, by rozhodujícím činitelem v tvorbě amerických právních institucí. Nemůže být vůbec pochyb o tom, že za určitých okolností, při jiném osobním složení nejvyššího soudu, který by reprezentoval svými názory jinou frakci buržoazie, by mohl být vytvořen precedent opačný. Již samotný rozbor vytvoření institutu soudního zkoumání ústavnosti zákona by stačil k osvětlení významu, jaký je v USA a musí být prakticky i teoreticky přikládán soudům i osobě soudce, a zejména osobě soudce nejvyššího soudu.

Bližší rozbor činnosti nejvyššího soudu nás dovede k jasnému závěru, že význam postavení člena nejvyššího soudu zřejmě při tvorbě práva překračoval v určitých etapách význam člena kongresu, poslance nebo senátora. Aniž bychom v rámci práce chtěli rozebrat otázku v celém dosahu, ukážeme důsledky na rozboru případu Hepburn v. Griswald.

V průběhu občanské války Lincolnova vláda, pod tlakem nutnosti krýti válečné výdaje, vydala papírové peníze, a kongres přijal zákon, podle

³⁶⁾ Srovnej H. Rommen: "Grundrechte, Gesetz und Richter in USA", Münster 1931, str. 47 násl.

³⁷⁾ Srovnej: Hitchcock: "Chief justice Marschall" v "Constitutional History", New York 1889, str. 78, 79: J. Ch. Gray proto případně říká: „Předpokládejme, že by předseda Nejvyššího soudu Marschall byl zarytý demokrat, a ne federalista. Předpokládejme, že místo aby nenáviděl Jeffersona a měl v oblibě United States Bank, by nenáviděl United States Bank a měl v oblibě Jeffersona, jak by za těchto podmínek bylo rozdílné dnešní platné právo.“ (The Nature and Sources of the Law, str. 477).

kterého musely být přijímány k plnění závazků. Věřitelé odmítali tyto bankovky přijímat. V případě *Hepburn v. Griswold* měl nejvyšší soud rozhodnout o odvolání, a tak buď potvrdit platnost zákona kongresu, nebo jej zamítnout. Průběh rozhodování odhalil plně důsledky, ke kterým praxe soudní svrchovanosti může vést. Rozhodnutí totiž napřed znělo pro platnost, pak pro neplatnost a konečně po určitých zásazích opět pro platnost.

Urputnost tohoto sporu je pochopitelná, neboť v sázce byly značné zájmy bank a vůbec finanční zájmy. Nejvyšší soud měl v té době osm členů. Při prvním hlasování byl poměr hlasů pro a proti stejný, čtyři ku čtyřem. Jeden ze soudců, Grier byl v té době už senilní, podlehl nátlaku a změnil své mínění a poměr hlasů byl 5 ku 3 proti platnosti zákona. Miller, jeden z nesouhlasících soudců, zuřivě protestoval proti rozhodnutí za takových okolností a žádal, aby soud počkal s rozhodnutím, dokud nebude doplněn. Rozhodnutí bylo vyhlášeno, ale Grier ještě před tím resignoval, takže poměr hlasů byl čtyři ku třem. Nejvyšší soud tedy prohlásil, že zákon je protiústavní, a odtud se vyvozovalo, že věřitelé bankovky nemusí přijímat.³⁸⁾

Zatímco bylo přijímáno toto rozhodnutí, president Grant jmenoval po pečlivém výběru dva nové soudce nejvyššího soudu. Čtyři dny po té, co jejich jmenování bylo schváleno senátem, byly soudu předloženy dva nové obdobné případy. Po dlouhé a rozhořčené debatě soudu, zda se má držeti svého rozhodnutí, soud rozhodl ve při *Knox v. Lee* pěti hlasy proti čtyřem, že *Legal Tender Acts* je platný. Během krátké doby, díky změně soudců anebo jejich mínění, existovalo třikrát různé právo. Nejprve zákon platil, pak neplatil, pak opět platil.³⁹⁾

Tato rozhodnutí ukázala, že platnost nebo neplatnost určitého právního pravidla v USA nemusí nutně záviset na logickém srovnání platných právních pravidel, ale na tom, kolik hlasů v nejvyšším soudu mají křížící se zájmy jednotlivých skupin vládnoucí buržoazie.

V praxi se projevílo, a pro teorii se stalo zjevným, že má-li být odhadnuto pravděpodobné rozhodnutí, musí být věnována pozornost nejenom oprávněním nejvyššího soudu jako instituci, ale osobnostem jednotlivých soudců, jako exponentům, nebo možným exponentům různých částí vládnoucí třídy, později snad i jednotlivých skupin monopolů.

Druhý do očí bijící závěr z rozhodnutí ve při *Hepburn v. Griswold* je skutečnost, že existence nebo neexistence práva opírajícího se o zákon nemůže být vždy nepochybně konstatována dokud soud nerozhodne, by dokonce ani tehdy ne, dokud se jeho rozhodování neustálí.

Předseda Nejvyššího soudu USA Charles E. Hughes ve třicátých letech tohoto století proto konstatuje, že nejvyšší soud si pod pláštíkem ústavy

³⁸⁾ Ch. A. Kent k tomu prohlašuje: "The history of the decisions on the constitutionality of this act is a striking illustration of how much judicial opinion depends on the men who happen to occupy the bench at a given period," viz "Supreme court since 1864".

³⁹⁾ Věc byla ještě komplikovanější, protože před rozhodnutím Nejvyššího soudu zde bylo rozhodnutí jiných soudů, které považovaly sice zákon za platný, ale pouze pro smlouvy uzavřené po jeho přijetí, nikoliv pro smlouvy uzavřené před datem jeho platnosti (viz např. *Brenson v. Rodes*).

může rozhodovat jak chce: „we are under a Constitution, but the Constitution is what judges say it is, and the judicature is the safeguard of our liberty and of our property under the Constitution.“⁴⁰⁾

Je velmi zajímavé, že až do občanské války bylo právo nejvyššího soudu prohlašovat zákon za protiústavní použito jen výjimečně. (Ale bylo zato při každé vhodné příležitosti v rozsudcích i tam, kde to nebylo nutné, připomínáno.) Do roku 1860 bylo použito pouze dvakrát. Zato za dalších sedmdesát pět let (do r. 1937) jej prostřednictvím nejvyššího soudu použily různé skupiny buržoazie sedmdesáttřikrát vůči zákonům kongresu. Není bez důležitosti sledovat, že tato aktivita soudu se rozvíjí v období prudkých přesunů uvnitř americké společnosti, sílí v období imperialismu a rozvíjí se zejména v období všeobecné krize kapitalismu.

Tyto zásahy nejvyššího soudu byly namířeny zejména proti zákonům, které se pokoušely o určité sociální reformy nebo hospodářské opatření, a vyvrcholily v negaci téměř všech opatření Rooseveltova New Dealu. Určitou představu dává tento přehled případů, v nichž prohlásil nejvyšší soud zákon za neústavní:

1790—1800	Ø	1870—1880	9
1800—1810	1	1880—1890	5
1810—1820	Ø	1890—1900	5
1820—1830	Ø	1900—1910	9
1830—1840	Ø	1910—1920	7
1840—1850	Ø	1920—1930	19
1850—1860	1	1930—1935	4
1860—1870	4	1935—1936	10 ⁴¹⁾

Z rámce práce by se vymykala podrobnější rozbor otázek, v nichž soud považoval za neústavní úpravu zákonem. Jde tu především o sociální zákonodárství, úpravu pracovní doby, zásahy proti tvoření monopolů a konečně pokusy zdanit vlastnictví a důchody kapitalistů.⁴²⁾

Velmi příznačná je skutečnost, že monopoly v období, kdy se zdála být překonána krize, daly v letech 1935—36 prohlásit za neústavní podstatnou část Rooseveltova New Dealu. Roosevelt se pak v roce 1937 rozhodl k politické kampani, která měla Nejvyšší soud zbavit jeho postavení a předložil 5. února 1937 kongresu návrh příslušného zákona.

V této kampani, kdy monopoly se postavily na prudký odpor; Roosevelt prohrál, a jeho návrh neprošel v kongresu.⁴³⁾

⁴⁰⁾ Hughes: „Adresses and Papers of Ch. E. Hughes“. New York 1936, str. 185.

⁴¹⁾ Viz E. S. Bates: „The story of the Supreme Court“, New York 1936, str. 263, a B. R. Baines, A. Littelfield: „The Supreme Court issue and the constitution“, New York 1937.

⁴²⁾ Překonání stanovisko Nejvyššího soudu je možno jedině změnou ústavy. Tento postup je však velmi obtížný a časově zdlouhavý, neboť mimo jiné musí změnu ústavy ratifikoval tři čtvrtiny států. V roce 1895 prohlásil Nejvyšší soud za protiústavní majetkovou daň (z příjmu), která zdaňovala 2 % příjmů nad 4,000 dolarů.

⁴³⁾ Zajímavé však je, že soud, pravděpodobně pod tlakem nové krizové vlny a obtíží v hospodářství, koncem roku 1937 a v roce 1938 slabou většinou jednoho hlasu přešel na stanovisko, že řada dříve nulifikovacích zákonů je ústavní. Viz podrobné vyličení v: R. H. Jackson: „The Struggle for Judicial Supremacy“, New York 1941, str. 176 a násl.

Nejvyšší soud USA tedy není pouhým orgánem aplikace právních norem, ale do jeho kompetence nesporně přísluší výkon svérázné politicko-právní kontroly, federálního zákonodárství. Konečně pojetí soudu jako především politické instituce je možno prokázat nejenom ze samostatné činnosti Nejvyššího soudu, ale z autoritativních výroků o jeho úloze.

Taft, zastávaje úřad předsedy soudu, napsal: „Stárnu a slábnu, jsem méně pohotový a přesný. Avšak za současného stavu věcí pokud budu moci, musím zůstat ve svém úřadě, abych zabránil bolševikům, aby se nemohli zmocnit kontroly...“⁴⁴⁾

Při příležitosti presidentských voleb 1916 Taft napsal: „Čtyři soudcové jsou starší sedmdesáti let, a příští prezident pravděpodobně bude povolán k tomu, aby jmenoval jejich nástupce. Není důležitější vnitropolitické otázky, než-li udržení nejvyššího soudu, jako bašty a záruky, že nikdo nebude připraven o své vlastnictví.“⁴⁵⁾

Nejvyšší soud USA se tedy vyvinul v orgán, který značně volně může uplatňovat proti federálnímu zákonodárství politicko-právní kontrolu. Obdobné postavení mají nejvyšší soudy jednotlivých států vůči zákonodárství států.⁴⁶⁾

Z uvedeného je možno provést závěr o skutečné úloze a postavení Nejvyššího soudu, a do jisté míry i ostatních soudů, zejména nejvyšších soudů jednotlivých států.

Nejvyšší soud se vyvinul v období přechodu k imperialismu a upevnil v období krize kapitalismu svého druhu jmenovaný nevolený orgán, vykonávající politicko-právní kontrolu vůči zákonům. Politická kontrola nejvyššího soudu je vykonávána pod rouškou formálního prohlášení nesouladu s ústavou, (ačkoliv, jak bylo ukázáno v předchozím výkladu, váha ústavních předpisů pro soudce je problematická).⁴⁷⁾

Výhody tohoto orgánu pro monopoly v určitém období byly zřejmé.

a) Nejvyšší soud je nevolený jmenovaný orgán. Způsob jmenování prezidentem poskytuje maximální možnosti vládnoucím monopolům zajistit si jmenování svého kandidáta.

b) Soudce jednou jmenovaný zastává funkci doživotně, pokud se jí nevzdá.⁴⁸⁾ Tím je zajištěna možnost udržet tuto mocnou instanci v rukou určitých vrstev vládnoucí třídy bez ohledu na výsledky voleb prezidenta i kongresu. Úřad soudce je proto velmi často zastáván desetiletí a zpravidla až do smrti.⁴⁹⁾

⁴⁴⁾ Pringle: "The Life and Times of W. H. Taft", New York, 1939, str. 967, I. díl.

⁴⁵⁾ W. F. Taft: "Mr. Wilson and the Campaign", 10 Yale Law Review.

⁴⁶⁾ R. H. Jackson proto na adresu monopolů říká: "Property interests were better advised. They had come to regard the Supreme Court as their own House of Lords and to believe they had a moral right to control its sheltering veto". — "The Struggle for judicial — Supremacy", New York 1941, str. 182.

⁴⁷⁾ Desátý předseda Nejvyššího soudu Hughes říká: „Ústava je to, co soudci prohlásí, že je "Addresses and Papers".“ New York 1916, str. 185.

⁴⁸⁾ Další ústavou předvídaný případ, pohnání k odpovědnosti pro porušení povinnosti (impeachment) nebyl prakticky u soudců Nejvyššího soudu s úspěchem použit.

⁴⁹⁾ Marschall zastával úřad 34 let, O. Holmes 30 let od roku 1902 do roku 1932, Mc Kennec od r. 1898 do r. 1925 (27 let). Počínaje Marschallem zastávalo (do roku 1938) všech dalších sedm předsedů soudu úřad až do smrti. Průměrná doba zastávání úřadu od r. 1789 do roku 1937 činí patnáct let.

c) Jednotlivým skupinám buržoazie se otvírá možnost získat pro své zájmy nejruznějším způsobem jednotlivé soudce a to na desetiletí dopředu. Takové zajištění je stálejší a méně obtížné nežli nejisté a časově omezené zajištění kontroly nebo i jen podpory sněmovny reprezentantů nebo senátu.

d) Rozhodnutí nejvyššího soudu je účinnější než-li veto presidenta. Pre-sidentovo veto může být zvráceno kvalifikovanou většinou kongresu, rozhodnutí nejvyššího soudu může být překonáno jen s obtížemi. Jediná cesta, jak je překonat, totiž změna ústavy, je téměř neschůdná. Změna nebo doplněk ústavy vyžaduje vedle souhlasu dvou třetin členů senátu a sněmovny reprezentantů ratifikaci tří čtvrtin států,⁵⁰⁾ což v nejlepším případě vede k nesmírně dlouhému časovému odkladu.

Za těchto okolností není divu, že úřadu soudce nejvyššího soudu je přikládán veliký význam, a do funkce předsedy soudu jsou monopoly prosazovány osoby, které se sebou mají nejnadějnější politickou dráhu a často i úspěšně nebo neúspěšně kandidovaly za presidenta Spojených států. Sám tento fakt, že soudcové jsou často vybíráni z osvědčených politiků a ne jak bývá zvykem v jiných buržoazních státech z osvědčených soudců, ukazuje na vyhraněně politický charakter instituce nejvyššího soudu.⁵¹⁾

⁵⁰⁾ Šestnáctý doplněk ústavy byl přijat teprve po 43 měsících, některé kongresem usnesené změny nenabýly platnosti vůbec. Průměrná doba, v níž nabýly doplňky ústavy (1 až 21) po usnesení kongresu platnosti, je přibližně rok, z toho čtrnáctý a první až desátý asi dva roky.

⁵¹⁾ Předsedou Nejvyššího soudu v letech 1921 až 1930 byl W. H. Taft, který zastával úřad prezidenta USA v letech 1909 až 1913, po něm od roku 1930 byl předsedou N. S. C. E. Hughes, který kandidoval za republikány v prezidentských volbách 1916 a měl před tím za sebou funkci guvernéra státu New York. Pro způsob obsazování funkce předsedy soudu uvádí příznačnou historii H. F. Pringle. Taft ve své funkci prezidenta jmenoval předsedou soudu E. P. Whita ve věku 65 let, který na oplátku Taftovi slíbil, že toto místo pro něj bude držet a že je dá opět k dispozici, až bude opět zvolen republikánský prezident. Když však za Hardingova prezidentství Taft naléhal na splnění dohody, White odmítal a Taft musel doslova čekat na jeho smrt. (Srovnej H. F. Pringle: "The life and times of W. H. Taft". New York 1939, sv. II, str. 955.) Rovněž předseda Nejvyššího soudu Warren měl za sebou významnou politickou dráhu. Před svým jmenováním předsedou Nejvyššího soudu byl guvernérem Kalifornie a nebylo jisté, zda nebude kandidovat proti Eisenhowerovi na funkci prezidenta.

Vznik, povaha a vývoj právního realismu

§ 1. VZNIK PRÁVNÍHO REALISMU

Právní realismus je buržoazní teorií a ideologií podmíněnou právním systémem, v němž precedent má významnou úlohu mezi prameny práva a v němž, jak bylo vyloženo, má soudce významné postavení v tvorbě práva.

Právní realismus je přitom teorií vznikající v období všeobecné krize kapitalismu. I když porůznu byly příbuzné názory vysloveny dvěma nebo třemi autory již dříve, směr právního realismu vzniká především v období vyhrocených společenských a právních problémů velké hospodářské a společenské krize USA v letech 1929 a následujících.¹⁾

Pokusím se prokázat, že právní realismus nelze plně pochopit mimo souvislost s buržoazními proudy, které hledaly východiska ze společenských problémů položených touto hospodářskou a společenskou krizí.

Tím ovšem nemá být řečeno, že vznik právního realismu není ovlivněn gnoseologickými kořeny, a že tu není objektivně existující problém povahy právní normy a dialektického vztahu obecného v právní normě a jedinečného v individuálním rozhodnutí státního orgánu. Teorie právního realismu vidí zřetelně právě tento problém, a navíc jeho existenci bohatě dokumentuje rozbořem právní praxe USA.

Dokonce je možno samo postavení této gnoseologické problematiky považovat za jistý přínos právního realismu. Avšak teoretická odpověď právního realismu je vědecky zcela nesprávná a metodologicky neudržitelná. Realismus absolutizuje jednu izolovanou stránku vztahu jedinečného a obecného v právní regulaci a dochází tak k metodologicky a gnoseologicky neudržitelným, absurdním tvrzením a závěrům.

Vedle gnoseologických kořenů a též příčin, tkvících v relativně autonomní návaznosti na předchozí vývoj angloamerického právního myšlení, má vznik právního realismu nesporně též příčinu tkvící bezprostředně ve vývoji a rozporech buržoazní společnosti a jako součást buržoazní ideologie působí jistým vlivem na fungování politického mechanismu buržoazní společnosti.

¹⁾ Právní realismus pak ovšem silně i nadále ovlivňuje buržoazní americké myšlení a jeho vliv je značný i v současnosti.

Nelze pominout skutečnost, že právní realismus se jako směr formuje právě v období hospodářské a politické krize.

Do roku 1929 lze nalézt názory příbuzné právnímu realismu pouze po-
různu. Během roku 1930 a 1931 se však seskupilo třicet až čtyřicet před-
stavitelů právní teorie v tomto teoretickém směru, podstatně podníceném
společenskou krizí.

Hospodářská krize, propuknuvší v USA v roce 1929 do krajnosti vy-
hrotila společenské rozpory, otřásá základy kapitalistického řádu a nutí
buržoazii hledat východisko.

V průběhu prvních čtyř let krize ohlásilo 5761 bank s pěti miliardami
dolarů vkladů úpadek. Během prvního dne paniky na newyorské burze
bylo prodáno 12 800 000 akcií, za tři roky krize klesla indexová hodnota
akcií z 216 (v r. 1929) na 34 (v r. 1932).

Zemědělství prodělávalo krizi stejně těžkou jako průmysl. Ceny země-
dělských produktů nezadržitelně klesaly.²⁾ Během těchto let byla reali-
zována jedna miliarda dolarů hypoték v nucených dražbách.

Dělnická třída byla krizí krutě postižena. Mzdy poklesly asi o třetinu.
Počet nezaměstnaných dosáhl 17 miliónů osob. Žádná opatření na podporu
nezaměstnaných, nebo pojištění v nezaměstnanosti neexistovala. Milióny
lidí tedy neměly žádné příjmy a byly krutě zbídačovány.

Hluboká hospodářská krize měla zároveň politické následky dalekosáh-
lého významu. Dělnická třída tvrdě bojovala o zajištění svých životních
zájmů. Počátkem roku 1930 došlo k celostátní demonstraci nezaměstna-
ných, jíž se účastnilo přes milión osob.³⁾

Státní orgány a kapitalisté používali proti akcím nezaměstnaných násilí
v širokém měřítku, po celé zemi byli demonstranti a stávkující bití, roz-
hánění a zavírání. Požadavky a hnutí nezaměstnaných byly předebrány
dalších ohromných politických otřesů a bouří.

Tato krajní zostření třídních rozporů nutí kapitalisty hledat východisko,
přitom část buržoazie chápe, že nelze zachovat neměnný stav, že nějaké
řešení, určité změny jsou nutné. Prudká krize zastrašila mluvčí kapita-
lismu natolik, že propadají panice. Soudce nejvyššího soudu Brandeys
prohlásil „stojíme nyní před vážnějším nebezpečím, než je válka“.

V oblasti právní nadstavby a ideologie se tendence ve směru změn
projevila nejvýrazněji právě v „právním realismu“. Společenský význam
této teorie tvorby a aplikace právní normy tkví v tom, že teoreticky popírá
význam dosavadních platných právních předpisů a prohlašuje za právo
to, co soudy činí, respektive v budoucnosti učiní pro udržení kapitalistic-
kého řádu a co budou považovat za vhodné k pokusům o řešení společenské
krize. Je to tedy teorie, která svými důsledky opravňuje a legalizuje po-
stup soudů eventuelně i ostatních státních orgánů.

Nemůže být sporu o tom, že objektivní význam uvedených tezí zkou-
mané teorie je v ospravedlnění rozhodování soudu, respektive státních
orgánů, pokud jsou dodrženy minimální formálně procesní předpoklady.
Realismus vlastně dospívá ke konstatování neexistence principu buržoazní

²⁾ J. Barnes: „Wealth of the American People“, New York 1949, str. 680.

³⁾ Srovnej W. Foster: „Nástin politických dějin amerického kontinentu“, Praha 1953,
str. 103.

zákonitosti a k zásadnímu uznání volné úvahy soudce jako gnoseologicky dané podstaty procesu aplikace vůbec.

Jesliže jsme dospěli k tomuto závěru, neřešili jsme zatím otázku společenského smyslu zkoumané teorie. Přitom je jasno, že jde o teorii vyslovenou v zájmu buržoazní třídy, zasluhuje však hlubší zkoumání, které skupině buržoazie, respektive které politické zásadní tendenci slouží. K této otázce realisté téměř bez výjimky mlčí, zůstávajíce v mezích právně technických výkladů. Je tedy třeba vyjít ze zkoumání objektivního významu popření buržoazní zákonnosti.

Buržoazie používá různé metody vlády, boje za uhájení svého panství. Metoda vlády na základě buržoazní zákonnosti, spojovaná případně s „liberálními“ ústupky pracujícím a rozšiřováním jejich politických práv, je používána tehdy, kdy tato metoda stačí k udržení moci buržoazie. Jestliže však jsou ohroženy základy buržoazního panství, likviduje buržoazie bez rozpaků svou vlastní zákonnost a pokouší se nastolit metody vlády,⁴⁾ spojené s nedbáním vlastních právních norem.

Tyto způsoby vlády se ovšem prolínají, a v určitých historických obrysech vystřídávají jedna druhou. V období všeobecné krize kapitalismu dochází k nebyvalému zostření všech rozporů buržoazního řádu. Právní realismus se rozvíjí v podmínkách hospodářské a politické krize let 1929 až 1933 v USA, v podmínkách krajního vyhrocení obtíží buržoazie a zejména politických obtíží skupin monopolistické buržoazie. Vládnoucí třída v tomto období ustupuje od své vlastní zákonnosti, která se stala složitým nedostatečně účinným prostředkem potlačování pracujících a připravuje se k metodám účinnějšího přímého právními pravidly nevázaného prosazování a ochrany svých zájmů. Lenin dovozoval z analýzy imperialismu, že místo epochy využívání buržoazní zákonnosti vytvořené buržoazií, přichází epocha obrovských revolučních střetnutí, které budou znamenat rozmetání veškeré buržoazní zákonnosti, celého buržoazního řádu a formálně musí začít snahami buržoazie zbavit se zákonnosti, kterou si sama vytvořila, a která se pro ni stala nesnesitelnou.

Uplatnění právního realismu je právě jednou z možných forem prosazení zájmů i jemného manévrování monopolistické buržoazie. Objektivně teorie právního realismu slouží, a zejména sloužila v době svého vzniku, zájmům monopolistické buržoazie.

Tomuto závěru svědčí rovněž rozmach teorie právního realismu v období krize a rychlý růst počtu jejich teoretických přívrženců, který se však po období krize zpomaluje a zastavuje. Tuto skutečnost nelze nespojit s přípravami a antidemokratickými tendencemi části buržoazie v USA, o nichž se však stalo v polovině třicátých let zřejmé, že nebudou realizovány, a to zejména pro urputný odpor širokých mas pracujících.

Monopolistická buržoazie se pak v podstatě orientovala na jiné metody řešení svých obtíží. Právní realismus se svým radikálním popřením existence buržoazní zákonnosti zůstává pak teorií, která není uznána obecně. Realismus je přijat pouze určitou, i když významnou a vlivnou částí teoretických a praktických právních pracovníků.

⁴⁾ Může být ovšem tlakem široké demokratické fronty vedené dělnickou třídou donucena, aby v podstatě zůstala v mezích své vlastní zákonnosti.

Tímto zhodnocením objektivního významu právního realismu jako celku nemá být řečeno, že jeho jednotliví přívrženci by nemohli osobně zastávat různé politické tendence jiné. Část právních realistů se později stala pracovníky Rooseveltovy administrativy, nebo jím byla jmenována soudci. Později pak argumentace právního realismu používají někteří autoři k obhajobě liberálních tendencí, např. v oblasti občanských práv.⁵⁾

Právní realismus usnadňoval v činnosti soudů a správních orgánů změny stávajících pořádků v rámci buržoazního řádu, pokud se úspěšně prosadily. Usnadňoval jak provedení antidemokratických tendencí, tak teoreticky usnadňoval, když se prosadil Roosevelt, i provedení liberálního New Dealu a vůbec liberálních změn a tendencí.

Tyto skutečnosti ovšem ničeho nemění na základní objektivní tendenci právního realismu, směřující metodologicky k oslabování buržoazní zákonitosti.

Metodologické přístupy a postupy realismu, i obecně teoretické gnoseologické principy, k nimž dochází bez ohledu na subjektivní politické postoje a iluze jednotlivých realistů jsou objektivně podlamováním buržoazní zákonitosti.

§ 2. UTVÁŘENÍ A ZÁKLADNÍ RYSY PRÁVNÍHO REALISMU

1. Právní realismus v období do druhé světové války.

Ukázali jsme již, že právní realismus je jednou z nejútočnějších koncepcí směřujících k oslabení zákonitosti a právního pořádku. To platí zvláště o období vzniku právního realismu a o období vývoje právního realismu do druhé světové války.

Samotný název směru právního realismu neodpovídá zcela jeho obsahu. Název „právní realismus“ navrhli v roce 1930 Llewellyn a Frank k označení formující se skupiny amerických právníků, kteří ve svých pracech, navazující na starší sociologické směry, vyjádřili ty nebo ony radiální pochyby k tradičnímu pojetí buržoazní zákonitosti.

Frank však později považoval tento název za nevhodný zejména proto, že jejich směr nemá nic společného s filosofickým realismem. Navrhoval označení jiná, jako „legal modesty“, „legal observationism“, „legal actualism“. Později navrhuje označení „experimentalismus“ a zdůrazňuje, že tento název by byl šťastnější.⁶⁾ Zatím se však název již vžil a byl běžně v buržoazní literatuře používán pro označení určité skupiny amerických právních teoretiků.

Mohou sem býti počítáni zejména Karl Llewellyn, Walter Wheeler Cook, Jerome Frank, Leon Green, Hessel Yntema, Herman Oliphant, William O. Douglas, Thirman Arnold, Walter Bingham, Max Radin, A. L. Corbin, E. Corwin, J. C. Hutcheson, F. V. Harper, E. E. Clark, R. T. Powell, Felix Frankfurter a jiní.⁷⁾

⁵⁾ Například soudce Nejvyššího soudu Douglas; v padesátých letech Llewellyn ostře odmítá mccartismus i tažení proti legalitě KS USA.

⁶⁾ Frank: „If Men Were Angels“, str. 54.

⁷⁾ K úplnějšímu přehledu srovnej bibliografii.

Názory této skupiny nebyly již od počátku zcela stejnorodé a v leckterém směru se navzájem lišily. I když všichni realisté vyjádřili své pochyby o uznávaném pojetí práva a buržoazní zákonnosti (to jest pochyby k analytickému pozitivismu a jeho sociologickému vyústění včetně Harvardské školy), jejich kritika nevychází ze zcela totožných posic a stejných důvodů. Nesouhlasí navzájem zcela ani v navrhované náhradě za kritizované teorie.

Llewellyn proto v diskusi s Poundem temperamentně odmítal, že by realismus byl školou, vázanou společným jmenovatelem ve všech právně-teoretických otázkách.⁸⁾ Nejde prý o „školu“, ale spíše o „hnutí“, kterému je společná negace.

Vůči sociologické škole má být právní realismus „další krok“ v kritice pojetí těch právních metod, které se opírají o buržoazní zákonnost.⁹⁾ Je možno říci, že realisty spojuje především kritika koncepce buržoazní zákonnosti v pojetí analytické jurisprudence a „nová“ teoretická koncepce aplikace práva.

V některých ranných realistických člancích, zabývajících se metodologickými otázkami, byly hlavní zásady realistického přístupu ke zkoumání práva zformulovány takto:

a) Pro účely vědeckého zkoumání má právník pouze zkoumat, jak soudy a administrativní orgány rozhodují, bez ohledu na to, jak by měly rozhodovat, nebo jak jsou povinny rozhodovat. Otázka právních povinností státních orgánů má být vědomě ponechána stranou zkoumání, stejně tak jako otázka, jak by (z hlediska buržoazie) účelně měly soudy rozhodovat.

b) Právníci musí přijímat skepticky, respektive zcela odmítnouti tezi, že právní pravidla, jak jsou formálně vyhlášena nebo zapsána, odpovídají tomu, jak skutečně státní orgány rozhodují.

c) Obdobně musí při „vědeckém zkoumání“ být odmítnuto tvrzení, že rozhodnutí je skutečně odvozeno z právních norem. Spornost obou kritizovaných úhelných tezí buržoazní zákonnosti má tedy být přijata jako základní hypotéza vědecké metody právního realismu.¹⁰⁾

Dále se vedle těchto metodologicky základních tezí má vyjít z několika důležitých hypotéz o vztahu práva a společenského vývoje:

a) právní zkoumání má vyjít ze zásady, že právo se stále mění.

b) Právo je prostředek k dosažení určitých společenských cílů.¹¹⁾

Základní pozornost má být věnována individuálním rozhodnutím státních orgánů, bez ohledu na soustavu platných právních norem. Toto radikální a troufalé odmítnutí buržoazní zákonnosti v pojetí analytického po-

⁸⁾ Viz „Some realism about realism“, 44 Harvard Law Rev., str. 1226.

⁹⁾ Llewellyn: „A Realistic Jurisprudence – the Next Step“, 30 Columbia Law Rev. (1930), str. 431.

¹⁰⁾ Viz zejména tato shrnutí metody z hlediska právního realismu: J. Frank: „Realism in Jurisprudence“, 7 American Law School Review, str. 1057 násl. (1934), K. Llewellyn: „A Realistic Jurisprudence the Next Step“, 30 Columbia Law Review, str. 431 násl. (1930), týž: „Some realism about Realism-Responding to Dean Pound“, 44 Harvard Law Review 1222 (1931), F. S. Cohen: „Problems of Functional Jurisprudence“, 1 Modern Law Review, str. 15 násl. (1937). Patterson: „Can Law be Scientific“, 25 Illinois Law Review, str. 121 násl. (K. Llewellyn: „Legal Tradition and Social Science Method – A Realistic Critique“ (1931).

¹¹⁾ Přitom realisté, pokud se o obsahu soudobých společenských změn v USA vůbec vyslovují, rozumí jimi nejčastěji tendenci k přesunu moci do rukou monopolů.

sitivismu, by nebylo ovšem teoreticky přijatelné, jestliže by se neopíralo o požadavky právní praxe a jestliže by již nebylo předjato a připraveno dřívějším vývojem právní teorie v USA. Zabývejme se tedy postupně oběma těmito vlivy.

2. Právní realismus opírá svou metodu zkoumání o praktické požadavky, o názory a techniku práce právníků, prakticky činných v právní praxi.

To platí zejména o snaze právního realismu zajistiti pokud možno přesnější popis toho, jak státní orgány rozhodují a předpověď toho, jak soud nebo administrativní orgány rozhodnou.

Metoda právního realismu vychází tak v podstatě jednostranně z potřeb právního poradce, z potřeb advokáta, který si připravuje argumenty. Advokát musí umět odhadnout účinnost právních argumentů, aby mohl dosáhnout od soudu žádoucího rozhodnutí, právní poradce musí dostatečně přesně předvídat výsledky postupu, který doporučí svému klientu.

K tomuto cíli, dovozuje zkoumaná teorie, nepostačí v soudobých Spojených státech znát platnou soustavu právních norem, ale skutečné rozhodování státních orgánů, Radin proto říká o metodě přístupu k právu, že je třeba znát: „... jak státní orgány určují a používají právo, a proč je třeba používat speciálně školené právníky, aby buď předvíдали jaká pravidla úřední osoby určí a použijí, nebo aby je přesvědčili rozhodnout tak, jak si přejeme, aby rozhodovali...“¹²⁾ Praktici mají prvořadý zájem o to, jak dalece pravidla skutečně popisují a zachycují skutečnou činnost soudu, a jak dalece o ně tedy může být opřeno předvídání.¹³⁾

Význam pravidla je dán jeho efektivností, tím, jak dalece zachycuje skutečné jednání soudců a ostatních úředních osob. Pravidla jsou tedy pro právníka nástroje (instruments), především nástroje předvídání.

Pravidla, mají-li mít nějaký smysl, musí mít empirický vztah k současnému rozhodování soudců a jiných státních orgánů, pokračuje právní realismus ve své argumentaci.

Jestliže podrobíme tyto vývoody kritickému zkoumání, dojdeme k závěru, že tato přesná pravidla rozhodování mohou mít málo společného s platnými právními pravidly a mohou tak vést v podmínkách všeobecné krize kapitalismu k faktické likvidaci právní vědy jako vědy o platném právu. Ta je nahrazena soustavou pouček, jak nejbezpečněji dosáhnout žádaného rozhodnutí v podmínkách, kdy státní orgány jsou ochotny opouštět principy buržoazní zákonnosti.

Vedle toho je třeba konstatovat, že právní realismus se staví na pozici zkoumání právního rozhodování pouze ze stanoviska právního poradce a orgánu, který vydává rozhodnutí, a zcela pomíjí skutečnost, že právní normy jsou pravidla chování subjektů právních vztahů, ne pouhá pravidla rozhodování sporů.

Právní realismus považuje za svou velkou teoretickou zásluhu, že likvi-

¹²⁾ M. Radin: "The Law and Mr. Smith", New York 1938, str. 332.

¹³⁾ Srovnej Isaacs: "How Lawyers Think", 23 Columbia Law Review, str. 555 násl. Moore, Sussman: "The Lawyers Law", 41 Yale Law Journal, str. 566.

Frank: "What the Courts do in Fact". (1932), 24 Illinois Law Rev., str. 654 násl.

doval rozdíl mezi teoretickým pojetím právních norem a metodami, panujícími v právní praxi.¹⁴⁾

Zaostalé právní koncepce prý operují právními pojmy a metodami vzdálenými, nebo dokonce irrelevantními pro „skutečné právo“, jak je empiricky zná praktický právník a soudce.

Tato teze tedy mimo jiné znamená, že koncepce vázanosti soudu zákonem a precedentem musí být opuštěna a teoreticky zavržena jako ilusorní, protože praxe ji do značné míry opouští.¹⁵⁾

§ 3. VLIVY PŘEDCHOZÍHO VÝVOJE PRÁVNÍ TEORIE V USA NA PRÁVNÍ REALISMUS

1. Obrátme se nyní ke zkoumání vlivu předchozího vývoje právní teorie ve Spojených státech na utváření právního realismu. V americké právní teorii podstatně ovlivnily buržoazní teoretické právní myšlení 20. století dvě význačné osobnosti konce devatenáctého století: J. Ch. Gray, profesor Harvardské university, a O. W. Holmes, předseda nejvyššího soudu státu Massachusetts a pozdější velmi populární soudce nejvyššího soudu USA. S jejich názory se vypořádávají, popřípadě na ně navazují všechny americké právní směry období všeobecné krize kapitalismu. Je třeba tedy se alespoň zhuštěně dotknout jejich vlivu na právní realismus.

Kritizovaná teorie dále je podstatně ovlivňována, respektive přímo vychází ze sociologické („harvardské“) školy, jejíž teze jsou však realistům málo radikální, nedůsledné v odmítání zákonnosti. Oba směry spolu soupeřily, v určitém období v rozhořčené diskusi. Krátce se proto je třeba zabývat i jejich vzájemnými vztahy.

Právní realismus tedy, jako krajní vyústění sociologických směrů anglo-americké právní teorie, navazuje na harvardskou školu a na ještě rannější představitel sociologických vlivů, Graye a Holmese.

Gray vychází z analytického pozitivismu konce devatenáctého století. Jeho kritika pozitivismu směřuje však proti významu, který je připisován normativním aktům a zákonodárným orgánům. Gray staví do popředí soudce, který je podle jeho názoru jediným a výlučným tvůrcem práva: „Právo jakéhokoliv státu nebo organizované společnosti je souhrn pravidel, které určí soudní orgány této společnosti k stanovení práv a povinností.“¹⁶⁾ Gray tvrdí, že zákon není právo, dokud není vyložen soudem. „Někdy se tvrdí“, říká, „že právo se skládá ze dvou částí — zákonodárství

¹⁴⁾ Srovnej E. Garlan: „Legal Realism and Justice“, New York, Columbia University Press, 1941, str. 7: „Men bowed their thought... about law not from the principles of practice but from traditional philosophies of law.“

¹⁵⁾ Srovnej například typické články: Patterson: „Can Law be Scientific?“ 25 Illinois Law Review 121 (1930), H. Yntema: „The Rational Basis of Legal Science“, 31 Columbia Law Review 925 (1931), Llewellyn: „Legal Tradition and the Social Science Method“, (1931), Radin: „Scientific Method and the Law“, 19 California Law Review 164 (1931).

¹⁶⁾ „The Law of the State or of any organised body of men is composed of the rules which the Courts, that is judicial organs of that body, lay down for the determination of legal rights and duties,“ Gray: „The Nature and Sources of Law“, New York 1927, str. 84.

(legislative-law), a práva tvořeného soudy (judge-made law), ale ve skutečnosti je všechno právo tvořeno soudy.“¹⁷⁾

Gray sám sice vysvětluje tvorbu práva jako proces v podstatě logický, v němž soudce vychází ze zákonů, precedentu, názorů expertů, zvyklostí a principů morálky, ale chápe, že takové vymezení práva otvírá cestu vlivu osobnosti soudce, jeho předsudků a faktorů, které leží mimo oblast logických soudů. Na některých případech, které Gray uvádí, ukazuje sám, jak politické sympatie, společenské teorie a tendence, i osobní záliby soudců měly značný vliv. Gray tak věnuje značnou pozornost faktorů osobnosti soudce.

Gray neváhal dovést svou teorii k logickým důsledkům, které se týkají postavení soudců, a říká, že „právo země je dáno míněním půl tuctu ctihodných mužů, tvořících nejvyšší soud této země, neboť žádné pravidlo, které odeprou používat, nemůže být právem v této zemi“.

Tento dalekosáhlý důsledek jeho výchozí teze, tvrzení, že soudce má „absolutní autoritu“, ovšem vzbuzovalo pochyby a nebylo nikdy značnou částí angloamerických právníků přijato. V teorii a praxi znamená totiž podstatné oslabení významu zákonodárního orgánu.

Je-li Grayovo vymezení tvorby právních pravidel přijato, pak tato definice může vést k podlomení principů zákonnosti. Grayova teze byla proto buržoazní teorií podrobena kritice ze dvou protichůdných hledisek: především z hlediska, které odmítalo jako příliš radikální tvrzení, že zákony nestanoví závazné právní normy, a naopak z protichůdné pozice, že není dosti radikální, pokud tvrdí, že právní normy jsou stanoveny v precedencích.

První kritické stanovisko zaujali nejenom přívrženci analytického pozitivismu, ale i někteří představitelé sociologicko právního směru, například Gardozo, do jisté míry i Pound.

Druhé kritické stanovisko krajně útočné zaujal právní realismus.

Pokud jde o kritiku Grayových názorů z pozic, které se nevzdávají principů buržoazní zákonnosti, můžeme uvést názor soudce nejvyššího soudu, přívržence Harwardské školy Cardoza. Odmítá uvedené názory a uvádí, že vedou k závěru, že ani precedent neváže soud. Tím by ovšem byla otevřena cesta k výsledku, že nejsou vůbec žádná závazná právní pravidla.

Gardozo zastává názor, zásadně odlišný od realistů, že soudce je vázán zákonem, a pokud je zákon jasný, není prý žádné místo pro soudní tvorbu práva.

Stejně je podle jeho názoru soudce vázán precedentem, který kryje rozhodovaný případ. Princip závaznosti precedentu — *stare decisis* — je podle Cardoza názoru trvale platný princip amerického práva, snad s výjimkou výjimečných případů. Pokud zde však nejsou tyto výjimečné podmínky, je soudce precedentem vázán.

Výjimečně tedy soudce tvoří právo, ale zpravidla je normativním aktem, nebo precedentem vázán.¹⁸⁾

¹⁷⁾ Tamtéž, str. 84.

¹⁸⁾ Cardozo: „The Nature of Judicial Process“, Yale University Press: „In countless litigations, the law is so clear that judges have no discretion. They have the right to legislate within gaps, but often there are no gaps“. We shall have a false

Někdy ovšem neexistuje odpovídající precedent a pak ovšem podle Cardozova názoru musí být uplatněna tvůrčí úloha soudce ve volbě, které z různých řešení má být přijato. Obdobná situace je i tam, kde smysl zákona se ukáže ne zcela jasný a kde tedy existuje pochybnost při jeho výkladu.¹⁹⁾

Cardozo tedy teoreticky proklamuje volnost soudce pouze v omezeném okruhu případů, kde je rozhodnutí pochybné, ale je daleko toho, aby prohlásil, že soudce má tyto možnosti vždy nebo ve většině případů.²⁰⁾

Realisté, jak již bylo řečeno, kritizují naproti tomu Grayovu tezi ze stanoviska, že není dostatečně radikální. Realisté v údobí nástupu své školy považují nejen zákony, ale i precedent za faktor, který není sto vázat soudce. Tak Jerome Frank kritizuje Graye, že se neodpoutal dostatečně od tradice.²¹⁾ Precedent nemůže podle Frankova mínění soudce vázat: „Pravidla jsou pouhá slova, a tato slova jsou uplatňována pouze v rozhodnutí, a je věci soudu, aby rozhodl, co tato slova znamenají, ať už jsou tato pravidla stanovena zákonem nebo precedentem jiného soudu.“²²⁾

V původním realistickém pojetí práva tedy mizí právní pravidla i aplikace právních pravidel na jednotlivé případy, a do pojmu práva jsou zahrnuty pouze individuální akty, respektive rozhodnutí soudu. „... právo, ve vztahu k této skutkové podstatě je rozhodnutí soudu ve vztahu k této skutkové podstatě... Dokud soud nerozhodl o určitém případě, neexistuje pro tento případ právo.“²³⁾

Právní realismus tedy původně dospívá, jak uvidíme ještě podrobněji v dalším rozboru, rozvinutím Grayových názorů ke konstatování a proklamaci minimální vázanosti, respektive návaznosti státních orgánů právními pravidly.

2. Značnou část své popularity může realistická škola přičísti tomu, že se dovolává některých, snad nepřesně vyložených tezí O. Holmese, velmi populárního soudce nejvyššího soudu.

Holmes bývá přičítán ještě ke škole analytického pozitivismu. Holmes však vnáší do americké právní teorie úvahy sociologisující.

Ve své práci „Common Law“ zdůrazňuje Holmes o metodě zkoumání

view of the landscape if we look at the waste spaces only, and refuse to see the acres already sown und fruitful”.

¹⁹⁾ Cardozo pak uvádí možné metody řešení v takových případech, “The directive force of a principle may be exerted along the line of logical progression, this I will call the rule of analogy or the method of philosophie, along the line of historical development, this I will call the method of evolution, along the line of the customs of the community, this I will call the method of tradition, along the lines of justice, morals and social welfare, the ‘mores’ of the day, and this I will call the method of sociology.”

²⁰⁾ Není ovšem pochyb o tom, že i takto teoreticky omezovaná možnost soudcovy volnosti otvírá určité možnosti pro manévrování právě pro neurčitosti mezi soudcovy volnosti.

²¹⁾ “Law and the Modern Mind”, 1. vyd., str. 122.

²²⁾ Frank: “Law and the Modern Mind”, str. 125.

²³⁾ “For any particular lay person the law, with respect to any particular set of facts, is a decision of a court with respect to those facts so far as that decision affects that particular person. Until a court has passed on those facts no law on that subjekt is yet in existence”. Frank: “Law and the Modern Mind”. II. vydání, str. 46.

práva, že vedle logiky je třeba ještě jiného přístupu. „Právo se nezakládá na logice, ale na zkušenosti. Pocitované potřeby doby, převažující morální a politické teorie, politické instituce, ať už veřejně vyhlášené nebo neuvědoměle přijímané, dokonce předsudky, které soudce sdílí se svými spoluobčany, měly větší význam, než-li syllogismus při určování pravidel podle nichž je společnost spravována.“²⁴⁾

„Právo ztělesňuje historii vývoje národů v průběhu století, a nemůže s ním být zacházeno, jako by obsahovalo pouze axiomata a poučky matematiky. Abychom věděli, co právo je, musíme vědět, jaké bylo, a jaká je tendence jeho vývoje. Musíme alternativně konsultovat historii a existující teorie. Ale nejobtížnější práce je, sladit kombinaci obou do nových výtvorů na každém stupni vývoje.“

„Obsah práva vždy odpovídá, pokud je to možné tomu, co je právě chápáno jako vhodné, ale jeho forma, mechanismus i míra, do níž je sto zajistit žádoucí výsledek, závisí do značné míry na jeho minulosti...“²⁵⁾

Holmes formuluje svou teorii aplikace a soudního rozsudku tak, že uznává paralelně tři vlivy: logické vyvození závěru z předpokládaného pravidla, dále společenské potřeby doby „the felt necessities of the times“, a konečně do určité míry sociálně-psychologické faktory, to jest určité představy soudců. Přitom zdůrazňuje, že druhé dva faktory mohou mít větší váhu než pouhé logické úvahy. Tady je v zárodku zformulován celý program pozdějších škol, z nichž každá zdůraznila jiný faktor. Harvardská škola „sociálního zájmu“ zdůrazňuje sociologické zkoumání „potřeb doby“, to jest aktuálních potřeb vládnoucí třídy, a vypracovává k tomu teoretický systém. Psychologický směr realismu se obrací především ke zkoumání psychologie a právního vědomí soudce (Frank navazuje na Holmesovu zmínku o plně neuvědomělých představách soudce a používá i psychoanalýzy), ostatní realisté spojují zkoumání psychologie a právního vědomí soudce se sociologickým přístupem. Holmes ovšem dále zdůrazňuje, že se nelze vyhnout historickému zkoumání precedentu a práva a to proto, že rozhodnutí vycházející vstříc potřebám doby, musí být učiněno v právní formě, do určité míry určené minulostí.

²⁴⁾ „The life of the law has not been logic, it has been experience. The felt necessities of the time, the prevalent moral and political theories, institutions of public policy, avowed or unconscions, even the prejudices which judges share with their fellow — men, have had a good deal more to do than the syllogism in determining the rules by which men should be governed.“

O. W. Holmes: „Common Law“, London 1882, str. 1—2. Nepodceňuje ovšem logického soudu, neboť říká: „It is something to show that the consistency of a system requires a particular result, but is not all“.

²⁵⁾ „The law embodies the story of a nations development through many centuries, and it cannot be dealt with as if it contained only the axioms and corollaries of a book of mathematics. In order to know what it is, we must know what it has been, and what it tends to become. We must alternately consult history and existing theories of legislation. But the most difficult labor will be to understand the combination of the two into new products at every stage“.

„The substance of the law at any given time pretty nearly corresponds, so far as it goes, with what is then understood to be convenient, but form and machinery, and degree to which it, is able to work out desired results, depend very much upon its past“.

C. W. Holmes: „Common Law“, London 1882.

Právní realismus se zhusta odvolává na Holmesův výrok, ne zcela přesně vykládaný (jako „prediction theory of law“) a často citovaný: „Vezmeme-li základní otázku, co je právo ... nalezneme některé autory, tvrdící, ... že je to logický systém, že je to dedukce z principů. Jestliže se však podíváme na názor našeho přítele, průměrného člověka shledáme, že se příliš nestará o dedukce, ale že chce vědět, jak massachusettský nebo anglický soud rozhodne ve skutečnosti. A já jsem do značné míry jeho názoru. Předpověď toho, jak soud rozhodne ve skutečnosti, a nic náročnějšího, to je podle mého názoru právo.“²⁶⁾

Je nutno ovšem poznamenat, že k Holmesovým názorům, ovšem často velmi podivně vykládaným, se hlásí prakticky většina novějších teoretických směrů v USA.

K Holmesově nesporné autoritě mezi všemi směry a školami právní teorie USA je nutné poznamenat, že tato autorita nebyla dána tolik jeho teoretickými výboji, jako jeho postavením jako dlouholetého velmi populárního soudce nejvyššího soudu. V této funkci, kterou zastával dlouhé desítky až do počátku třicátých let, si získal značnou, masovou popularitu, která zdá se, zastiňovala leckdy z různých důvodů i popularitu předsedy nejvyššího soudu. Vlastní jeho teoretické práce, poměrně nerozsáhlé,²⁷⁾ se dostalo významu zřejmě zprostředkovaného přes jeho osobní popularitu.

3. Zkoumejme nyní vzájemný poměr a vliv směru právního realismu a sociologické školy.²⁸⁾

Sociologická škola, jejímiž vůdčími představiteli jsou R. Pound, Cardozo, Stone, je o tři, snad čtyři desetiletí starší nežli realismus. Základem jejího programu bylo zkoumání toho, jaké je skutečné, v životě působící právo („law in action“) ve vztahu k soustavě právních pravidel, považovaných formálně za platná („law in books“).²⁹⁾

Rozdíl mezi „law in action“ a „law in books“ je vlastně programově sledován jak sociologickou školou, tak právními realisty i když každým směrem z poněkud jiného zorného pole, jiných výchozích hypotéz a s jinými cíli.

Výchozí hypotéza sociologické školy je, že „knižní právo“ se sice někdy liší od „práva v činnosti“, že však mezi oběma je úzký vztah. Zkoumá pak dále v kterých případech tomu tak je, kdy tedy „law in books“ vyžaduje zpřesnění. Kromě toho si tento směr vytyčuje úkol zkoumat proč, z jakých

²⁶⁾ O. W. Holmes: „The Path of the Law“, 10 Harvard Law Review, str. 457 a násl.

²⁷⁾ V jeho celé tvorbě nenalézáme soustavnější výklad o samé teorii práva. Některé úvahy jsou obsaženy v úvodních výkladech obsírnější práce „Common Law“ (1882), která se však zabývá výkladem platných institucí angloamerického práva, jiné jeho úvahy jsou pouze roztříštěné v jednotlivých článcích, s výjimkou několika méně průkazných úvah je podstata jeho názorů obsažena v citovaných výroci. Přitom je ovšem třeba chápat, že jeho teorie se projevuje prakticky v jeho soudním rozhodování a v konkrétním zdůvodňování rozhodnutí, popřípadě v četných „dissenting opinio“, kde ze svých teoretických pozic, mlčky předpokládaných, vyvádí praktické závěry.

²⁸⁾ Sociologická škola, není nazývána jednotně. Je nazývána rovněž „Harwardskou školou“, „sociologickým idealismem“, nebo „teorií společenského zájmu“.

²⁹⁾ R. Pound: „Scoop and Purpose of Sociological Jurisprudence“. 24 Harvard Law R., 1911.

příčin došlo k rozdílům, a ještě širší cíl, zkoumat, jaká by vzhledem k potřebám buržoazní společnosti měla být právní úprava.

Výchozí hypotéza realistů je naproti tomu, jak jsme již uvedli, že skutečné rozhodování soudů a administrativních orgánů není v podstatě vůbec kontrolováno formálně stanovenými právními pravidly, ale faktory jinými.

Starší sociologický směr je proto realisty kritizován, že opomenul nutnost korigovat nebo změnit svou základní hypotézu ve světle fakt soudobé aplikace práva v USA.

Realisté jsou naproti tomu harvardskou školou, zejména Poundem kritizováni za přehlížení skutečnosti, že fakta podporující hypotézu, že „law in action“ závisí jen v nepatrné míře na formálně přijatých právních normách, lze zjistit pouze v malém úseku úpravy společenských vztahů pomocí práva. Přes zdůrazňování těchto rozdílů musí být oba směry posuzovány jako velmi příbuzné, právě pro důkaz kladený na zkoumání aplikace práva. Zejména nelze obejít vzájemný vliv obou směrů a značné přiblížení části realistů pozicím sociologické školy ve čtyřicátých a padesátých letech.³⁰⁾

4. Mezi filosofickými směry, které měly vliv na právní realismus, nalezneme výčet módních buržoazních škol posledních desetiletí. Pragmatismus, behaviorismus, sémantismus, neopositivismus i agnostivismus je možno prokázat jako filosofický podklad základních tezí právního realismu, H. Oliphant je behaviorista, Frank se vyznává ze svých sympatií k sémantismu.

Jedním z důležitých filosofických východisek kritizované školy je pragmatismus. Pragmatismus ovlivňoval už O. W. Holmese, který spolu se zakladatelem tohoto filosofického směru Ch. S. Peircem a jinými založil v sedmdesátých letech minulého století v Harvardu „Metafyzický klub“. Zde Peirce v roce 1872 přednesl svou přednášku: „How to make our ideas clear“, později v r. 1878 publikoval: Holmes tedy byl seznámen s pragmatismem a do jisté míry z něj vycházel daleko dříve, nežli se počátkem dvacátého století tento směr stal v USA populárním. Nepřímo, prostřednictvím Holmesovy autority pak byla pragmatismem ovlivňována celá americká jurisprudencí období imperialismu. V tomto směru tedy je realismus, stejně jako ostatní směr soudobé právní teorie v USA pragmatismem hluboce ovlivněn. Pragmatismus není však filosofickým vlivem výlučným.

Realismus naopak přímo přiznává svůj filosofický eklekticismus.³¹⁾

³⁰⁾ Tuto příbuznost obou škol zdůrazňují i někteří buržoazní autoři. Tak Stone nedělá příliš velký rozdíl mezi oběma školami, i když poukazuje na tvrdou polemiku hlavních představitelů obou směrů, a považuje obě školy za součást sociologizujícího proudu americké jurisprudence. Srovnej Stone: „The Province and Funktion of Law. A study in jurisprudence“. Harvard University Press, 1955.

³¹⁾ Srovnej: Llewellyn: „On Philosophy in American Law“. University of Pensyl. Law Review, sv. 82, 1934, str. 1212. Jerome Frank, předmluva k 6. vydání „Law and the Modern Mind“ (1949), str. 17.

§ 4. METODA A VÝCHOZÍ ZÁSADY PRÁVNÍHO REALISMU

Právní realismus vychází z tvrzení, že určitost práva je mythus. Právo prý není určité, jak ukazuje řada případů (alespoň v USA), není soustavou předem stanovených pravidel. Tento teoretický závěr se ovšem pokouší vyvrátit jednu ze stěžejních zásad buržoazní zákonnosti.

Z uvedeného teoretického přístupu nás neudiví odtud plynoucí přehlížení a přímé odmítání platných právních norem a přesouvání těžiště pozornosti na samotný proces rozhodování.

Jestliže shrneme to, co bylo dosud řečeno, a zároveň předejdeme výklady následující, můžeme shrnout výchozí zásady a metodu právního realismu.

1. Realismus dospívá k odmítnutí některých zásad buržoazní zákonnosti, zejména odmítnutí tradičních zásad metody analytického pozitivismu.

2. Teoreticky proklamuje, že není třeba zjišťovat

a) co stanoví právní pravidla,

b) co by měla stanovit právní pravidla,

ale je třeba pouze zjistit „realitu“, to jest, jak skutečně rozhodne soud, případně administrativní orgán, a jak bude nejvýhodnější v zájmu svého klienta postupovat právní poradce.

Právní realismus odmítá právní normu, a na její místo staví státním orgánem vydaný individuální akt, přesunuje základ studia právních jevů do popisu individuálních rozhodnutí, fakticky bez souvislosti s formálně „platnými“ právními normami.

3. Realismus klade důraz na praktickou stránku právních individuálních aktů a postupu v právních otázkách — teorie má vyjít z potřeb praktiků a vytvářet „Lawyer's Law“.

4. Pro realisty je příznačná shoda v konstatování, že z precedentu vyzvojuje právní důsledky pouze soud, který jej aplikuje, proto vázanost precedentem je pouze mlhavá, nebo vůbec minimální.

5. Soud rozhoduje na základě různých faktorů, přičemž faktory právní mají pouze rovnocennou a v pojetí některých realistů podružnou úlohu.

Jako faktory se uvádějí

a) praxe obchodního a společenského života,

b) faktory ekonomické,

c) faktory politické,

d) faktory právní,

e) faktory etické a morální,

f) psychologické faktory osoby soudce.

6. Právní realismus není pouze teoretická doktrína, ale významný faktor, ovlivňující platné právo. To je dáno jednak povahou angloamerického práva, analysovanou již v předchozím výkladu, jednak skutečností, že mezi teoretiky a přívrženci právního realismu byli soudci rozhodujících federálních soudů.

7. Právní realismus je širokým buržoazním útokem směřujícím svými důsledky k oslabení buržoazní zákonnosti. Zatímco evropské teorie, uvolňující ruce soudci, zůstávají povětšinou omezeny na oblast soukromého práva, právní realismus toto omezení nezná a zahrnuje v důsledku povahy angloamerické právní kultury stejně trestní a správní právo, tedy oblast politicky mnohem závažnější.

Právní realismus tedy dospívá k zásadní problematice závaznosti právních norem. V realistickém pojetí je tedy to, co učiní státní orgán vždy právem, právo je to, co a jak rozhodly soudy a správní orgány.

Nebo-li jak potvrzuje Stone „výchozí realistická hypotéza je, že činnost soudů, zákonodárců a administrativních orgánů není určována a kontrolována právními pravidly, tak jak je lze nalézt v autoritativních materiálech, ale faktory jinými.³²⁾

8. Význam právního realismu je dán jeho v podstatě radikálním charakterem, jeho útokem proti principům buržoazní zákonnosti, svým obsahem je nebo byl nejdůslednějším a nejotevřenějším teoretickým popřením existence a dokonce i možnosti buržoazní zákonnosti v pojetí analytického pozitivismu.

Nelze přitom dostatečně zdůraznit, že není pouze teorií, ale že pro charakter tvorby a aplikaci práva ve Spojených státech mohl mít praktické důsledky v činnosti státních orgánů.

Postoj právních realistů k buržoazní zákonnosti přitom prošel vývojem v závislosti na vývoji společnosti v USA.

Přitom právní realismus se nikdy nestal všeobecně přijatou nebo převládající angloamerickou teorií. I v samotných Spojených státech, kde realismus nabyl největšího vlivu, nikdy nepřevládl. Llewellyn proto konstatuje: „Mé názory nesmějí být považovány za typické pro naše americké právní myšlení, ale spíše za typické pro určitou, stále vzrůstající menšinu.“³³⁾

„Realistické“ pojetí tvorby a aplikace právní normy však značně ovlivnilo svým pojetím celou soudobou americkou jurisprudenci, a to i autory, kteří se od realismu distancují nebo jej odmítají.³⁴⁾

Přejdeme nyní k podrobnějšímu rozboru základních tezí právního realismu.

³²⁾ Dále též: „Law ... is what officials do and what officials do, not what they say they do, or what the books say they do or ought to do, is law“. Stone: „The province and funktion of law“, 1950, str. 416.

³³⁾ K. Llewellyn: „Präjudizienrecht und Rechtsprechung in Amerika“. Lipsko 1933, str. 23.

³⁴⁾ Tak profesor Harvardské university Mehren, který jinak realismus nepřijal, tvrdí v r. 1955: „The approach of American courts to the decision of concrete cases is a complex problem which cannot be comprehended in the single formula of stare decisis. A full analysis of the problem would require, among other things, a consideration with a view to determining their effect upon the judicial process, of American legal education, the manner in which American judges are recruited and their social position, and the handling of the factual side of cases.“ (Harvard L. R. 69) — 1955 — str. 403 násl.

Tvorba právní normy v teorii právního realismu

§ 1. POJEM PRÁVA V TEORII PRÁVNÍHO REALISMU

Zkoumaná teorie fakticky vylučuje právní normy z pojmu práva. Tuto skutečnost se pokusíme prokázat na podrobnějším rozboru názorů přívrženců právního realismu v této problematice. Jerome Frank ve svém teoretickém vymezení pojmu práva ponechává vůbec stranou právní normy, a omezuje výměr „práva“ na platné rozhodnutí konkrétního sporu a předvídání tohoto rozhodnutí. Důsledek takového pojetí ovšem je, že právní vztah prý vždy existuje až po vynesení platného rozsudku, a do té doby existuje jako pravděpodobný nebo možný.

Frank definuje právo zcela pragmaticky výhradně ve vztahu k subjektu právního vztahu, soudci a právnímu poradci. Objektivní, na jejich vědomí a činnosti nezávisle existující závazné právní normy popírá: „Pro konkrétní osobu je právo ve vztahu k určité skutkové podstatě rozhodnutí soudu ve vztahu k této skutkové podstatě... Dokud soud o určitém případě nerozhodne, neexistuje pro tento případ právo.

Dokud není o věci rozhodnuto, jediné co je možno považovat za právo je mínění, odhad právníků co do práv této osoby vzhledem k daným skutkovým okolnostem. Toto mínění však není totožné s právem („actual law“), ale je pouhým odhadem toho, jak soud rozhodne.“¹⁾

Odtud dovozuje, že v pojmu práva vlastně není místa pro právní normy: „Právo je tedy vzhledem k určitému případu buď a) „actual law“, tj. platné rozhodnutí tohoto případu, nebo b) pravděpodobné právo, tj. předpověď (Guess) budoucího rozhodnutí.“

Frank tím vlastně zásadně popírá možnost, že by vůbec mohla být uplatněna a dosažena buržoazní zákonnost. Buržoaznědemokratická zásada „a government of laws and not of men“, na základě níž je právní norma považována za danou, rozhodnutí musí být na ní založeno a tudíž musí být předvídatelné, je pro něj založeno na mythu.²⁾ Zásady odtud vyplývající proto popírá.

Stejně zásadně popírají význam právní normy ostatní přívrženci realismu. Llewellyn pochybuje, zda lze vůbec z toho, co se označuje za právní pravidla, odvodit rozhodnutí konkrétního případu, a vyslovuje proto pře-

¹⁾ Frank: „Law and the Modern Mind“, London 1949, str. 46.

²⁾ Srovnej: J. Frank: „Law and the Modern Mind“, London 1949 (6. vydání).

svědčení, že vlastně v USA neexistuje právní věda, že zatím existuje pouze určité praktické životní umění v právní praxi, ze kterého by snad jednou mohla být vybudována věda.³⁾

Z toho, co dále Llewellyn uvádí, jako metodu zkoumání praxe soudů vyplývá, že míní zkoumat zejména neprávní a mimoprávní faktory v rozhodování soudce.

Rovněž Corbin říká: „Každý vztah právní mezi lidmi může být vysvětlen jako předpověď toho, jaké bude za určitých daných okolností chování společnosti, jednající svými orgány ... základnou takové předpovědi je:

1. znalost předchozího soudního rozhodování a zákonodárství,
2. osobnost a životní zkušenosti soudců, kteří rozhodují o případu,
3. znalost převládajících mravů daného údobí.“⁴⁾

Corbin tedy redukuje zásadu legality na jeden ze tří faktorů, který po případě přichází v úvahu při rozhodnutí; přičemž teoreticky nechává zcela otevřenou otázku v jakém rozsahu a kdy jsou rozhodující další dva minimální nebo protiprávní faktory. Tato labilita přirozeně stírá význam závaznosti právních pravidel.

Stejně W. W. Cook tvrdí o právních pravidlech: „Jako právníci chceme znát, jak se určité úřední osoby — soudci, zákonodárci a jiní — chovali v minulosti, abychom mohli předvídat jejich pravděpodobné chování v budoucnosti. Naše určení ‚práva‘ určitého státu jsou proto ‚pravdivá‘ jestliže přesně a co nejjednodušeji popisují minulé chování a předvídají budoucí rozhodování těchto orgánů společnosti.“⁵⁾

„Praktický právník ... se pokouší předvídat budoucí výsledky. To, co si přeje vědět je ... jak určitý počet lidí, z nichž sestává nejvyšší soud rozhodne, bude-li řešit případ jeho klienta.“⁶⁾

Tento přístup k odhalení pravidelností ovšem apriorně resignuje na zásady buržoazní zákonnosti. Pravidla takto sociologicky nebo psychologicky zjištěná mohou nejvýše ukázat, jak soudcové a jiné státní orgány, bez ohledu na platné právo, řešily věci v zájmu buržoazie (respektive monopolů) a jejich spojenců. Důsledně provedena vedou pak ke zkoumání rozhodování jednotlivých konkrétních soudů a jednotlivých soudců.⁷⁾ Ukázali jsme již ve výkladech předchozích, proč tento přístup k rozhodování nejvyššího soudu se objektivně vnucuje a je také prováděn nejen přívrženci teorie právního realismu.

Z těchto teoretických pozic však právním realistům není daleko k závěru, že není-li právo souhrnem právních pravidel, která jsou vlastně fikcí, a jsou-li jednotlivá platná rozhodnutí soudu ztěží předvidatelná, je a musí

³⁾ Srovnej: K. Llewellyn: „Präjudizienrecht und Rechtssprechung in Amerika“, Lipsko 1933, str. 9—10.

⁴⁾ Corbin: „44 Law Quarterly Review“, str. 28—29.

⁵⁾ Cook: „33 Yale Law Journal“, str. 457—475.

⁶⁾ Cook: „Scientific Method and the Law“. 13 American Bar Association Journal, str. 303—308.

⁷⁾ Někteří realisté svou otevřeností přitom nutně musí uvádět apologety soudobého imperialistického státu do rozpaků. Frank považuje korupci soudců v USA za daný faktor, se kterým se nutno velmi bedlivě počítat: „Indeed the dishonesty of judges and other governmental officials is a proper subject-matter for study by lawyers. That a certain judge is corrupt is highly important to the honest lawyer and his client“ (Frank: „Law and the Modern Mind“, str. 146).

být podstata práva v samotném oprávnění soudního orgánu rozhodnout spornou otázku. K tomuto závěru zkoumaná teorie skutečně dochází: „*Právo je moc rozhodovat, závazně řešit konkrétní spory...*“ „Z hlediska práce právního poradce může být právo definováno jako existující rozhodnutí... a předpovědi budoucích rozhodnutí. Z hlediska soudce může být právo definováno jako proces rozhodování, nebo moc vydávat rozhodnutí.“⁸⁾

Rovněž podle názoru Leona Greena je právo „moc vydávat rozhodnutí prostřednictvím určitých politických orgánů k zajištění sociální kontroly... kontroly chování našich spoluobčanů i nás samých.“⁹⁾ Teoretická teze,¹⁰⁾ že právo je redukováno na oprávnění soudu vydat státní mocí vynutitelné rozhodnutí, je ovšem závěrem, který nejenom umožňuje, ale vlastně výslovně možnost likvidace buržoazní zákonnosti konstatuje.

Shrme-li nyní výsledek zkoumání realistických názorů na podstatu práva docházíme k závěru, že právní realismus prvního období svého vývoje odmítá zcela, nebo zčásti závaznost a tím i význam právní normy, a dále, že teoreticky prohlašuje za obsah práva jakékoliv rozhodnutí soudních, případně i ostatních státních orgánů.

§ 2. PRÁVNÍ NORMY A JEJICH VÝZNAM V TEORII PRÁVNÍHO REALISMU

Jestliže v pojetí teorie právního realismu právní norma neváže soud, je třeba ještě zkoumat další otázku, totiž zda jiné mimoprávní faktory působí na rozhodování soudů tak, že by je usměrňovaly do pravidelného, předvídatelného rozhodování. Jde tedy v podstatě o otázku, zda lze zjistit jiné „mimoprávní“ zákonitosti a pravidla, podmiňující a určující rozhodnutí.

Většina realistů takovou možnost původně nepřipouštěla. Tak Frank popírá, že by právo mohlo být zcela určité, naopak tvrdí, že je a musí být značně neurčité:

„Právo, jak je známe, je nejisté, neurčité, nepředvídatelně se mění...“

„... právo, musí být více méně neurčité, experimentální...“ „značná část nejistoty práva není nevhodná, naopak, je společensky velmi cenná...“¹¹⁾

V realistickém pojetí právních norem vyplývá jaksi ze samé jejich podstaty nemožnost a nesmyslnost klasických zásad buržoazní zákonnosti. Jestliže jsou právní normy neurčité, jestliže nemohou být spolehlivým vodítkem pro rozhodování jednotlivých případů, jaký by mělo smysl prohlašovat jejich přísnou závaznost, prohlašovat, že soudce je při rozhodování vázán právní normou? Frank odtud také vyvozuje důsledky a prohlašuje samotnou možnost existence buržoazní zákonnosti za základní iluzi.

Jaký význam tedy přikládají právní realisté právním pravidlům? Do značné míry je pokládají za fikci. Frank prohlašuje: „... jaká je tedy úloha právních pravidel? Viděli jsme, že slouží především k tomu, aby umož-

⁸⁾ J. Frank: „Law and the Modern Mind“, str. 274.

⁹⁾ L. Green: „The Duty Problem in Negligence Cases“.

¹⁰⁾ J. Frank: „Law and the Modern Mind“. New York 1930, str. 5 a 7.

¹¹⁾ J. Frank: „Law and the Modern Mind“, str. 11.

ňovali soudcům formálně zdůvodnit — racionalizovat — rozhodnutí, k nimž dospěli jinou cestou.¹²⁾

Tyto vývody, říká Frank, nás musí přesvědčit, že právo je něco jiného, než pravidla a principy a vedou k závěru, že rozhodujícím faktorem práva je pouze osobnost soudce.¹³⁾

Při aplikaci na určitý případ, musí být pravidla brána s plným pochopením jejich mlčky předpokládané podstaty, jejich čistě „pracovního“ charakteru.¹⁴⁾

Tím se ovšem v nauce dovozuje, že v samé podstatě právní úpravy pramení nemožnost zákonnosti a vůbec právní úpravy chování subjektů pravidly. Nemožnost vytvoření prakticky účinné právní normy se pak vyvozuje jako zásadní postulát právní vědy a praxe. Neurčitost a nestabilita rozhodování obdobných případů se prohlašuje ne za nedostatek v konkrétní právní soustavě, ale za nedostatek, který je v samé podstatě práva vůbec.

Obdobně argumentuje Llewellyn, avšak s omezením na soudy vyšší instance, že totiž téměř všechny případy, které jsou projednávány nejvyšším soudem, mohou být bez větších právních obtíží rozhodnuty právě tak dobře ve prospěch žalobce, jako žalovaného.¹⁵⁾

Llewellyn však již na rozdíl od jiných realistů, zejména Franka, konec konců směřuje k zjišťování pravidelností za rozhodnutími soudů, k zjištění „reálných pravidel“. Rozhodnutí soudu je v jeho pojetí rovněž za daného stavu nepředvídatelné na základě právních pravidel; neodmítá však možnost zjištění pravidelností v rozhodování soudu a tak zmenšení, případně odstranění „právní“ nejistoty. Příčinu neurčitosti vidí tedy v stávajícím stavu americké právní soustavy, ne v samotné podstatě práva a jeho aplikace.

Není však sporu o tom, že všichni realisté se shodli v názoru, že za současného stavu praxe a teorie je právo neurčité a rozhodnutí nepředvídatelné. Právní norma je pak pokládána buď za bezvýznamnou vůbec, nebo bez valného významu za současného stavu praxe a teorie.

Tyto teoretické názory realismu by důsledně uplatněny musely vést k naprostému podlomení zákonnosti.

§ 3. K PROBLEMATICE POSTAVENÍ SOUDU JAKO ORGÁNU TVORBY PRÁVNÍ NORMY

Angloamerická teorie prošla v otázce postavení soudce od konce 18. století dlouhým vývojem. Nejprve bylo rozhodně popíráno, že by soudce tvořil právo. Tato tradiční doktrína, nejdůrazněji zformulována Blackstonem, v podstatě ovládá angloamerické právní myšlení do druhé poloviny deva-

¹²⁾ J. Frank: „Law and the Modern Mind“, str. 130.

¹³⁾ J. Frank: „Law and the Modern Mind“, str. 167.

¹⁴⁾ K. Llewellyn: „Präjudizienrecht und Rechtssprechung in Amerika“, Lipsko 1933, str. 8.

¹⁵⁾ K. Llewellyn: „Präjudizienrecht und Rechtssprechung in Amerika“, Lipsko 1933, str. 11.

tenáctého století. Blackstone vydává svou práci „Commentaries on the Laws of England“ poprvé v roce 1765. Tato obšírná práce zahrnuje výklad celé anglické právní soustavy, a byla dlouho, spolu s úvodním teoretickým výkladem podstaty, tvorby a aplikace práva základem veškeré anglické jurisprudence. Na základě Blackstona byly vydávány po celé devatenácté století doplňující výklady a dodnes je Blackstone citován jako autorita.

Podle Blackstonovy teorie soudce nemůže „tvořit“ právo, ale pouze zjišťuje a aplikuje právní normy, které již existují. V tomto pojetí je velmi ridigní a konstatuje, že soudce „přisáhá rozhodovat ne podle svého vlastního názoru, ale podle platných zákonů a obyčejů země“.¹⁶⁾

V anglické teorii poprvé kritizuje tento uznávaný Blackstonův názor Austin ve svých „Lectures on Jurisprudence“. Austin tyto své názory vložil v letech 1828–1832 na nově založené londýnské universitě – University College. Měl však pouze několik žáků (v jednom roce dokonce pouze pět) a jeho názory zůstaly neznámy. Teprve o třicet let později, když byly jeho přednášky znovu vydány pod titulem „Province of Jurisprudence Determined“ v roce 1863 a když na ně později upozornil J. S. Mill a Maine, stávají se Austinovy názory známé a navazuje na ně řada autorů, kteří rozvinuli školu analytické jurisprudence. Názory analytické jurisprudence začaly postupně koncem 19. století v angloamerické jurisprudenci převládat.

Analytická jurisprudence vychází ve zkoumané otázce z Austina, který konstatuje, že část práva je tvořena zákonem a nižšími normativními akty, avšak část právních norem soudcem. Soudce může stanovit nové pravidlo pouze v případech, na něž nedopadají ani normativní akty, ani dřívější precedenty. Podle názorů analytické jurisprudence nemůže však měnit dřívější právní pravidlo, a to ani tehdy, jde-li o pravidlo tvořené dřívějším soudním precedentem.

Jistě jenom ztrnulostí anglického právního myšlení je možnost vysvětlit, že do očí bijící skutečnost, že v určitých oblastech práva a v určitých mezích angloamerický soudce tvoří právo, je teoreticky obecněji uznávána až v poslední čtvrtině 19. století.

Nové teoretické pojetí znamenají názory Grayovy, který tvrdí, že vůbec všechna právní pravidla, bez výjimky, jsou tvořena soudci. Odtud je zároveň vyvozován závěr, že soudce nejenom tvoří nové právo, ale může rovněž změnit staré právní pravidlo. Gray si však vůbec nepřipouští pochyb, že jde o zásah a změny, které znamenají zase vytvoření nové soustavy právních pravidel; podle jeho pojetí po aktu soudní tvorby práva máme znovu co činit s novou, pozměněnou soustavou právních pravidel.

Teprve právní realismus popírá obecný charakter závaznosti precedentu a právních norem. Za právo považuje jedině rozhodnutí soudu ve vztahu k rozhodovanému případu. Soudní činnost se tak stává centrem veškerého práva, které je v podstatě prohlašováno za oprávnění státního orgánu závazně rozhodnout.

¹⁶⁾ Blackstone, Commentarii, Oxford 1775, str. 69. Blackstone tuto svou myšlenku vyjadřuje i jinak: „judges are not delegated to pronounce a new law, but to maintain and expound the old law“.

Aplikace právní normy v teorii právního realismu

§ 1. TEORIE PRÁVNÍHO REALISMU O NEURČENOSTI A NEPŘEDVÍDATELNOSTI ROZHODNUTÍ

Teorie aplikace právního realismu je úhelným kamenem zpochybňování právní jistoty a buržoazní zákonnosti. Rozhodující většina přívrženců právního realismu se shoduje v tom, že rozhodnutí v konkrétním sporu není ani vázáno, ani určeno právní normou, nýbrž že soudce rozhoduje v podstatě, nebo alespoň v rozhodující míře svobodně. Právní norma pak slouží zástěrkou pro formální zdůvodnění rozhodnutí, a může snad popřípadě mít význam jako jeden z faktorů, který ovlivní soudcovo rozhodnutí.

Odtud pak vyplývá obecný poznatek, že teorie právního realismu popírá nejobecnější předpoklad buržoazní zákonnosti. Přitom lze jasně odlišit mezi vůdčími teoretickými představiteli realismu skupinu, která tento stav pouze přiznává jako existující, a skupinu, která vlastně vyzývá pracovníky státního aparátu, aby si dosah svých možností uvědomili, a plně, dokonaleji je v zájmu monopolistického kapitalismu využívali.

O tom bude podrobněji podán výklad dále.

Zvlášť útočně vystupuje v prvním období realismu Jerome Frank, jehož výklady učiníme východiskem zkoumání, neboť jeho argumentace v této otázce jsou mnohem zevrubnější a výraznější, než obdobné výklady realistů ostatních.

Frank zcela otevřeně vyzývá soudce, aby si uvědomili, že v samé podstatě soudního rozhodování spočívá možnost úvahy a nedbání pravidel. Zmíněný autor s politováním vykládá, že tehdy, když soudce rozhoduje na základě volné úvahy se tuto skutečnost většinou snaží zakrýt. Ale naopak prý „právě oprávnění individualisovat a soudně tvořit právo je právě podstata jejich funkce...“¹⁾

Z těchto vývodů mu pak vyplývá závěr, že „soudcové se musí oprostit od této závislosti na neexistující opoře a musí se naučit znát hodnotu, moc a praktickou cenu vlastní autority“.²⁾ Tuto obecnou tezi, že soudce musí a má rozhodovat co nejsvobodněji, co nejméně brát v úvahu právní pravidla, lze doložit na řadě vývodů z ranějších Frankových prací: „Právo není stroj a soudce není řidič stroje... nikdy nebyla a nikdy nebude sou-

¹⁾ J. Frank: „Law and the Modern Mind“, str. 121.

²⁾ J. Frank: „Law and the Modern Mind“, str. 121.

stava pevně stanovených a předem určených pravidel stejně vhodných pro všechny.“³⁾ „... zvláštní okolnosti téměř každého případu jej činí ‚nepředvídatelným případem‘, kde žádné pevně stanovené pravidlo autoritativně nemůže předurčit rozhodnutí.“⁴⁾

Soudce má použít pravidel k tomu, aby do nich vtěstnal rozhodnutí, a nelze-li tak bez zjevných obtíží, má bez obav volit cestu odvržení starého „pravidla“.⁵⁾

O možnosti zjistit pravidelnost rozhodování se tedy tento autor vyjadřuje v podstatě odmítavě. Když parafrázuje Holmesův názor na aplikaci práva, přiznává ovšem, že se přirozeně soudce nemůže řídit zcela svým rozumem a že tedy přece jen odvozuje své závěry z mnoha faktorů, mezi nimiž jsou i zákony, obyčej a pravidla, jež stanovily soudy při rozhodování sporů. Dále Frank tvrdí, že pravidla jsou v rukou soudu velmi povolným nástrojem, „neboť přece pravidla jsou pouhá slova a tato slova mohou nabýt významu jedině v rozhodnutí; je na soudu, aby rozhodl, co tato pravidla znamenají, ať už jsou obsažena v zákonu, nebo v precedentu jiného soudu“.⁶⁾ Pravidla vytvářená státními orgány jsou proto považována pouze za vágní technickou rekvizitu právní praxe, jejíž skutečný význam je velmi omezený.

Právní normy, nebo jakákoliv pravidla zobecňující jak ve skutečnosti rozhodoval určitý soud, nijak nemohou podle Frankova pojetí pevně určovat budoucí rozsudky. Určité pravidelnosti lze snad, argumentují realisté, v rozhodování soudů zjistit. Ale takové pravidelnosti nemají v podstatě v pojetí realistů nic společného s právními pravidly, která by byla pro soudce závazná: „Činnost soudce spočívá v rozhodování sporných případů. Soudcové, nebo třetí osoby studující jejich činnost, mohou tvořit generalizace z těchto rozhodnutí... mohou se snažit nalézt společné prvky rozhodnutí... a popisovat společné prvky jako ‚pravidla‘“.⁷⁾ Ale žádná pravidla, říkají realisté, ať už označovaná jako právní, sociologická, psychologická atd. nejsou závazná a nic nemůže soud donutit k tomu, aby se jimi řídil, aby podle nich rozhodoval: „pravidla nemohou přímo rozhodnout žádný konkrétní případ, ani autoritativně donutit soudce, aby rozhodl tento případ nějakým stanoveným způsobem ani neumožňují právním poradcům dosáhnout toho, aby soudcové rozhodli daný případ podle nějakého stanoveného způsobu, ani jim neumožňují nepochybně předvídat, jak soudcové budou rozhodovat ten který konkrétní spor.“⁸⁾

Z této argumentace o povaze právních norem dospívá Frank k závěru, že soudce v systému precedentu není vázán, a odtud dovozuje, že je v podstatě jeho funkce, aby každé jeho rozhodnutí bylo zcela nové „tvořivé“, na základě toho, jak soudce zhodnotí skutkovou podstatu a jaké rozhodnutí

³⁾ Frank J.: „Law and the Modern Mind“, str. 151.

⁴⁾ J. Frank: „Law and the Modern Mind“, str. 120.

⁵⁾ Dále J. Frank tvrdí: „Case rules are no more law than statutes are law. For after all, rules are merely words and these words can get into action only through decisions. It is for the courts in deciding any case to say what the rules mean...“

J. Frank: „Law and the Modern Mind“, str. 125.

⁶⁾ J. Frank: „Law and the Modern Mind“, str. 127.

⁷⁾ J. Frank: „Law and the Modern Mind“, str. 128.

⁸⁾ Srovnej: Frank: „Law and the Modern Mind“, str. 131.

považuje za vhodné. Takové rozhodnutí pak soudce učiní přijatelným tím, že je odůvodní nějakými právními důvody, opírajícími se pokud možno o libovolný precedent. Toto právní zdůvodnění je však v realistickém pojetí pouze post factum argumentace. Právní pravidla vystupují tak pouze v roli jakési maškarády, kterou je přikrývána libovůle buržoazního soudce.

Srovnejme jak otevřeně se v této otázce realisté vyjadřují: „*Jeho rozhodnutí je prvotní; pravidla na něž se možná odvolá jsou nahodilá . . .*“ „*Právo proto sestává z rozhodnutí, ne z pravidel. A proto kdykoliv soudce rozhoduje případ, tvoří právo.*“⁹⁾

Znovu tedy z této argumentace vyplývá, že soudce není vázán právními pravidly; někteří realisté označují přímo za bázlivé soudce, kteří to nepřiznávají. Právní pravidlo je pouhá vágní formalita.

Právní normy slouží jen formálnímu podepření soudcova rozhodnutí, k němuž přišel jinou cestou. Frank argumentuje tak: soudce zváží, jak má rozhodnout, pak určí rozsudek, pak zjistí, zda existuje precedent, který odpovídá rozhodnutí; je-li, odůvodní jím rozhodnutí. Není-li nalezen precedent, o který by bylo možno opřít rozhodnutí, soudce prohlásí, že případ je nový, dosud precedentem neřešený, a stanoví nové pravidlo.¹⁰⁾ Odtud vyplývají velmi široké možnosti státních orgánů a to i v mezích, daných nikoliv jen obecným zájmem buržoazie. Jestliže tedy právní pravidla nemohou odůvodnit, ani přesně předem určit rozsudek soudu, a slouží pouze post factum k jeho odůvodnění, kde lze hledat skutečné příčiny a důvody rozhodnutí? Odpověď je různá u různých realistů. Frank nalézá zdůvodnění v osobnosti a psychologii soudce. Mluví o „silném emocionálním elementu“¹¹⁾ a věnuje část své práce „*Law and the Modern Mind*“ vysvětlení procesu aplikace jako psychoanalytického procesu.

Je jisté, že osobnost soudce nelze v rozboru procesu aplikace pominout, ale uznává realismus vůbec meze rozhodování, které by vymezovaly alespoň základy buržoazní zákonitosti? Frank takové určení odmítá a dovozuje: „Soudce, při určování co je právem pro řešený případ musí volit a vybírat a je skutečně nemožné určit meze jeho volby a výběru.“¹²⁾

Frank pak zcela důsledně dovádí svou teorii k závěru, že rozhodování se musí lišit podle toho, který soudce rozhoduje: „Je-li osobnost soudce hlavním faktorem aplikace práva, potom se právo může lišit podle toho, který soudce rozhoduje spor. Kolik variací existuje v rozhodování soudců, není možné za současného stavu odhalit . . .“¹³⁾

Soudce tedy v pojetí právního realismu není vázán právní normou, a třídní podmíněnost jeho rozhodování je natolik ovlivněna rozdílnou osobností jednotlivých soudců, že z ní nevyplývá pravidelnost rozhodování. To ovšem nezbytně vnučuje otázku, zde se vůbec kategorie osob, která rozhoduje v soudních orgánech, může nazývat soudcem v běžném slova smyslu; nyní se dovíme, že realismus tuto otázku odpovídá záporně: „Soudce je při nejlepším arbitr, rozumný muž, který se snaží stanovit právo tím, že používá moudré volnosti rozhodování ve vztahu k specifickým okolnostem

⁹⁾ J. Frank: „Are Judges Human?“ 80 University of Pal. Law Review (1931).

¹⁰⁾ Srovnej: Frank: „Law and the Modern Mind“, str. 361.

¹¹⁾ J. Frank: „Law and the Modern Mind“, str. 138.

¹²⁾ J. Frank: „Law and the Modern Mind“, str. 138.

¹³⁾ J. Frank: „Law and the Modern Mind“, str. 111.

řešeného případu... není tedy tomu tak, že by našel, nebo určil nějaké obecné pravidlo, které by aplikoval na skutečné okolnosti řešeného případu...“¹⁴⁾

Frank zastává názor, že strach před právní nejistotou vede k teoretickému odmítnutí soudcovy volnosti, ale dovozuje, že k takovým teoretickým vývodům nic neopravňuje, protože ústřední skutečností výkonu soudnictví je právě arbitrátní funkce soudce.¹⁵⁾

Je bezesporu zajímavé a poučné na tomto místě výkladu postavit do protikladu s realistickými názory zásady analytické jurisprudence konce 19. století. Tak Dicey říká: „Soudce, jestliže rozhoduje spor, musí jednat ne jako arbitr, ale důsledně jako soudce... Úkolem soudce je rozhodnout, ne co by mělo být v daném případě správné (what may be fair) mezi A a B, ale jaká jsou na základě určitých právních pravidel vzájemná práva mezi A a B.“ Realisté ovšem tuto pozitivistickou koncepci zcela důsledně odmítli jako neživou, jako mrtvé schema vhodné jedině k udržování iluzí.

Právě v protikladu k teoretickým pozicím analytické jurisprudence vyzývají, že soudce má rozhodnout třebaž v protikladu s tím, jaká práva a povinnosti by vyplývaly z právních norem. Přitom řada realistů se staví do pozice „prostého konstatování skutečnosti“. Tak právě Frank svou argumentaci a svou zásadní koncepci předkládá s odůvodněním, že vlastně není nová, že je pouhým otevřeným konstatováním jak ve skutečnosti soudnictví a vůbec výkon práva v USA probíhá.¹⁶⁾

Není zajisté na nás, abychom polemizovali s tímto Frankovým tvrzením o likvidaci buržoazní zákonnosti, neboť nelze nepochybovat o tom, že soudce jeho významu a praxe měl po ruce více než dostatečné praktické důkazy a tím i důvody k tomuto politicky tak závažnému tvrzení.

Se zásadními Frankovými názory se v otázce významu a úlohy právních norem do značné míry ztotožňuje většina realistů. Poněkud odlišně postupuje ve své argumentaci K. Llewellyn, který tvrdí, že soudce rozhodne napřed a to přece jen snad do jisté míry ovlivněn precedenty a teprve poté své rozhodnutí opřede právními argumenty: „o důvodnění rozsudku víme s jistotou jen tolik, že mu předchází rozhodnutí; a že odůvodnění je jenom právní zdůvodnění tohoto rozhodnutí. A dále, protože soudce je také právník, že pravděpodobně (i když ne zcela jistě) bylo částečně spoluovlivněno právními úvahami, které se odrážely v odůvodnění.“¹⁷⁾

Co může být řečeno jasněji: rozhodnutí je na úvaze soudce, může však být částečně ovlivněno právními faktory, resp. právními pravidly. A vedle toho známé už tvrzení, že se rozhodne napřed, argumenty právní se vyhledávají potom. Role logiky při aplikaci právní normy musí být ovšem pak považována za druhořadou, nebo zcela bezvýznamnou.

¹⁴⁾ J. Frank: „Law and the Modern Mind“, str. 157.

¹⁵⁾ Je zajímavé, jak se realisté stále snaží zaměnit soudce volně uvažující arbitrem. Je jisté, že při tom mají na mysli, i když to nevyjadřují verbis expressis i historickou paralelu s vývojem anglické „equity“. Realisté vlastně proklamují „equity“ všeobecné krize kapitalismu.

¹⁶⁾ J. Frank: „Law and the Modern Mind“, str. 158.

¹⁷⁾ K. Llewellyn: „Präjudizienrecht und Rechtssprechung in Amerika“, Leipzig 1933, str. 8.

Je však třeba zdůraznit, že Llewellyn zde zastává poněkud méně důsledně odmítavé stanovisko k významu právní normy než Frank a jiní, pokud uznává alespoň částečný vliv normy na rozhodnutí soudu. Zde lze hledat kořeny pozdějšího rozlišování na „rule skeptics“ a „fact skeptics“, na umírněnější a extrémnější realisty.

Dále říká Llewellyn, že precedent nemá podstatného významu pro pozdější spory.¹⁸⁾

Llewellyn se však rozchází s Frankem potud, že zásadně neodmítá možnosti zjistit určité, byť i mimoprávní souvislosti a pravidelnosti v rozhodování soudů. Není bez zajímavosti sledovat, z jakých pozic vytyčuje svou metodu zkoumání rozhodnutí soudů.

- a) zjištění, jak by měl případ být rozhodnut (kdyby se postupovalo podle zdánlivě závazné právní normy),
- b) zjištění, jak bylo skutečně rozhodnuto,
- c) klasifikace „předvidaných“ a „nepředvidaných“ rozhodnutí,
- d) klasifikace rozhodnutí podle jejich příčin.

Tak lze podle jeho názoru zjistit určité pravidelnosti, jež umožňují určité vědecké zobecnění. Llewellyn ovšem zdůrazňuje, že i pak zde budou dvě neznámé: praktické umění právních poradců obou stran a osobnost soudce.

Na základě své metody uvádí tyto typy soudních rozhodnutí:

- a) Rozsudek, který je důsledkem snahy soudce, vyvodit z normy deduktivně rozhodnutí,
- b) rozsudek, který se neopírá tolik o normu, jako o pevné právní pojmy, značně široké, které jsou vlastní tomu kterému soudci,
- c) rozsudek, který je opřen pouze o názory, ať už jakéhokoliv druhu – mravní, politické, sociálně politické, ekonomické atd.,
- d) rozsudek, jímž soudce se snaží prosadit určité sociálně politické cíle uvnitř určitých mezí, daných normami a precedenty.

Llewellyn tedy nevyklučuje radikálně jako jiní realisté, že by z právního pravidla vůbec nikdy nebyl vyvozen rozsudek, ale domnívá se, že ve velké části případů tomu prostě tak není.

Všichni realisté se však shodují v tom, že před sporem samým nelze vůbec s určitostí zjistit ani tvrdit, podle jakého pravidla a jak bude určitý spor rozhodnut.

Základní teoretické předpoklady aplikace právní normy v pojetí zkoumané teorie jsou tedy nesporně popřením buržoazní zákonnosti. Není nejmenšího sporu, že tento závěr platí jak pro radikální, tak pro umírněné realisty.

§ 2. POPŘENÍ VÝZNAMU LOGICKÉHO SOUDU V PROCESU APLIKACE PRÁVNÍ NORMY

Právní realismus zcela kategoricky popírá význam logické úvahy v procesu aplikace. Tak Leon Green tvrdí, že prý není možné přesně zjistit, jak vlastně dochází soudce k rozsudku. Způsob určení a vynesení rozsudku je

¹⁸⁾ K. Llewellyn: „Präjudizienrecht und Rechtssprechung in Amerika“, Leipzig 1933, str. 9.

prý zcela neznámý: „Proces rozhodování je tak temný, jako proces myšlení... Hrajeme si s naší právníckou technikou, používáme... slovních výrazů, jako by byly klíčem k tajemství našeho usuzování.“¹⁹⁾

Dále se Green domnívá, že rozhodnutí je docilováno ne cestou logiky, ale jakýmsi iracionálním nepoznaným způsobem: „Proces rozhodování proběhl nějakým neznámým způsobem; pouze výsledek byl vyjádřen slovně... Jako právníci soustavně klameme sebe i jiné tvrzením, že slova zdůvodnění rozsudku dostatečně zdůvodňují průběh soudního rozhodování... Někde za zástěnou právních výrazů leží laboratoře naší duševní činnosti. A ty nejsou právní.“²⁰⁾

V článku „Are Judges Human?“ tvrdil Frank, že je více než pochybné, „zda rozum hraje v soudním procesu tak významnou úlohu, jak se obvykle má za to“. Všeobecně se traduje, tvrdí Frank, „ideální“ nadlidský, bezemociální soudce. Někdy se ovšem připouští, že soudce může být ovlivněn určitou slabostí, když dovolí, aby jeho pocity se staly součástí jeho rozhodování. Ale takové případy jsou považovány za výjimečné a patologické. Ale, pokračuje Frank, chladný rozbor a pozorování ukazují, že takové „prohřešky“ (frailties) jsou normální, jsou pravidlem, ne výjimkou²¹⁾

Hessel Yntema vyjadřuje toto odmítání logiky a syllogismu jako metody aplikace normy nejdůrazněji: „Z mnoha skutečností, jež byly řečeny o otázkách soudního procesu je nejvýraznější to, že rozhodnutí je stanoveno podle pohnutek emotivních, přičemž právní pravidla a logika mají druhořadou úlohu. Funkce právní logiky a principů, které jsou v ní používány, je obdobná funkce řeči, to jest popisovat skutečnosti, které se již udály. Tyto úvahy nám musí odhalit nevhodnost obecných pravidel k tomu, aby se podle nich řídilo rozhodování.“²²⁾

Llewellyn říká obdobně kategoricky: „pomocí deduktivních závěrů z právních pravidel nelze vůbec nic přesného určit o tom, jak soud rozhodne určitý případ“.^{23, 24)}

Realismus tedy zcela odmítá význam formální logiky²⁵⁾ v procesu aplikace právní normy.^{26, 27)}

Není zajisté pochyb o tom, že ani ta soudobá buržoazní teorie a praxe aplikace, která zůstává v mezích buržoazní zákonnosti, nemůže vystačit pouhým zjištěním smyslu právní normy podle pravidel gramatických, pravidel formální logiky a srovnáním s ostatními souvisejícími normami.

¹⁹⁾ L. Green: „Duty Problem in Negligence Cases“, 28 Columbia Law Review, str. 1014.

²⁰⁾ L. Green: „The Duty Problem in Negligence Cases“, 28 Columbia Law Review, str. 1004.

²¹⁾ Srovnej: J. Frank: „Law and the Modern Mind“, str. 144.

²²⁾ H. Yntema 37 Yale Law Journal, str. 468 násl.

²³⁾ K. Llewellyn: „Präjudizienrecht und Rechtssprechung in Amerika“, Leipzig 1933, str. 9.

²⁴⁾ R. Pound dokonce ironicky tvrdí v práci: „Fifty years of jurisprudence“, že realisté „Považují neracionální elementy v soudním a administrativním rozhodování za realitu a racionální za iluzi“, str. 786.

²⁵⁾ W. W. Cook: „American Bar Association Journal“, „Scientific Method and the Law“, str. 308.

²⁶⁾ Srovnej obsáhlejší výklad J. Frank: „If Men were Angels“, New York 1942, str. 302.

²⁷⁾ Max Radin: Yale Law J. 1938, str. 115 a násl.

Pokud by tedy právní realismus kritizoval zásady krajně formální pozitivistické teorie, nebylo by mu lze upřít jistou oprávněnost. Zajisté je zcela nepřijatelné normativní pojetí procesu aplikace s jeho omezením na proces „normativního poznávání“, jež je odděleno nepřekročitelnou hranicí od poznávání společenských potřeb a od poznávání kausálního.

Má-li však zůstat proces aplikace v mezích buržoazní zákonnosti, je jeho osou a základem gramatický, formálně logický a systematický výklad smyslu právní normy. Přitom je jasno, že normu neaplikuje stroj používající formální logiky, ale soudce, třídně spjatý s buržoazní, jejíž zájmy vyjadřuje a uskutečňuje. Soudce tedy používá ke stanovení smyslu normy v určitých mezích i soudy hodnotící. Hodnotící soudy používá zejména v interpretačním procesu k volbě vhodného smyslu, dojde-li formálně-logickým postupem k dvěma, nebo několika logicky možným interpretačním smyslům. Tento postup ovšem nezbytně předpokládá výklad smyslu právní normy podle pravidel formální logiky, který je tak zároveň určením mezí, v nichž má místo hodnotící postup buržoazního soudce. Odtud vyplývá obecný poznatek, že formálně logický výklad musí být nutně základem aplikace, pokud tato má zůstat v mezích buržoazní zákonnosti.

Realistické odmítání významu formální logiky má pak význam popření nejelementárnějších základů buržoazní zákonnosti.

§ 3. PROCES APLIKACE PRÁVNÍ NORMY V TEORII PRÁVNÍHO REALISMU

I. Po předchozím výkladu přikročíme ke kritickému rozboru samotného procesu aplikace a interpretace právní normy v pojetí právního realismu. Uvedli jsme již dříve z jakých teoretických východisek posuzují realisté povahu právní normy a základní předpoklady její aplikace. Rozebereme nyní blíže jak v jejich výkladu je vysvětlen aplikační proces.

Východiskem zkoumání učiníme názory Jerome Franka, který lapidárně shrnuje takto: „Zakládají (pravidla J. Č.) dostatečná vysvětlení minulých rozhodnutí, nebo příčiny, nebo tendenci budoucích rozhodnutí?... Odpověď na tyto otázky nás opět vede k přesvědčení, že osobnost soudce je rozhodující faktor...“ „Jaká je tedy úloha právních pravidel a principů? Viděli jsme, že z nejdůležitějších jejich poslání je umožnit soudci, aby dal formální oprávnění — zdůvodnění — rozhodnutím, k nimž došel zcela jinou cestou.“²⁸⁾

Jerome Frank tedy pojímá proces aplikace tak, že soudce napřed z určitých důvodů rozhodne, a potom toto rozhodnutí zahalí do zdánlivě „právního“ odůvodnění.

Teoretické pojetí aplikace u zmíněného autora je tedy takové:

- A. zjištění skutkové podstaty,
- B. zjištění, co považují strany za svá subjektivní práva a povinnosti,
- C. rozhodnutí (není vázáno právními pravidly),
- D. zjištění precedentů a jiných norem, majících vztah k řešenému případu,

²⁸⁾ Srovnej zejména kap. III. a X., Frank: „Law and the Modern Mind“ a str. 312 a násl. „If Men were Angels“.

E. Použití precedentů k odůvodnění rozhodnutí, nebo jejich odmítnutí („by distinguishing facts“).

Odtud vyplývá že rozhodnutí je dáno předem, právní pravidlo stanovené precedentem slouží k tomu, aby rozsudek byl zdánlivě o něj dostatečně opřen, popřípadě, aby bylo prohlášeno, že na řešený případ nedopadá. Pravidla, nebo pravidelnosti, jak rozhodují aplikující orgány jsou tedy zjišťovány mimo právní normy a zcela nezávisle na nich. Část realistů, zejména Llewellyn, Cook, Oliphant, Yntema hledá „reálná pravidla“ v soudních rozhodnutích, tedy směřuje k odhalení sociologických souvislostí. Druhá skupina, reprezentovaná Frankem přistupuje k řešení pouze přes psychiku soudce.²⁹⁾

Tato skupina realistů vychází ve svých teoretických vývodech z teze, že soudce rozhoduje především na základě své intuice. Tak Hutcheson tvrdí: „Ve skutečnosti soudce rozhoduje podle citu a ne podle rozumové úvahy, podle vnuknutí a ne podle rozumového zdůvodnění; takové zdůvodňování se objeví teprve ve znění rozsudku . . .“

„Stěžejní motivující podnět pro rozhodnutí je intuitivní pocit pro rozlišení práva a bezpráví v řešeném případě; a chytrý soudce už takto rozhodnuv, jednak proto, aby ospravedlnil intuici sám před sebou, jednak proto, aby obstála před kritikou . . . se probírá všemi pravidly, zásadami, právními kategoriemi a takovými koncepcemi, které přímo nebo pomocí analogie shledá užitečnými tak, aby byl sto z nich zvolit ty, které v jeho rozsudku zdůvodnily výsledek, jaký pokládá za žádoucí.“³⁰⁾

Stejně Frank zcela odmítá význam závaznosti precedentu při aplikaci, a ztotožňuje se v této otázce principiálně s Hutchesonem a tvrdí: „Právníci a soudcové vycházejí z postulátu, že je třeba široce používat precedentu; hlásají, že je třeba se spolehnout na postup soudců v předcházejících případech, aby bylo získáno vodítko pro postup v nových případech. Ale jelikož se pouze zřídka odhalí, co vlastně bylo obsahem rozhodnutí v předchozích případech, je vlastně nemožné opírat se o tyto precedenty. Soudy vlastně ve skutečnosti pouze manipulují termíny dřívějších rozhodnutí.“³¹⁾

Důsledně skepticky se staví k jakýmkoliv vlivům právních pravidel na rozhodnutí rovněž Bingham, který argumentuje tím, že prý o tom, zda mají právní normy nějaký význam nic nevíme, neboť vlastně nelze přesně vědecky zjistit důvody, které vedly soudce při rozhodnutí. Zmíněný autor v této souvislosti tvrdí: „... pro člověka je často obtížné pochopit jasně a přesně skutečné pohnutky, které vedly k jeho rozhodnutí. Ve většině případů je k tomu zapotřebí schopnosti introspekce do vlastních myšlenkových a psychologických pochodů, ať už vědomých, či nevědomých...“³²⁾

Citovaná skupina autorů tedy přenáší proces rozhodování ze sféry objektivně určené pravidly do temných prostor nekontrolovatelné psychiky soudce, do jeho pocitů, nálad, reakcí, do jeho podvědomí, dostává se zcela na pozici subjektivně idealistického relativismu.

²⁹⁾ Frank přitom ve své pozdější argumentaci padesátých let posunuje v podstatě soudcovu libovůli už do stadia zjištění skutkové podstaty.

³⁰⁾ Hutcheson: „The Judgement Intuitive“, 14 Cornell Law Quarterly, str. 274.

³¹⁾ J. Frank: „Law and the Modern Mind“, str. 148.

³²⁾ Bingham: 11 Michigan Law Review, str. 109.

A co tedy nabízí jako vysvětlení procesu aplikace? Již dříve citovaný Hutcheson popisuje proces aplikace takto: „... a probíraje se případem, čeká na pocity, na vnuknutí — onen intuitivní záblesk pochopení... Při vycítění nebo ‚vyčichání‘ rozhodnutí, soudce nejedná odlišně, ale právě tak, jako právní poradci, když zpracovávají své případy; jedině s tím rozdílem, že právní poradce má na zřeteli předem daný cíl — vyhrát pro svého klienta právní spor — vyhledává a bere v úvahu pouze ta vnuknutí, která ho udržují na jím zvolené cestě, zatímco soudce, jda pouze za vágním posláním naléztí správné rozhodnutí, nechá se vést svým vnuknutím kamkoliv...“³³⁾

Frank ve své práci: „Law and the modern Mind“ rozvádí tuto teorii aplikace, nebo spíše teorii popření aplikace právní normy.

Přítakává citovanému Hutchesonovi a považuje za správný jeho popis soudního procesu. Jestliže právo sestává z rozsudků soudce, a jestliže soudcova rozhodnutí jsou založena na jeho intuici, potom působení intuice je prý klíčem soudního procesu. A jakákoliv příčina působící na soudcovu intuici, určuje právo, je pramenem práva.³⁴⁾

Jaké popudy tedy působí na intuici soudce? Jestliže psychologisující přívržení právního realismu odpovídají na tuto otázku, odpovídají zároveň na otázku, co určuje právo v jejich realistickém pojetí.

Frank vysvětluje faktory, působící na proces rozhodování takto: především jsou určité politické, ekonomické a mravní názory soudce. Tyto faktory jsou však velmi vágní a těžko mohou podle jeho názoru vysvětlovat v podrobnostech rozdíly v postupu soudců. Pak působí jako určité stimuly právní pravidla a principy. Frank zde výslovně mluví pouze o stimulech, které tedy mohou působit jen přes psychiku soudce.

Konečně jsou zde individuální faktory osobnosti soudce, které působí více, než jakékoliv politické, ekonomické a morální příčiny.

Soudcovy politické, nebo ekonomické názory mohou být zatlačeny do pozadí vědomým, nebo nevědomým předsudkem k určité osobě, vytvořeným zvláštním soudcovým zážitkem: „Jeho vlastní (soudcova J. Č.) minulost mohla vytvořit kladné nebo záporné reakce na ženy... muže s vousy, nebo Italy... nebo Demokraty. Abychom poznali to, co vyvolává soudcovu vnuknutí, a co tedy vytváří právo, musíme dokonale znát onu komplikovanou soustavu, kterou prostě nazýváme soudcovou osobností...“ „Jestliže soudcova osobnost je stěžejním faktorem při výkonu práva pak se právo může měnit s osobností soudce, který právě má řešit daný případ.“^{35, 36)}

Jerome Frank tu vyložil svou koncepci realistické protizákonnosti dostatečně jasně. Sledujme však ještě další vývody k této problematice. Tak Everson³⁷⁾ přejímá koncepci, že rozhodnutí se liší od soudce k soudci, a tyto závěry dokládá na základě podrobného rozboru rozhodnutí soudců newyorského City Magistrate Court. Uvádí čísla: určitý soudce uznal 97 % osob obviněných z určitého druhu přestupku vinnými, naproti tomu druhý

³³⁾ Hutcheson: „Judgement Intuitive“, 14 Cornell Law Quartely, str. 274.

³⁴⁾ J. Frank: „Law and the Modern Mind“, str. 104.

³⁵⁾ Srovnej, J. Frank: „Law and the Modern Mind“, str. 104–6.

³⁶⁾ J. Frank: „Law and the Modern Mind“, str. 106, 111.

³⁷⁾ Everson: „The Human Element in Justice“, 10 Journal of Criminal Law and Criminology, str. 90 a násl.

78 % nevinými. Pro jiný případ Everson tvrdí, že ten kdo se dostal před soudce Simonse, měl pouze pravděpodobnost 2 : 10, že bude osvobozen. Kdyby se však dostal před soudce Welsche měl by pravděpodobnost větší než pět ku desíti, že bude osvobozen. O uložení sankce za určitý čin tedy podle těchto vývodů nerozhoduje, zda činnost obviněného odpovídá souhrnu znaků trestného činu, ale především náhoda, případně usměrněná náhoda, která přenese rozhodování před toho nebo naopak jiného soudce.

V podstatě stejný názor zastává Schroeder, který jde v tomto směru ještě dále: „V rozsudku každý výběr závěru argumentu, precedentu, věty nebo slova... je výrazem nevědomé převládající pohnutky soudce. Každý takový výběr je fragment autobiografie, protože odhaluje nejenom přítomné vědomé motivy, ale také stále ještě působící minulé... příčiny, které určují nevědomé impulsy...“³⁸⁾

„Tak bychom mohli pohlédnout nazpět do soudcova života. Každý rozsudek je vlastně vyznáním.“

Rovněž Haines uznává rozhodující roli psychických faktorů soudce a navrhuje plán, jak studovat psychologické utváření soudců nejvyššího soudu, aby bylo možné předem alespoň hádat jejich rozhodnutí.³⁹⁾

Tak je studium právních norem nahrazeno v teoretických vývodech částí právních realistů studiem psychologického utváření soudce.

Tyto výklady a argumentace tedy ústí v radikální koncepci, právní normy nemají přílišného významu pro určení rozsudku, ústřední význam má libovůle soudce; jeho rozhodnutí je do značné míry určeno nezměřitelnými faktory iracionálními!

V tomto zcestném pojetí procesu aplikace jsou právní pravidla zatláčována zcela do pozadí. Nejvýše je uznáváno, že mohou být faktorem pomocí něhož je soudce seznamován s víceméně vhodným, nebo nevhodným řešením obdobných problémů. Konečně vystupují vždy jako formální šat, do něhož odívá soudce svoje rozhodnutí.

Jerome Frank naprosto kategoricky prohlašuje za obecný poznatek, který vyplývá z analýzy procesu aplikace práva v USA, že normy mají zcela podružný význam; právo je moc rozhodovat, řešit konkrétní spory. Pravidla mají pouze podřadnou roli.⁴⁰⁾ Přitom podrobnější rozbor názorů právních realistů ukazuje, že pouze část právních realistů přesunula vysvětlení rozsudku do oblasti psychologie jednotlivého soudce. Jiná skupina realistů, stejně důrazně odmítající význam právních pravidel pro aplikaci, tvrdí, že rozsudek je spíše určen společenskými potřebami buržoazie. Uvedme jako příklad názor L. Greena: „Kontrolu soudce nelze hledat v pravidlech, ale ve skutečnosti, že jsou to lidé ovlivňováni týmiž myšlenkami a životními podmínkami jako ostatní občané...“⁴¹⁾ Green tedy vlastně chce volné právo, zakládající se na respektování obecných potřeb buržoazie.⁴²⁾

³⁸⁾ Schreeder: "The Psychological Study of Judicial Opinions", 6 California Law Review, str. 89 a násl.

³⁹⁾ Haines: "General Observations on the Effect of Personal, Political and Economic Influences in Decisions of Judges", 17 Illinois Law Review, str. 98.

⁴⁰⁾ J. Frank: "Law and the Modern Mind", str. 274.

⁴¹⁾ L. Green: 28 Columbia Law Review, str. 1014.

⁴²⁾ Není bez zajímavosti, že i Frank zná a využívá ve své argumentaci německou školu volného práva. Cituje ji poměrně rozsáhle na str. 279–283 ve své práci "Law and the Modern Mind".

Není však vůbec sporu, že všichni teoretičtí představitelé právního realismu se shodují v zásadním odmítání rozhodujícího významu právních norem v procesu aplikace soudem v USA a v jiných zemích oblasti anglo-amerického práva.

Sám rozdíl v názorech mezi realisty je pouze poměrný. Všichni uznávají prvořadý význam mimoprávních faktorů a to jak politických, ekonomických a vůbec společenských, tak i osobnosti soudce pro utváření rozhodnutí. Názory se však liší zejména potud, pokud jde o určení, který z těchto faktorů a vlivů mimoprávních je důležitější a prvořadý. Společnou obecnou koncepcí realismu je odmítnutí právní normy jako určujícího faktoru v procesu aplikace.

II. Ukázali jsme ve výkladu předchozím jaké jsou teoretické názory právních realistů na proces aplikace. Svými důsledky jsou výrazem tendence k oslabení buržoazní zákonnosti. Podrobíme nyní v dalším výkladu tyto teorie podrobnější analýze a kritice. Jak skutečně probíhá proces aplikace právní normy? Analýza procesu aplikace právní normy soudem vede k závěru, že tento proces je možno dělit do čtyř logicky i když ne vždy co do časové posloupnosti oddělitelných stadií.

- a) zjištění (resp. poznání) skutkového stavu,
- b) zjištění právního stavu, pokud není sporný,
- c) zjištění sporných práv a povinností a zjištění právní normy, podle níž se spravují.

d) samotné rozhodnutí, které bude zpravidla spočívat v subsumpci zjištěných skutečností interpretované právní normy a v logickém vyvození důsledků. Přirozeně omezíme další výklad v podstatě na rozbor aplikace právní normy v buržoazním státě, což ovšem pro řešení vytčené problematiky plně postačí.

Proces aplikace tedy vychází ze zjištění (respektive poznání) skutkového stavu, to jest skutečností, jež mají vztah k otázce, o níž orgán rozhoduje. Tyto skutečnosti soud může a musí plně poznat, musí zjistit objektivní pravdu.

Možnost tohoto zjištění je dána gnoseologickými předpoklady. Nutnost zjištění objektivní pravdy pak vyplývá ze skutečnosti, že rozsudek, jakmile nabyl moci práva, se stává závazným a je tedy zásadní společenský zájem na tom, aby rozhodnutí nebylo už v zárodku ovlivněno nesprávným nebo nepřesným zjištěním skutkového stavu.

Pro náš výklad má především význam stadium další, totiž zjištění právní normy podle níž se spravují sporná práva a povinnosti. Rozlišit je tu třeba:

- a) Zjištění normy, které se u norem stanovených normativními akty omezí na zjištění gramatického textu normy, nebo její části v oficiální publikační sbírce.

Tam, kde je norma stanovena precedentem, bude však situace značně složitější.

- b) Výklad (interpretace) právní normy.

Problematika interpretace je úhelným kamenem procesu aplikace. Meze v nichž je soudce oprávněn interpretovat normu nejsou dány logickou povahou procesu aplikace. Musí být chápány a vyloženy v souvislosti s třídní úlohou soudu v určitém období vývoje společnosti. V buržoazním řádu lze

zřetelně rozlišit etapy vývoje podmíněně různými podmínkami buržoanží společnosti a různým hodnocením postavení soudce.

Revoluční nástup buržoazie ve francouzské revoluci přinesl zprvu úplnou vázanost soudce, spojenou v případě nejasnosti normy s „referé legislative“. Pozdější tendence opravňuje soudce řešit nejasnosti, ale pouze pomocí gramatického a logického výkladu. Další vývoj buržoanží společnosti vede k prosazení tendencí, opravňujících soudce vykládat sporné normy pomocí sociologického výkladu, tedy nazrálých potřeb buržoazie. Tato tendence přechází pak v dalším vývoji v teorii „volného práva“, podle níž se dalekosáhle a někdy libovolně rozšiřuje okruh sporných norem. Konečně v období imperialismu se objevuje tendence teoretická i praktická, rozhodovat často „contra legem“ a tím oslabovat buržoanží zákonnost. Není účelné, abychom provedli podrobný rozbor tohoto buržoanžního vývoje, což by zřejmě přesahovalo rámec práce. Omezíme se tedy na stručné konstatování, že v buržoanží teorii interpretace meze vázanosti soudce při interpretaci jsou dány především příčinami společenskými, nejsou vždy upraveny právní normou a jsou podstatně ovlivňovány teorií.

Interpretace normy je ovšem, jak vyplývá z dialektického poměru obecné normy a řešeného jedinečného případu, součástí aplikačního procesu, interpretace nemůže být vyloučena nikdy. Přesné a podrobné právní normy mohou omezit okruh otázek, které nejsou jednoznačně řešeny, avšak úplně vyloučit je, zejména pro neustálý vývoj společenských vztahů, ani pojmově nelze.

V procesu aplikace je tedy zjištění právní normy spojeno s její interpretací.

Při interpretaci mohou nastat v podstatě tyto situace:

a) Obsah právní normy je jednoznačně určitý. Interpretace pak spočívá v jeho zjištění, respektive pouze v zjištění, že je jednoznačně určitý. Tuto interpretační situaci připouští i všechny angloamerické buržoanží teorie, téměř s jedinou výjimkou, jak vyplývá z výkladů předchozích, právního realismu, který jednoznačnost určení vůbec popírá.

b) Právní normy připouští více možných variant výkladů. Interpretace pak spočívá ve zjištění více možných logických variant a v rozhodnutí, ke kterým z nich se soud musí v souladu s interpretačními pravidly a systematickým výkladem přiklonit.

c) Obsah právní normy je jednoznačně určitý, ale natolik široký, že bez další interpretačních úvah k řešení konkrétního případu nevede. Půjde o případ, kdy přesně zjištěný smysl právní normy, nepřipouštějící logicky různý výklad, je natolik obecný, že vyžaduje bližší konkretizace. (Například norma se odvolává na „obecný zájem“, „dobré mravy“, „nedbalost“ apod.) Jde tu především o případy, kdy právní norma záměrně ponechává širokou volnost soudci tím, že stanoví pouze značně obecný obsah pravidla. Interpretace pak spočívá v tom, že interpretující orgán v mezích a rámci velmi obecného pravidla, jasně stanoveného právní normou, vlastně stanoví pro případ nejvhodnější řešení. Interpretace tu ústí v nalezení vhodného řešení ovšem uvnitř mezi logicky jednoznačně daných právní normou.⁴³⁾

⁴³⁾ Značnou roli tu pak má právní, politické a mravní vědomí soudce.

d) Právní norma výslovně případ neřeší. Proces aplikace pak řeší, zpravidla pomocí analogie, takovou v právních normách výslovně neřešenou otázku.

e) Norma, která jednoznačně dopadá na případ, je nevhodná (nebo zastaralá) a rozhodnutí podle ní tedy bude v rozporu s obecnými zájmy vládnoucí třídy.

Zde je dilemma buržoazních právních teorií. Většina buržoazních teorií období před všeobecnou krizí kapitalismu a část i později, aplikaci „contra legem“ odmítá. Část teorií ji však výslovně nebo mlčky připouští. V anglo-amerických teoriích vede svou argumentací k takové aplikaci právě právní realismus.

Proces aplikace a interpretace, jak z uvedeného vyplývá, je tedy proces jak logický a poznávací, tak hodnotící.

Že proces aplikace ve svém celku je procesem třídně podmíněným se obecně uznává. Ale proces interpretace se někdy chápe jako postup výhradně poznávací a logický. Interpretační proces však je nutno chápat tak, že je přímo v jeho podstatě možnost a nutnost,⁴⁴⁾ v určitém logicky vymezeném rámci provádět třídní hodnocení možných interpretačních výsledků, čímž ovšem nemá být řečeno, že buržoazní orgány zhusta nepřekračují možností přímo z povahy interpretačního procesu vyplývajících.

Aplikace je tedy proces, v němž lze odlišit složku poznávací, logickou a hodnotící.

Jako poznávací proces se projevuje ve zjištění skutkového stavu, právního stavu a ve zjištění jazykového textu právní normy. Logický proces se uplatňuje zejména v logickém výkladu právní normy a případném výkladu právního úkonu.

Hodnotícím procesem je pak aplikace jak v hodnocení zjištěných faktů, tak v hodnocení možných výkladů, k nimž dospívá interpretace právní normy. Hodnotící proces, k němuž dochází v procesu interpretace, je hodnocením v souvislosti se společenským řádem buržoazní společnosti z hlediska platného buržoazního práva. Jde tedy o hodnocení vycházející z existujících buržoazních společenských vztahů a případně z jejich vývoje. Toto hodnocení se opírá dále o zásady buržoazního právního řádu, buržoazní právní vědomí a morálku.

Toto hodnocení může dále vycházet z politických idejí a politických norem buržoazie. V hodnocení vycházejícím z politických idejí a politických norem může docházet k značným rozdílům mezi jednotlivými aplikujícími orgány a mezi jednotlivými úředními osobami buržoazních států. Tyto rozpory mohou být někdy velmi ostré a zásadního rázu. Mohou vyplývat zejména z existence různých skupin a vrstev buržoazie, jejichž zájmy se zvláště v období všeobecné krize kapitalismu objektivně kříží. Různí soudcové, spjatí ideově a třídně s různými skupinami buržoazie se tedy mohou při interpretačním procesu rozcházet v hodnocení logicky možných výsledků interpretace. To, co bylo řečeno, osvětluje společenský význam rozporů, k nimž dochází v senátech soudů v USA, když menšina přijímá

⁴⁴⁾ Tím ovšem nemá být řečeno, že úprava mezi interpretační volnosti není řešena de lege lata i prakticky různě široce, popřípadě zcela omezena pouze na výklad gramatický.

„dissenting opinio“, případně když jedna instance zásadně nesouhlasí s druhou. Odtud vyplývá, že i pouhý interpretační proces právních norem stanovených zákonem, a jinými normativními akty, by v americké soustavě, se zdůrazněným postavením soudu vůči ostatním státním orgánům, musel vésti k značně rozdílným výsledkům u různých soudů. Situace je však nad to podstatně ovlivněna rozhodující úlohou precedentu.

Interpretace buržoazních norem buržoazními soudy tedy není třídně indiferentní logický proces, ale jeho součástí je třídní hodnocení z hlediska některé části nebo vrstvy buržoazie, a to zpravidla na základě obecných zájmů buržoazie jako třídy.

To, co bylo doposud o aplikaci a interpretaci řečeno, platí především o normě, stanovené normativním aktem. Proces interpretace a aplikace precedentu v oblasti angloamerického práva je však podstatně složitější.

Jak jsme již dovodili ve výkladu kapitoly první, precedent nestanoví výslovně právní normu, nýbrž tato norma musí být z určitého skutkového a právního stavu, z konkrétních oprávnění a povinností v rozsudku stanovených vyvozena.

Stanovení právní normy, dané precedentem, třetí stadium aplikace, tedy probíhá tak, že ke skutečnostem rozhodného případu (zjištěným v prvních dvou stadiích aplikace) se zjišťuje precedent, to jest skutečnosti obdobné. Mohou nastat různé situace:

- a) je zjištěn precedent se skutečnostmi obdobnými,
- b) je zjištěno, že nebyl řešen případ obdobný, tedy že neexistuje precedent.

Je-li zjištěn precedent se skutečnostmi obdobnými, použije se vlastně pomocí obdoby k rozhodnutí řešeného případu.

Zjištění, že určitý precedent je obdobný určenému případu, je věcí úvahy aplikujícího orgánu. Soud už v tomto stadiu dá průchod hodnotícímu soudu tím, že volí širokou nebo úzkou obdobu, případně precedent, který se mu jeví jako „nevhodný“, může odmítnout, a to jako případ neanalogický „by distinguishing facts“.

Dále aplikující orgán provede ze zjištěného precedentu, respektive jejich řady, vyvození normy. Norma není v precedentu stanovena, nýbrž z něj musí být vyvozena.

Interpretující orgán tedy provádí abstrakci. Takto vyvozená norma musí krýt jak případ A (precedent), tak obdobný případ A' (řešený případ). Protože při této právní abstrakci zase nejde pouze o proces poznávací a proces jazykového a formálně logického výkladu, ale zároveň o proces hodnocení z hlediska buržoazního právního vědomí, přičemž meze abstrakce nejsou dány pouze logicky, nýbrž především soudy hodnotícími, meze úvahy soudce jsou značně široké.⁴⁵⁾

Je ovšem třeba rozlišovat případy, které se často opakují, kde rozhodnutí velmi obdobných případů proto tvoří řadu, a kde citovaný precedent zastupuje vlastně sta nebo tisíce rozhodnutí. V řadě těchto abstrakcí bylo

⁴⁵⁾ Zjištění precedentu a vyvození pravidla z něj přirozeně nespádá v jedno. Dva aplikující orgány mohou po případě vyvodit z téhož precedentu dvě v podrobnostech se lišící pravidla, zejména tím, že hodnotí různé skutečnosti obou případů za obdobné a relevantní.

stanoveno relativně přesné pravidlo, které nebudí pochyb, a jímž vlastně je aplikující orgán v podstatě vázán. Precedent je v takovém případě citován pouze pro potvrzení existence tohoto pravidla. Vyvození pravidla z precedentu se pak rovná jeho zjištění, protože více méně přesná a obecně uznávaná abstrakce už byla provedena.

Od toho je třeba odlišit případy, jež se často neopakují, nebo případy, jímž společenský vývoj dává nové prvky a kde existenci abstraktního obecně uznávaného pravidla konstatovat nelze, pravidlo je třeba ze zjištěného precedentu vyvodit postupem, který byl popsán. Takto stanovená norma pak je dále aplikujícím orgánem interpretována. Interpretace však do značné míry může splývat s procesem vyvození normy a precedentu.

Co do vázanosti soudce pak platí:

A. Je-li norma stanovena normativním aktem, je soudce vázán jako v ostatních buržoazních právních soustavách, s tím ovšem rozdílem, že normu posuzuje prostřednictvím interpretačního precedentu. Provedená interpretace se tedy stává pro obdobné případy závaznou.

B. Je-li prokázána existence řady obdobných precedentů, je aplikující orgán dosti přesně vázán pravidlem jimi stanoveným a obecně uznávaným. Precedent uvádí v podstatě jako potvrzení existence tohoto pravidla.

Výběr precedentu a určení pravidla v tomto případě je natolik logicky určité, že soud provádí pouze jeho interpretaci.

C. Neexistuje-li pro řešený případ řada obdobných precedentů, nýbrž pouze precedent jeden nebo několik, je situace podstatně odlišná.

Soud pak provádí zjištění (resp. stanovení) precedentu, vyvození pravidla a jeho interpretaci. Ve všech těchto stádiích se uplatňuje i hodnotící soudy. Volnost soudce v tomto případě je značná, meze jeho vázanosti mlhavé.

D. Nezjistí-li soud existenci obdobného precedentu, není pro tento případ právně vázán vůbec.⁴⁶⁾ Rozhodne na základě buržoazního právního vědomí, tedy pouze na základě soudů hodnotících.

Z toho co bylo řečeno vyplývá, že v případech prvních dvou kategorií je soudce vázán v běžném slova smyslu. Pouze v posledních dvou skupinách případů jsou meze jeho vázanosti mlhavé, případně není vázán vůbec.⁴⁷⁾ Meze jednotlivých skupin případů pochopitelně navzájem splývají a jednotlivé kategorie neuzájem přecházejí pozvolna, což má vliv na určitost zjišťovaného pravidla.

Realistická teorie aplikace a interpretace však vůbec přechází existenci prvních dvou kategorií precedentu a popírá ji. Nemůže být nejmenšího sporu, že je tedy ve svých základech výkladem metodologicky i gnoseologicky pochybným. Proto je třeba považovat ji za hnutí diktované též společenskými pohnutkami, za oslabení některých základů buržoazní zákon-

⁴⁶⁾ Předpokládá se ovšem, že neexistuje ani odpovídající norma stanovena normativním aktem.

⁴⁷⁾ Kvantitativní rozsah jednotlivých kategorií precedentu, jak jsme je určili ve výkladu, je ovšem různý v jednotlivých zemích angloamerického práva. V Anglii je případů posledních dvou kategorií, umožňujících volnou úvahu soudce v důsledku vývoje pravděpodobně nejméně, což je asi jeden z důvodů silnějšího vlivu analytického pozitivismu v Anglii i v současné době. Značně odlišná však byla situace v USA.

nosti. Zaměřuje se na popření existence skupiny případů, kdy soud je nesporně vázán, a absolutizuje kategorii případů, kdy soud je vázán mlhavě, nebo není vázán, na všeobecnou zásadu aplikace v systému precedentu. Na základě toho, co bylo již v předchozím výkladu řečeno, daší argumentace proti realistické teorii aplikace není třeba. Zbývá se vypořádat jedině se zdůrazňováním rozdílnosti rozhodování jednotlivých soudců.

V tomto směru není a nemůže být sporu o tom, že má osobnost buržoazního soudce význam v mezích daných hodnotícími soudy interpretačními, jak o tom byl podán výklad dříve. Rovněž není sporu o tom, že v mezích třetí a čtvrté kategorie precedentů výše uvedených, totiž tam, kde soudce má relativní, nebo úplnou volnost, má osobnost soudce závažný význam pro výsledek rozhodnutí. Potud tedy není sporu. Jinak je tomu však vzhledem k případům shora uvedené první a druhé kategorie precedentu, na něž se tedy problematika zužuje. V těchto mezích je a musí být i v systému angloamerického práva odlišnost osobnosti soudců bez valného významu, pokud ovšem rozhodování zůstane v mezích buržoazní zákonitosti. Právní realismus však právě absolutizuje osobnost soudce jako obecně rozhodující faktor rozhodování, a tím zkresluje základy právní soustavy založené na precedentu.

Realistická teorie aplikace je svou podstatou právní ideologií buržoazie období všeobecné krize kapitalismu směřující k zdůvodnění zvláště volných postupů soudců, jako samozřejmých, nevyhnutelných, jako volnosti, která leží v samotné podstatě procesu aplikace. Odmítání „scholastické logiky“ může být chápáno jako odmítání jakýchkoliv základů buržoazní zákonitosti. Realistická podstatná nutnost „svobodného nalézání práva“ může pak umožnit svými důsledky omezování a likvidaci buržoazně-demokratických svobod, případně ničím neomezené represálie proti představitelům pokrokových sil společnosti. Umožňuje zároveň „právní“ prosazování zájmů monopolních skupin buržoazie.

Je ovšem samozřejmým důsledkem, že realistická teorie právě tak umožňuje případné prosazování liberálních, nebo méně reakčních tendencí proti nejreakčnějším skupinám monopolistické buržoazie.

Aplikační teorie právního realismu je tedy zvláště vhodným prostředkem pro „právní“ manévrování buržoazie v období všeobecné krize kapitalismu; usnadňuje manévrování reprezentantů buržoazie v procesu aplikace a nikoliv tvorby právní normy, bez vměšování zákonodárných orgánů a možného vměšování a nátlaku pracujících.

Její praktický význam pro buržoazii byl zvlášť velký v určitém období zostřené politické krize společnosti v USA. V období relativního zmírnění politických obtíží monopolistické buržoazie její praktický význam pro buržoazii, jak ukázal skutečný vývoj v USA, ustupuje do pozadí.

Vývoj „právního realismu“ a utváření teorie „právního skepticismu“

§ 1. VZNIK A POVAHA „PRÁVNÍHO SKEPTICISMU“

Vyložili jsme již ve výkladu předchozím, že přívrženci právního realismu za více než třicet let svého vývoje, od třicátých let do současnosti, prošli značným vývojem.

Ve vývoji právního realismu lze proto odlišit tři jasně patrná stadia.

Období od utváření právního realismu do čtyřicátých let bylo obdobím bojového nástupu realistů proti „přežilým dogmatům“ zákonnosti.

Po tomto období část právních realistů ustupuje od svých nejbojovnějších tezí. Tento vývoj byl podmíněn určitými změnami ekonomické a sociálně-politické situace v USA. Dočasné zmínění ekonomických obtíží po krizi z let 1929–33, a prosazení Rooseweltova „New Dealu“ jako buržoazního pokusu o řešení některých obtíží a rozporů ve formálním rámci buržoazní demokracie bere právnímu realismu poněkud vítr z plachet.

Nadto prudký spor Rooseweltovy vlády s Nejvyšším soudem (reprezentujícím zájmy reakčních monopolů) a osud některých zákonů New Dealu, který se koncem třicátých let stal jednou z vážnějších vnitropolitických otázek v USA, obrátil pozornost nejširší veřejnosti k postavení a kompetenci Nejvyššího soudu, a soudů vůbec. Roosewelt se snaží sjednotit jím reprezentovanou část buržoazie za programem ústavní reformy Nejvyššího soudu, a to ve směru omezení jeho významu.

V této situaci se stávají zásadně teze právního realismu pro všechny skupiny monopolistické buržoazie politicky nevýhodné. Rooseweltova administrativa tyto teze nikterak nepodporuje, protože ve svých důsledcích znamenají uvolnění samostatného postupu soudů, které úplně neovládá, a které proti zákonodárným a správním orgánům v některých otázkách vystupují a revoltují.

Politickým reprezentantům druhé, reakčnější frakce monopolistické buržoazie, která je v otevřeném a prudkém sporu s Rooseweltem, se nutně musí zdát nyní teze právního realismu nevhodné a obtížné, protože dávají argumenty proti soudům do rukou jejích buržoazních politických protivníků, kteří se v politické kampani všemožně snaží zlomit odpor soudních orgánů.

Po tomto období se proto vyvíjejí názory části právních realistů, zejména Llewellyna Oliphanta, Yntemy, do jisté míry i Cooka směrem, který zna-

mená sblížení s jinými sociologickými školami. Ustupují od většiny tezí oslabujících buržoazní zákonnosti. Zároveň tito autoři rozšiřují svou pozornost i na ty otázky teorie práva, které dosud prakticky ležely mimo pozornost realistické teorie. Na tomto poli nepřinesla tato skupina nic samostatného, v podstatě pouze přejímajíc názor jiných sociologických směrů, zejména harwardské školy.¹⁾

Druhá část právních realistů, reprezentovaná J. Frankem, opouští sice některé své dřívější názory, ale rozvíjí později za pomoci obratnější argumentace v podstatě prohloubený útok na buržoazní zákonnost. Přibližně ve čtyřicátých letech se tak utváří teoretický směr „skepticismu“.

Možnosti tohoto vývoje realistického hnutí byly v zárodku patrný od samého jeho vzniku. Je třeba zdůraznit, že od samého počátku byly uvnitř hnutí právního realismu neshody v odstínech názorů na nejrůznější otázky.

Během vývoje se pak uvnitř realismu stále jasněji diferencovaly dvě skupiny, a vývoj jedné z nich posléze vedl ke vzniku teorie „skepticismu“.

Jedna část právních realistů, reprezentovaná zejména Llewellynem, vytvořila v průběhu vývoje umírněnější skupinu.

Od původní argumentace přecházejí tito realisté k apologetickému tvrzení, že vlastně usilují o větší jistotu v právu, kterou však interpretují tak, že je společensky užitečné, aby právníci mohli předvídat pro své klienty rozhodnutí ve všech případech, i dosud pochybných. Nejde jim tedy zásadně a programově o upevnění buržoazní zákonnosti. Přitom vycházejí z tvrzení, že v příliš mnoha případech se zatím neví, jak soud skutečně rozhodne. Odtud vyvozují, že formální právní pravidla („paper rules“) vyhlášená v soudním rozhodnutí, jsou velmi často nepoužitelná k zjištění budoucího rozhodnutí. Blíží se tedy svou argumentací sociologické harwardské škole, zejména tezí, že za těmito „papírovými pravidly“ lze odhalit „skutečná pravidla“ popisující pravidelnosti a uniformitu soudního rozhodování, a že tato „skutečná pravidla“ budou sloužit jako spolehlivý prostředek předvídání rozhodnutí v budoucím sporu.

Druhá část autorů, hlásivších se k právnímu realismu, je proto kritizuje a podezírá z příliš velkého sklonu uznávat zákonnost a právní jistotu a označuje je ironicky za pouhé radikální křídlo „tradiční doktriny“.

Tato skupina, jíž jsme označili za „právní skeptiky“, jde naopak ve svém popření zákonnosti dále a prohlubuje je. Tito autoři jsou rovněž kritičtí k „papírovým pravidlům“ a potud je linie jejich argumentace shodná s Llewellynem. I tato skupina dřívějších právních realistů ustupuje zcela nebo alespoň do značné míry od úplného popření významu právních pravidel. Výslovně nebo alespoň mlčky se distancují od svých dřívějších názorů. Těžiště svého teoretického útoku proti buržoazní zákonnosti však přenášejí na jiné stránky procesu aplikace.

Bez ohledu na to, jak jsou nebo mohou být přesná „papírová pravidla“ a bez ohledu na to, jaké pravidelnosti a zákonnosti lze odhalit za „papírovými pravidly“ a tak stanovit „reálná pravidla“ je a vždy bude nemožné

¹⁾ K tomu lze srovnat např. vývoj Llewellynových názorů v článku „The Problem of Juristic Method“, 49 Yale Law Journal (1940), str. 1355–1400. Viz též J. Frankovu kritiku Llewellyna z roku 1949 v předmluvě k vydání jeho „Law and the Modern Mind“, (London 1949).

předvídat budoucí rozhodnutí v převážné části budoucích sporů, argumentují skeptici.³⁾

Úhelným kamenem teoretických vývodů právního skepticismu je popírání možnosti státních orgánů zjistit objektivní pravdu. Odtud se dovozuje zásadní odmítání snahy o zajištění větší právní jistoty.

Lapidární shrnující pojetí skepticismu je vyjádřeno takto: „Právníci mohou často (i když ne vždy) dosti přesně předvídat jaká právní pravidla soud bude aplikovat. Obtížné je však předvídat, k jakým faktům bude soud aplikovat tato pravidla. Jen v malé části sporů je tento element rozhodování předvídatelný.“⁴⁾

Právní skepticismus vychází ve své teorii poznání z agnosticistických a subjektivně idealistických pozic.⁵⁾

Do skupiny právních skeptiků lze počítat Jerome Franka,⁶⁾ Leone Greena, Maxe Radina, do jisté míry Thurmana Arnolda, a s jistými odchylkami snad i E. M. Morgana. Přitom je ovšem třeba zdůraznit, že však v řadě otázek lze mezi uvedenými autory prokázat dílčí neshody v názorech. V dalším výkladu přikročíme ke kritice teorie právního skepticismu.

§ 2. ZJIŠTĚNÍ OBJEKTIVNÍ PRAVDY V TEORII PRÁVNÍHO SKEPTICISMU

I. Právní skepticismus popírá možnost objektivně platného zjištění pravdy v procesu aplikace, popírá jistotu v teorii právního vztahu a subjektivních práv, a útočí tak proti buržoazní právní jistotě a buržoazní zákonnosti. Skepticismus vychází z agnostických pozic a popírá v určitých mezích možnost, zjistit objektivní pravdu, možnost zjistit skutkový stav sporné věci. Proti pojetí analytického pozitivismu, který vycházel z představy, že soud aplikuje přesně určené právní normy na fakta případu, a že tedy stačí, abychom znali právní normu a skutkový stav k tomu, abychom přesně mohli určit předem rozhodnutí soudu, postavil právní realismus a skepticismus svou negaci.

³⁾ Edmont Cahn: „Jerome Frank's Fact Skepticism and Our Future“, Yale Law Journal (1957), sv. 66, čís. 6, str. 824–833.

⁴⁾ J. Frank: „A Conflict with Oblivion: Some Observations on the Founders of Legal Pragmatism“. Rutgers Law Rev. 447 (1954).

⁵⁾ E. Cahn zdůrazňuje agnostický charakter skepticismu. Charakterizuje skepticismus takto: „It criticizes our capacity to ascertain the transaction of the past; it distrusts our capacity to predict the concrete fact-findings and value judgements of the future; and finally, it discloses the importance of the personal element in all processes of choice and decision.“

Cahn: „Jerome Frank's Fakt-Skepticism and Our Future“, 66 Yale Law Review, str. 828 (1957).

⁶⁾ Frank vyložil názory skepticismu snad nejrozvinutěji. Srovnej jeho práce: J. Frank: „Court on Trial“, 1950, Princeton University Press; „A Conflict with Oblivion: Some Observations on the Founders of Legal Pragmatism“, 9. Rutgers Law Review, str. 425–49 (1954); J. Frank: „Some Tames Reflections on Some Wild Facts“ in Essays in honor of Horace M. Kallen 56 (1953); „Civil Law Influences on the Common Law“, 104 Univ. of Po. Law Review, 887, 921–24 (1956), „Modern and Ancient Legal Pragmatism – John Dewey & Co. v. Aristotel“, 25 Notre Dame Law 207, 460 (1950); „The Lawyer's Role in modern Society“, 4 Journal Pub. Law 8 (1955).

Právní realismus popíral určitost právních pravidel, a to nejprve všech, v další etapě svého vývoje pak určité části právních norem.

Právní skepticismus vychází především z teoretického popření možnosti zjistit objektivně pravdivé skutkový stav sporné věci soudem.

Jerome Frank, věnuje obhajobě této teorie zejména rozsáhlou práci „Courts on Trial“ z roku 1950. Frank opouští výchozí teoretické pozice právního realismu, odpoutává se od částí tezí, které hájil v tomto období svého vývoje⁷⁾ a stává se čelným představitelem nového, ještě vehementnějšího, ale obratnějšího pokusu o teoretickou likvidaci buržoazní právní jistoty.

Podle jeho novějších názorů se věnuje při rozboru procesu aplikace příliš pozorností neurčitosti pravidel. Ve většině států jsou právní normy relativně stabilizovány. Proto nově uznává, že zpravidla není obtížné pro právníka určit právní normu, kterou soud použije pro řešení sporu.

V USA však, v důsledku řady faktorů, zejména prudkých změn vývoje, argumentuje Frank, jsou mnohá právní pravidla nestálá. V důsledku toho je právní nejistota — nejistota o budoucích rozhodnutích soudu a tím o subjektivních oprávněních připisována neurčitosti norem.

Proto při zkoumání teorie aplikace prý mnoho právníků dochází k závěru, že jistota, nebo nejistota o budoucím rozhodnutí soudu závisí na určitosti, nebo neurčitosti právních pravidel, podmíněné početností norem, jejich konflikty a konečně i proměnlivostí částí norem.

Frank se nyní v padesátých letech domnívá, že takový postup je neadekvátní, neboť hlavní problém aplikace prý spočívá v zjištění skutkového stavu. Přitom je třeba podotknout, že právní skepticismus neomezuje své teoretické závěry na oblast práva USA, ale proklamuje je pro soudní proces vůbec.

Soud, argumentuje skepticismus, musí zjistit skutečnosti, které se odehrávají před ním, ale které se udály před tím, než bylo zahájeno soudní řízení. Jestliže jsou pochyby o tom, co soud vlastně zjistí jako důležité skutkové okolnosti (relevant facts), musí přirozeně být pochyby i o výsledku řízení, o rozhodnutí. Tedy bez ohledu na to, jak jsou nebo nejsou určitá právní pravidla, rozhodnutí je prý závislé na určitosti s jakou soud zjistí pravdu o skutkových okolnostech.

Fakta, skutečnosti, pokračuje citovaný autor ve své argumentaci, se udály před zahájením řízení. Soud se obvykle dovídá o těchto objektivních faktech od svědků, kteří se mohou mýlit. V důsledku toho soud musí rekonstruovat a do jisté míry uhadnout skutečná fakta. Soudem zjištěné skutkové okolnosti jsou tedy pouhé dohady o nich.⁸⁾ Podle Frankova názoru

⁷⁾ Frank couvá především od zdiskreditované teze, že právní norma nemá valného významu pro rozhodnutí. Proto už v roce 1949 v předmluvě k 6. vydání „Law and the Modern Mind“ (London), upouští od svého pojetí práva a negace právní normy, a prohlašuje, že mu šlo pouze o zkoumání:

1. “specific court decisions,
2. how little they are predictable and uniform,
3. the process by which they are made,
4. how far, in the interest of justice to citizens, the process can and should be improved”.

Zamlčuje tedy své někdejší výslovné útoky proti buržoazní zákonnosti.

⁸⁾ “a guess about the actual facts”, “Courts on trial”, 1950, str. 16.

není žádné záruky, že mínění soudu o skutkových okolnostech bude odpovídat skutečnosti. Rozhodující v řízení je prý pouze to, co se soud o skutečnosti domnívá. Frank tedy dospívá k závěru, že soud vůbec nezjišťuje objektivní pravdu, ale opírá své rozhodnutí o „guess“, dohad o skutečnosti.

Tento svůj názor na mnoha místech svých prací z období padesátých let podrobně rozvádí⁹⁾ na ilustrativních případech, dokonce se tento jeho názor zřetelně odráží i v jím koncipovaných odůvodněních rozhodnutí odvolacího federálního soudu (Second Circuit Cour of Appeals), jehož byl soudcem.

III. Závěr právního skepticismu je tedy, jak vyplývá z výkladu dosavadního, že soudem „zjištěné“ skutkové okolnosti nemusí odpovídat a neodpovídají objektivní pravdě, neboť jsou subjektivním názorem soudce o věrohodnosti, podmíněným jeho subjektivním psychologickým utvářením. Subjektivně zabarvená zjištění skutkového stavu a rozhodnutí tak nutně vyplývají ze samé podstaty aplikace.

Můžeme tedy být právem zvědaví, jak se vypořádá právní skepticismus s otázkou předpojatosti soudce, s možností, že se soudce rozhodne pro určitý rozsudek ještě před vlastním řízením nebo jeho skončením, a řízení tomuto rozhodnutí pak přizpůsobí. Zdálo by se, že kritizovaná teorie zašla až do krajních mezí v hlásání subjektivní libovůle soudce, a že k takovýmto důsledkům se alespoň teoreticky vysloví odmítavě.

Mýlili bychom se však; dovádí možnosti zvláště teoreticky do důsledku.

Ve svých teoretických výkladech neomezují skeptici tyto možnosti na určitý právní obor, ale výslovně se zabývají řízením bez omezení, tedy majetkovými spory, trestními věcmi, soudním řešením administrativních sporů, soudní kontrolou ústavnosti atd. Soud může téměř vše v obecném zájmu vládnoucí třídy, nebo v zájmu jednotlivého monopolu či kapitalisty, to je jasně vyjádřený praktický smysl teoretických úvah právního skepticismu.

Zabývejme se tedy úvahami skepticismu o tom, jaké jsou varianty možností soudcovy libovůle. Soudce (v první instanci) prý může začít proces aplikace tím, že se rozhodne pro žádoucí rozsudek, a potom, zpětně, vypracovat a oznámit skutkový stav a použité právní pravidlo, podle nichž je jeho rozhodnutí správné a logicky oprávněné. Předpokladem ovšem je, aby zde bylo nějaké ústní svědectví, které je v souladu s jím „nalezenými“ fakty, a aby na takto určený skutkový stav použil příslušného právního pravidla.“

Za tohoto předpokladu je nerozhodné, zda skutečně přikládá váhu tomuto svědectví. Není tedy rozhodující, zda skutkový stav o nějž opře své rozhodnutí, je totožný se skutkovým stavem, který „subjektivně našel“ a o jehož existenci je přesvědčován. „Jinými slovy, soudce může bez obav z námitek podstrčit skutečnosti na základě kterých rozhoduje... Nikdo

⁹⁾ Srovnej: J. Frank: „A Conflict with Oblivion: Some Observations on the Founders of Legal Pragmatism“, 9 Rutgers L. Rev. 447 (1954): „The trial court (judge or jury) must select some part of the conflicting testimony to be treated as reliably reporting the facts. In each law suit, that choice of what is deemed reliable testimony depends upon the unique reactions of a particular trial judge or a particular jury to the particular witnesses who testify in the particular suit. That choice is, consequently, discretionary: the trial court exercises ‘fact-discretion’”.

nebude sto někdy zjistit, zda v zájmu toho, co považuje za spravedlivé, nebo z nějakého jiného důvodu (jako je korupce, nebo politický vliv), takto nesprávně vyličil své přesvědčení.“¹⁰⁾

Odtud pak vyplývá, že „když soudce oznamuje své záměry o skutkovém stavu, nemůžeme si být nikdy jisti, že obsahují to, co soudce považuje za skutečný skutkový stav. Tato prohlášení svědčí pouze o tom, co říká jako své přesvědčení o skutkovém stavu.“

Oč tedy právnímu skepticizmu jde? Mezi objektivní realitou a tím, co soud pokládá za zjištěnou skutkovou podstatu, je podle této teorie propastný rozdíl, oddělený třemi stupni.

A) objektivní realita

B) „subjektivní fakta“ — subjektivní názor na skutkovou podstatu, který se prý zásadně nemusí krýt s objektivní realitou.

C) „Stanovená fakta“ (reported facts), a to co oznámí soud jako zjištěný skutkový stav, který prý zásadně nemusí být ve shodě ani se „subjektivními fakty“.

„Subjektivní fakta“ se zásadně nemusí tedy krýt s objektivní realitou, opírající se pouze o soudcův názor. Ale to nestačí; mezi tímto subjektivním zkreslením skutečnosti a „stanovenými fakty“, z nichž soud vyjde při stanovení rozhodnutí, může být propastný rozdíl. Objektivní realita se tak ztrácí za prisma „subjektivních fakt“ a „stanovených fakt“, aby soud mohl vyřknout žádoucí rozhodnutí.

Záměrná činnost soudce, předem si přejícího určité rozhodnutí, jeho předpojatost se tak stává skepticizmu pravidelnou součástí procesu aplikace.

Skepticismus tedy teoreticky vychází, že v samé podstatě procesu aplikace, v podstatě, která je mu jak ještě dále uvidíme nutná a nevyhnutelná, leží možnost soudce dojít k předem žádanému rozhodnutí.

Tuto možnost soudce ovšem má jedině tedy, tvrdí zkoumaná teorie jako předpoklad sine qua non, jestliže se soudce má možnost opřít alespoň o jedno ústní svědectví, které potvrdí „stanovená fakta“. To ovšem praxi nedělá přílišné potíže; sama teorie uvádí jako možné pohnutky předem soudcem žádaného rozhodnutí korupci a politické zájmy.

Podle teorie skepticizmu není úloha soudce v tom, rozlišit pravdivé a lživé svědectví. Naopak, považuje-li určité rozhodnutí za žádoucí, prostě může své rozhodnutí opřít o výpověď, o níž ví, že je lživá, a rozsudek se pak stává právně bezvadný, anebo alespoň jej nelze vyvrátit.

Z toho, co jsme se dosud dověděli vyplývá, že soud, dáme-li víru vývodům právního skepticizmu, používá téměř neomezených možností rozhodovat záměrně protizákonně, považuje-li to za vhodné pro ochranu zájmů buržoazie, její některé vrstvy, nebo i jednotlivé osoby-kapitalisty. Přitom se tato nezákonná zvůle obrátne přesunuje do oblasti, kterou lze obtížněji kontrolovat, která zůstává doménou vyšetřujících orgánů a soudu.

¹⁰⁾ Jerome Frank: „Courts on trial“, Princeton UP, second printing 1950, str. 151, srv. též str. 441.

Právní realismus je teorií, která svými tezemi směřuje k popírání právní jistoty a tím objektivně k oslabení buržoazní zákonnosti. Její gnoseologické postupy, ústící v pochybách o existenci kategorie obecného v právu a hypertrofickém přeceňování jedinečného v případech řešených státními orgány nemohou nést k absolutizaci významu aktu aplikace práva. Právní realismus má v USA značný význam i v současnosti. Jeho výchozí teze jsou základní metodologickou výzbrojí ke zkoumání právních jevů části nejnovějších variant sociologických škol v USA. Behaviorální jurisprudence, jedna z nejživějších současných tendencí studia tvorby a aplikace práva je pouze zmodernizovanou variantou právního realismu, doplněnou o propracovanější metody. D. J. Black dochází k závěru, že: „Velká část právní sociologie... není ničím jiným, než novým právním realismem, který je oděn do skvělého roucha společenské vědy a vyzbrojen pečlivě propracovanými výzkumnými metodami, novým jazykem a vyumělovanými konstrukcemi.“¹¹⁾ behavioristická jurisprudence chápe zkoumání práva a rozhodování státních orgánů tak, že tu jde primárně o to, na základě empiricky zjištěných korelací vyjádřit pravděpodobnost určitého rozhodnutí, které pak soudce navenek zdůvodňuje citací precedentů, či normativního aktu. Oproti přístupu právního realismu tedy naprosto nic odlišného a nového; behaviorální jurisprudence není než pokračování právního realismu v poněkud zmodernizované podobě.

Rozvoj kybernetiky přispěl k rozvoji používání exaktních metod v právu. Je příznačné, že hlavní proud se i tu koncentruje na výzkum faktorů určujících proces a obsah soudního rozhodnutí, a opírá se i tu o teoretické přístupy právního realismu.¹²⁾

Nelze nevidět, že právní realismus mohl být rozvíjen různými směry. V jistém smyslu zůstávají některé jeho aspekty otevřenou teorií. Nejsou vyloučeny ani pokusy sblížit jeho teze s chápáním axiologickým (za jeden z momentů, o něž se soudce opírá, mohou být totiž považovány i určité buržoazní hodnoty). Nejsou vyloučeny ani pokusy spojit závěry právního realismu s některými pohledy přirozeno-právními. Tak J. Jones tvrdí, že právní realismus a přirozeno-právní školy sblížuje kritický vztah k právu jako souhrnu norem; přenášení těžiště práva na činnost soudce není v rozporu s přístupy přirozeno-právními. Změny práva, opírající se o mravní představy nelze hledat především v právních normách a principech, ale v procesu platných rozhodnutí, které přetvářejí právo v život.¹³⁾

Právní realismus tedy nesporně široce ovlivňuje i soudobé buržoazní právní myšlení a nepochybně i právní praxi v USA.

Není pochyb o tom, že není směrem převládajícím, ale byl a stále je významnou součástí angloamerické buržoazní právní teorie a ideologie ob-

¹¹⁾ D. J. Black: "The Boundaries of Legal Sociology", Yale Law Journal 81, No 6 (1972), str. 1087.

¹²⁾ V. A. Tumanov, Buržoaznaja pravovaja ideologija, Moskva 1975, str. 157.

¹³⁾ A. Jones: "Law and Morality in the Perspective of Legal Realism"; 61 Columbia Law Review 1961, No 5.

dobí všeobecné krize kapitalismu, a svou společenskou funkčností je předurčen k tomu, aby si určitý význam mezi buržoazními teoriemi podržel i nadále.

Literatura právního realismu

- Arnold T. W.: Apologia for Jurisprudence (1935), 44 Yale Law Journal, 429–53.
- Arnold T. W.: Criminal Attempts-the Rise and Fall of an Abstraction (1929), 40 Yale Law Journal, 53.
- Arnold T. W.: The Folklore of Capitalism. New Haven, 1937.
- Arnold T. W.: The Folklore of Mr. Hook-a Reply (1938), 5 University of Chicago Law Review, 349–55.
- Arnold T. W.: The Jurisprudence of Edward S. Robinson (1937), 46 Yale Law Journal, 1282–89.
- Arnold T. W.: Law Enforcement-an Attempt at Social Dissection (1932), 42 Yale Law Journal, 1–24.
- Arnold T. W.: Restatement of the Law of Trusts (1931), 31 Columbia Law Review, 800.
- Arnold T. W.: Review of L. Green, Judge and Jury (1930), 40 Yale Law Review, 833.
- Arnold T. W.: The Role of Substantive Law and Procedure in the Legal Process (1932), 45 Harvard Law Review, 617–47.
- Arnold T. W.: The Symbols of Government. New Haven, 1935.
- Arnold T. W.: Trial by Combat and the New Deal (1933), 47 Harvard Law Review, 913.
- Arnold T. W.: "Anti-trust Law Enforcement: Past and Future" (1940), 7 "Law and Contemporary Problems", 327.
- Arnold T. W.: "The Bottlenecks of Bussiness" (1940).
- Arnold T. W.: Walton H. Hamilton (1959), 68 Yale L. J., str. 399.
- Butel F. K.: Some Implication of Experimental Jurisprudence (1934), 48 Harvard Law Review, 169–97.
- Bingham J. W.: Legal Philosophy and the Law (1914), 9 University of Illinois Law Review, 1–26.
- Bingham J. W.: The Nature of Legal Rights and Duties (1913), 12 Michigan Law Review, 1–26.
- Bingham J. W.: What Is the Law? (1912), 11 Michigan Law Review 1, 109.
- Bodenheimer E.: "Analytic Positivism, Legal Realism and the Future of Legal Method", 44 Virginia Law Review, 365, (1958).
- Chafee Z. Jr.: Some New Ideas about Law (1936), 11 Indiana Law Journal, 503–23.
- Clark E. E.: The Restatement of the Law of Contracts (1931), 42 Yale Law Review, 362.
- Cohen F. S.: Ethical Basis of Legal Criticism (1931), 41 Yale Law Journal, 201.
- Cohen F. S.: Ethical Systems and Legal Ideals. New York 1933.
- Cohen F. S.: Modern Ethics and the Law (1934), 4 Brooklyn Law Review, 35–50.

Cohen F. S.: Problems of Functional Jurisprudence (1937), 1 *Modern Law Review*, 15-26.

Cohen F. S.: Transcendental Nonsense and the Functional Approach (1935), 35 *Columbia Law Review*, 809-41.

Cohen F. S.: "Book Review" (1940) of N. S. Timashaff, *Introduction to the Sociology of Law* (1939), 53 *Harv. L. Rev.*, 707.

Cook W. W.: "Fact" and the "Statements of Facts" (1937), 4 *University of Chicago Law Review*, 233-46.

Cook W. W.: Law and the Modern Mind: a Symposium (1931), 31 *Columbia Law Review*, 82-115.

Cook, W. W.: Scientific Method and Law (1927), 13 *American Bar Association Review*, 82-115.

Cook W. W.: Substance and Procedure in the Conflict of Law (1932), 42 *Yale Law Review*, 358.

Cook W. W.: Tort Liability and the Conflict of Laws (1935), 35 *Columbia Law Review*, 202-28.

Cook W. W.: Williston on Contracts (1939), 33 *Illinois Law Review*, 497-516.

Cook W. W.: "Characterization in the Conflict of Laws" (1941), *Yale Law J.*, 191.

Corbin A. L.: Contracts for the Benefit of Third Persons (1931), 46 *Law Quarterly Review*, 12-45.

Corbin A. L.: The Law and the Judges (1914), 3 *Yale Law Journal*, 234.

Corbin A. L.: Legal Analysis and Terminology (1919), 29 *Yale Law Journal*, 163-73.

Corbin A. L.: Mr. Justice Cardozo and the Law of Contracts (1939), 39 *Columbia Law Review*, 57-87.

Corwin E.: The Constitution as Instrument and as Symbol (1936), 30 *American Political Science Review*, 1071-85.

Corwin E.: The "Higher" Law Background in American Constitutional Law (1929), 42 *Harvard Law Review*, 365-409.

Corwin E.: The Schechter Case-Landmark of What? In *Law, a Century of Progress, 1835-1935*. 3 vols., New York, 1937, II, 32-81.

Corwin E.: The Twilight of the Supreme Court. New Haven, 1934.

Douglas W. O.: And D. S. Stomas: The Business Failures Project a Study in Methodology (1930), 38 *Yale Law Journal* 1013; (1931), 40 *Yale Law Journal*, 1034.

Douglas W. O.: "Social security in the United States" (1936).

Douglas W. O.: "Stare decisis", 49 *Columbia L. Rev.*, 735, (1949).

Frank Jerome: "Law and the Modern Mind", vyd. I. 1930, vyd. II. 1931, 1935, vyd. IV. 1936, vyd. V. 1936, vyd. VI. 1949.

Frank Jerome: "Are Judges Human", 80 *University of Pennsylvania Law Review* (1931), 17-233.

Frank Jerome: "What Courts do in Fact", 26 *Illinois Law Review* (1932), str. 645, 761.

Frank Jerome: "Mr. Justice Holmes and Non Euclidean Legal Thinking", 17 *Cornell Law Quarterly*" (1932), 568.

Frank Jerome: "Why not a Clinical Lawyer's School?" 31 *University of Pennsylvania, Law Review* (1939), 907.

Frank Jerome: "What Constitutes a Good Legal Education?", 19 *American Bar Association Journal* 1933, 723.

Frank Jerome: "Save America First" (1938).

Frank Jerome: "If Men Were Angels" (1942).

Frank Jerome: "White Collar Justice" — Saturday Evening Post 17. July 1943.

Frank Jerome: Book Review, 52 Yale Law Journal (1943), 935.

Frank Jerome: Book Review, 57 Harvard L. Rev. (1944), 1120.

Frank Jerome: "The Cult of the Robe", 28 Saturday Rev. of Literature (1945), 12.

Frank Jerome: "Fate and Freedom".

Frank Jerome: Book Review, 59 Harvard Law Rev. (1946), 1004.

Frank Jerome: Book Review, 56 Yale Law Journal (1947), 549.

Frank Jerome: "A Plea For Lawyer-Schols", 56 Yale Law Journal (1947), 1303.

Frank Jerome: A Sketch of An Influence in "Interpretations of Modern Legal Philosophies" (1947), 189.

Frank Jerome: "Words and Music", 47 Columbia Law Journal (1947), 1259.

Frank Jerome: "Say it with Music", 61 Harvard Law Review (1948), 921.

Frank Jerome: "Book Review", 15 University of Chicago Law Review (1948), 462.

Frank Jerome: "Gardozo and the Upper-Court Myth", 13 Law and Contemporary Problems (1948), 369.

Frank Jerome and Barbora Frank: "Not Guilty", Garden City, New York, Doubleday a comp. 1957, str. 261, 3, 75 dol.

Frank Jerome: "Courts Trial", 1950.

Frank Jerome: "The Place of the Expert in a Democratic Society". (1949), 16 Phil. of science.

Frank Jerome: "The Scientific Spirit and Economic Dogmatism" v "Science and Democracy" (1946), 11, 20, 21.

Frank Jerome: "A Conflict with Oblivion", Some Observations on the Eonders of Legal Pragmatism, 9 Rutgers Law Review, str. 425—49 (1954).

Frank Jerome: "Some Tame Reflections on Some Wild Facts" in Essays in honor of Horace M. Kallen, 56, (1953).

Frank Jerome: "Civil Law Influences on the Common Law", 104 Univ. of PO. Law Review, 887, 921—924, (1956).

Frank Jerome: "Modern and Ancient Legal Pragmatism — John Dewey & Co. v. Aristotel", 25 Notre Law, 207, 460, (1950).

Frank Jerome: "The Lawyer's Role in Modern Society", 4 Journal Pub. Law, 8, (1955).

Green L.: "The Duty Problem in Negligence Cases", 1928, (28 Col. L. Rev., 1014).

Green L.: "The Right of Privaey" (1932), 27 Il. L. Rev., 237.

Green L.: "Judge and Jury". Kansas City, 1930.

Hale R. L.: Commission Rates, and Policies (1940), 53 Harvard Law Review, 1103—44.

Hale R. L.: "Fair Value", Merry-Go-Round, 1898—1938. (1939), 33 Illinois Law Review, 517—31.

Hale R. L.: Force and the State: a Comparison of "Political" and "Economic" Compulsion (1935), 35 Columbia Law Review, 149—201.

Hale R. L.: Legal Factors in Economic Society. 2d ed., mimeographed. 2 vols., 1937.

Hale R. L.: Our Equivocal Constitutional Guaranteos (1939), 39 Columbia Law Review, 563—94.

Hale R. L.: Unconstitutional Conditions and Constitutional Rights (1935), 35 Columbia Law Review, 321.

Hale R. L.: Value and Vested Rights (1927), 27 Columbia Law Review, 523—29.

Hale R. L.: What is a "Confiscatory" Rate? (1935), 35 Columbia Law Review, 1045—52.

Hale R. L.: "Bargain Duress and Economic Liberty", 1943, (43 Columbia L. Rev., 603).

Hall J.: Theft, Law and Society. Boston 1935.

Hamilton W. H.: Preview of a Justice — (1939), 48 Yale Law Journal, 819.

Hamilton W. H.: "Acceptation with a Public Interest" (1929), 39 Yale Law Journ., 1089.

Harper F. V.: Law in Action and Social Theory (1930), 40. International Journal of Ethics, 305—29.

Harper F. V.: The Pragmatic Process in Law (1931), 41. International Journal of Ethics, 305—38.

Hutcheson, J. C.: Jr. Judging as Administration (1934), 7 American Law School Review, 1057—76.

Hutcheson, J. C.: Judgement Intuitive. Chicago, 1938.

Hutcheson J. C.: Law as Liberator. Chicago, 1937.

Hutcheson J. C.: This Thing Men Call Law (1934), 2 University of Chicago Law Review, 1—13.

Isaacs N.: How Lawyers Think (1923), 23 Columbia Law Review, 555—63.

Isaacs N.: The Law and the Facts (1922), 22 Columbia Law Review, 1—13.

Keyser C. J.: Nature of the Doctrinal Function and Its Role in Rational Thought (1932), 41 Yale Law Journal, 713—44.

Lerner M.: Constitution and Court as Symbols (1937), 46 Yale Law Journal, 1290—1319.

Levy B. H.: Gardozo and the Frontiers of Legal Thinking. New York, 1938.

Levy B. H.: Law a Dynamic Integration (1936), 5 Brooklyn Law Review, 417—52.

Lichtman M. M.: The Application of the Theory of Relativity to Law (1932), 6 Temple Law Quarterly, 311—31, 515—51.

Lichtman M. M.: Four Modern Philosophies and Their Application to Law (1931), 5 Temple Law Quarterly, 215—34.

Llewellyn K. N.: Across Sales on Horseback (1939), 52 Harvard Law Review, 725—46.

Llewellyn K. N.: Behind the Law of Divorce (1932), 32 Columbia Law Review, 1281—1308; (1933), 33 Columbia Law Review, 249—94.

Llewellyn K. N.: The Bramble Bush., New York, 1930.

Llewellyn K. N.: Case Law, in Encyklopedia of the Social Sciences.

Llewellyn K. N.: Cases and Materials on the Law of Sales. Chicago, 1930. Introduction.

Llewellyn K. N.: The Conditions for and the aims and Methods of Legal Research, In Handbook of the Association of American Law Schools. 1929. Page 35.

Llewellyn K. N.: The Constitution as an Institution (1934), 34 Columbia Law Review, 1.

Llewellyn K. N.: Legal Tradition and Social Science Method a Realist's Critique, in Essays on Research in the Social Sciences. Washington, 1931.

Llewellyn K. N.: The Normative, the Legal, and the Law Jobs; the Problem of Juristic Method (1940), 49 Yale Law Journal, 1355—1401.

Llewellyn K. N.: On Philosophy in American Law (1934), 82 University of Pennsylvania Law Review, 205—12.

Llewellyn K. N.: On Warranty of Quality and Society (1936), 36 Columbia Law Review, 699; (1937), 37 Columbia Law Review, 341.

Llewellyn K. N.: *Our Case Law of Contract: Offer and Acceptance* (1938), 48 *Yale Law Journal*, 1-37, 497-527.

Llewellyn K. N.: *Präjudizienrecht und Rechtsprechung in Amerika*. Leipzig, 1933.

Llewellyn K. N.: *A Realistic Jurisprudence-the Next Step* (1930), 30 *Columbia Law Review*, 431-65.

Llewellyn K. N. *The Rule of Law in Our Case Law of Contract* (1938), 47 *Yale Law Journal*, 1243-72.

Llewellyn K. N.: *Some Realism about Realism-Responding to Dean Pound* (1931), 44 *Harvard Law Review*, 1222-64.

Llewellyn K. N.: *Trough Title to Contract and a Bit Beyond* (1938), 15 *New York University Law Quarterly Review*, 159-209.

Llewellyn K. N.: *Common Law Reform of Consideration* 1941, 41 *Columbia Law Review*, 863.

Llewellyn K. N.: *On Reading and Using the New Jurisprudence* (1940), 40 *Columbia L. Rev.*, 581.

Llewellyn K. N.: *Law and the Social Sciences-Especially Sociology*. HLR 62 *Harw. R.* 1286 (1949).

Llewellyn K. N.: *Jurisprudence, Realism in Theory and Practice*, Chicago, 1962.

Moore U. and G. Sussman: *The Lawyer's Law* (1932), 41 *Yale Law Journal*, 566-76.

Nelles W.: *Toward Legal Understanding* (1934), 34 *Columbia Law Review*, 862-89, 1041-75.

Oliphant H.: *Current Discussions of Legal Methodology* (1921), 7 *American Bar Association Journal*, 241-43.

Oliphant H.: *Facts, Opinions, and Value-Judgments* (1932), 10 *Texas Law Review*, 127-39.

Oliphant H.: *The Public and the Law, the Three Major Criticism of the Law and their Validity* (1932), 18 *American Bar Association Journal*, 787-93.

Oliphant H.: *The Return to Stare Decisis* (1928), 14 *American Bar Association Journal*, 71, 159.

Oliphant H.: *Introduction to J. Rueff "From the Physical to the Social Sciences"* (1929).

Oliphant H.: *The Relation of Current Economic and Social Problems to the restatement of Law* (1923), 10 *Proceedings Am. Ac. Pol. sc.*, 323.

Patterson E. W.: *Can Law Be Scientific?* (1930), 25 *Illinois Law Review*, 121-47.

Patterson E. W.: *Cardozo's Philosophy of Law* (1939), 88 *University of Pennsylvania Law Review*, 71-91, 156-76.

Patterson E. W.: *Pragmatism as a Philosophy of Law*, in *The Philosopher of the Common Man*. New York, 1940.

Patterson E. W.: *The Restatement of the Law of Contracts* (1933), 33 *Columbia Law Review* 397-427.

Radin M.: *The Chancellor's Foot* (1935), 49 *Harvard Law Review*, 44-67.

Radin M.: *The Courts and Administrative Agencies* (1935), 23 *California Law Review*, 469-81.

Radin M.: *The Education of a Lawyer* (1937), 25 *California Law Review* 676-92.

Radin M.: *The Law and Mr. Smith*. New York, 1938.

Radin M.: *Law as Logic and Experience*. New Haven, 1940.

Radin M.: *Legal Realism* (1931), 31 *Columbia Law Review*, 824-28.

- Radin M.: Permanent Problems of the Law (1929), 15 Cornell Law Quarterly 1-24.
- Radin M.: A Restatement of Hohfeld (1938), 51 Harvard Law Review, 1141-64.
- Radin M.: Scientific Method and the Law (1931), 19 California Law Review 164-72.
- Radin M.: The Theory of Judicial Decision (1925), 11 American Bar Association Journal, 357.
- Radin M.: A Short Way with Statutes (1942), 56 Harw. L. R., 388.
- Radin M.: "The Trail of the Calf", 32 Cornell Law G. 137/1946.
- Robinson E. S.: Law and the Lawyers. New York, 1935.
- Ulman J. N.: A Judge Takes the Stand. New York, 1933.
- Ulman J. N.: Realistic Analysis of Legal Concepts (1932), 5 China Law Review, 1.
- Yntema H. E.: The Antecedents of Examination before Trial in New York (1934), 34 Columbia Law Review, 831.
- Yntema H. E.: The Hornbook Method and the Conflict of Laws (1927), 37 Yale Journal, 468.
- Yntema H. E.: Implications of Legal Science (1933), 10 New York University Law Quarterly Review, 279-310.
- Yntema H. E.: Legal Science and Reforms (1934), 34 Columbia Law Review, 207-229.
- Yntema H. E.: The Purview of Research in the Administration of Justice (1931), 16 Iowa Law Review, 337-60.
- Yntema H. E.: Rational Basis of Legal Science (1931), 31 Columbia Law Review, 925-55.
- Yntema H. E.: Constitutional Principles and Jurisprudence (1937), 25 Georgetown Law Journal, 577-606.

„Теория правового реализма“

Резюме

В работе произведен критический анализ современной англо-американской правовой теории, имевшей и поныне имеющей большое значение главным образом в Соединенных Штатах Америки.

Вводная часть посвящена анализу главнейших специфических особенностей англо-американской области права, охватывающей значительную часть правовых систем стран мировой капиталистической системы. В их основе лежат основополагающие принципы, выведенные из английского common law, в частности принцип прецедента. Для применения прецедента действует принцип, что суд связан решением вышестоящего суда (authoritative precedents). Всякое вступившее в законную силу решение является важнейшим аргументом, который заслуживает в связи с принятием решений серьезного внимания (persuasive precedents). Однако размежевание обязательного и необязательного в отдельно взятом прецеденте является в известной мере спорным; нечеткость этого размежевания представляет собой один из важнейших исходных аргументов англо-американских правовых теорий в период общего кризиса капитализма.

Сам по себе принцип прецедента признает за судьей ответственную роль, как в области буржуазного правотворчества, так и, в частности, в процессе практического применения буржуазного права. В период общего кризиса капитализма деятельность судей стала одним из методов по приспособлению права объективным требованиям и потребностям противоречивого развития современной буржуазной общественно-экономической формации, а в некоторых случаях и субъективным интересам отдельных группировок буржуазии. Этот факт подтверждается анализом некоторых аспектов в отношении места суда и судьи в США.

Во втором разделе статьи автор доказывает, что при наличии таких условий весьма видное практическое, политическое значение имеют современные буржуазные англо-американские правовые науки, преследующие цель теоретического оправдания процедуры судов и административных органов. Современная буржуазная теория берет свое начало от условий нынешнего буржуазного общества, будучи обусловлена совокупностью тех процессов в политической структуре, государственном механизме, законодательстве и правоприменительной деятельности, которые выливаются в кризис буржуазной законности.

Правовой реализм неадекватно отражает и обобщает некоторые стороны этого процесса и теоретически оправдывает их, как якобы единственно возможные, соответствующие развитию общества.

Сказанное, конечно, не сводится к тому, что зарождение правового реализма не оказалось под влиянием гносеологических корней и, следовательно, что здесь не имеется объективно существующей проблемы природы правовой нормы и диалектической взаимосвязи между общим в правовой норме и единичным в индивидуальном решении государственного органа. Теория правового реализма отчетливо видит именно эту проблему и к тому же наличие последней достаточно полно проиллюстрировано ею на результатах анализа правоприменительной деятельности в США.

Сам факт постановки этой гносеологической проблематики можно считать в известном смысле даже вкладом правового реализма. Но теоретический ответ право-

вого реализма с научной точки зрения является вовсе неправильным и в методологическом отношении несостоятельным. Реализм возводит в абсолют одну изолированную сторону соотношения единичного и общего в правовой регламентации и приходит таким образом к методологически и гносеологически несостоятельным, абсурдным утверждениям и выводам.

Наряду с гносеологическими корнями и причинами, берущими свое начало в относительно автономной преемственности от предшествующего развития англо-американского правового мышления, зарождение правового реализма бесспорно имеет также причину непосредственно в развитии и противоречиях буржуазного общества и, являясь составной частью буржуазной идеологии, оказывает известное влияние на функционирование механизма буржуазного общества.

„Правовой реализм“ и „правовой скептицизм“ — это наиболее радикальные концепции, направленные в конечном счете на ослабление классических принципов буржуазной законности.

Высказывается предположение, что зарождение и развитие правового реализма имело место в связи с обострившимися политическими проблемами по поводу крупного экономического и общественного кризиса США в начале тридцатых годов. При этом природа правового реализма может быть полностью раскрыта только совокупностью ряда общественно-социальных, исторических и гносеологических факторов в их взаимосвязи. Общественная значимость реалистической теории нормотворчества и правоприменительной деятельности состоит в том, что теоретически отрицает значение действующих правовых норм, провозглашая в качестве права то, что предпринимается судами или же в будущем будет предпринято ими для сохранения капиталистического строя и что они сочтут приемлемым для своих попыток по предотвращению трудностей и усиливающихся противоречий. Реализм приходит к констатации отсутствия некоторых принципов буржуазной законности и по сути дела к признанию свободного усмотрения судьи. Природа буржуазной правовой теории приводит к тому, что последняя может выступать в качестве вове независимой науки от классовых условий и интересов, занимающейся в основном разрешением юридически методологических и гносеологических проблем.

Правовой реализм имеет, конечно, ярко выраженные общественноклассовые аспекты и классово обусловленную функцию. В теоретическом обобщении здесь продвигалась концепция, являющаяся прямым последствием влияния современной буржуазной экономической и политической системы на правовую надстройку, в частности отступление от принципа буржуазной законности за счет гибкого функционирования судов и вообще государственного аппарата буржуазного государства. Конечно, здесь оказывается пораженной, в частности, сфера демократических прав и свобод, а также уверенности в законность, подвергаясь нападкам в антидемократическом духе со стороны монополистической буржуазии. Фактическая общественная значимость правового реализма, сущность которой затуманена пределами методологических толкований, заключается в систематическом преодолении принципов „rule of law“ и замене последних более свободным положением судьи, в силу чего он не подвергается общественному демократическому контролю в отношении нормотворчества и правоприменительной деятельности, в чем объективно заинтересованы и к чему стремятся массы трудящихся.

Таким образом, реалистическая прикладная теория представляет собой попытку буржуазных идеологов в периоде общего кризиса капитализма обосновать значительное расширение пределов судейской связанности. Ею создаются возможности в специфической форме форсировать интересы буржуазных группировок, которым подвластны органы империалистического государства. Методологические приемы право-

вого реализма позволяют и оправдывают более гибкое маневрирование активных представителей буржуазии (будь-то более либеральной или более реакционной) в процессе деятельности судов и административных органов, ослабляя тем самым значение законодательных органов.

В третьем разделе автор анализирует и подвергает критике понимание права и нормотворчества по отношению к теории правового реализма. Для правового реализма и соприкасающихся с ним социологических направлений характерно, что общество рассматривается ими как классово недифференцированное, в котором хотя и существуют различные слои, но все-таки отсутствует классовое разделение в таком виде, как это научно обосновано марксистской концепцией общественных классов.

Правовые реалисты обходят и оставляют в стороне основной вопрос, интересам каких классов служат те или иные правовые нормы и какие классовые интересы суть основным детерминирующим началом при выборе возможных вариантов в процессе правообразования и правоприменительной деятельности.

Тем самым научная ценность добытых ими частичных познаний и сделанных выводов оказывается принципиальным образом искаженной и пораженной в самой основе, выхолощенной за счет изъятия важнейших аспектов. В силу этого теоретические исследования оказываются в методологическом отношении априори лишены возможности способствовать раскрытию существенных взаимосвязей в области общественного функционирования права.

В четвертом разделе автор, пользуясь обширным материалом из первоисточников, иллюстрирует воззрения реализма в отношении правоприменительной деятельности и выработки решений, подвергая их марксистской критике. Автор иллюстрирует и рассматривает взгляды отдельных представителей реализма в отношении процесса применения правовых норм, указывая на оттенки их мнений. Преобладающее большинство сторонников правового реализма сходятся на том, что решение в конкретном случае не есть и не может быть ни связано, ни определено правовой нормой, что, напротив, суды и остальные государственные органы в основном или по меньшей мере в преобладающем количестве случаев принимают решения свободно. Правовая норма служит обоснованию решения в формальном отношении и может быть имеет значение как один из факторов, который повлияет на принятие решения судьей. Затем автором здесь же подвергается критике реалистическое понимание правоприменительной деятельности.

В пятом разделе автор показывает, что теория аппликации правового реализма в период обострившегося политического кризиса общества имеет особенно большое значение для буржуазии. В период относительного уменьшения политических трудностей монополистической буржуазии ее практическое значение, как показало фактическое развитие в США, отодвигается на задний план. Поэтому тезисы открыто провозглашающие ослабление буржуазной законности признаются большинством правовых реалистов в течение сороковых годов, в период относительной экономической и политической стабилизации США, все более резервированно, причем они же постепенно отказываются от своих наиболее острых формулировок. Таким образом, общественные причины обуславливают у части правовых реалистов определенного рода сдвиг от сомнений относительно возможностей реализации законности к модифицированным установкам и к сближению взглядов с другими современными американскими правовыми теориями.

Правовой реализм никогда не зарекомендовал себя в качестве общепринятой или преобладающей теории, но понимание им нормотворчества и приложения правовой нормы в значительной мере повлияло на всю современную американскую практику и теорию.

Группа правовых реалистов, представителем которой явился, в частности, Д. Франк, в указанный период отступления реализма, отказывается, правда, от своих прежних воззрений, но затем с помощью модифицированной аргументации развивает углубленную критику некоторых принципов буржуазной законности; возникает таким образом теория правового скептицизма. Заключительный раздел работы посвящен анализу этого варианта реализма. Отправной точкой для выводов скептицизма служит теоретическое отрицание возможности установить объективную истину в отношении фактических обстоятельств спорного дела. Применительно к выводам этой теории суд с США вообще не устанавливает и в принципе не в состоянии установить объективную истину, а опирает свое решение на „guess“, крайне субъективное соглашение о факте. Судом установленные фактические обстоятельства не только не совпадают под углом зрения правового скептицизма с реальной действительностью, но вообще-то они в принципе даже необязательно должны исходить из последней или же не могут. Следовательно, правовой скептицизм исходит из принципиального отказа от возможности установить объективную реальность в судебном процессе.

Между объективной реальностью и тем, что суд считает в качестве установленного состава преступления, в соответствии с данной теорией имеются различия трех ступеней:

- а) объективная реальность;
- б) „субъективные факты“ — субъективный взгляд суда на состав преступления, совпадение которого с объективной реальностью в принципе якобы необязательно;
- в) „установленные факты“ (reported facts) и то, о чем суд сообщает в качестве установленного фактического состава, соответствие которого „субъективным фактам“ в принципе якобы и необязательно.

Следовательно, совпадение „субъективных фактов“, опирающихся лишь на воззрение судьи, с объективной реальностью в принципе необязательно. Но это еще не все; и между этим субъективным искажением действительности и „установленными фактами“, служащими отправной точкой для принятия решения судом, имеется громадное различие. Итак, объективная реальность теряется за призмой „субъективных фактов“ и „установленных фактов“, причем не исключено, что это ради того, чтобы суд мог оперировать такого рода различиями.

Преднамеренная деятельность судьи, заранее желающего принять то или иное решение, его предвзятость, благодаря даже самому скептицизму, становится таким образом возможной или же регулярной составной частью прикладного процесса.

Следовательно, скептицизм в теоретическом отношении приходит к заключению, что в самой сущности прикладного процесса, в сущности, являющейся безусловно необходимой и незаменимой, лежит возможность судьи прийти к желаемому решению. Однако случаи отстаивания взглядов этого варианта реализма встречались лишь изредка.

Эта концепция предоставляет теоретически широкие возможности достигать желательных для господствующей монополистической буржуазии результатов при кажущемся соблюдении буржуазной законности.

В заключение автор показывает, что правовой реализм в наше время имеет влияние и большое значение; отправные тезисы последнего относительно характера прикладного процесса служат основой методологического арсенала для исследования правовых явлений некоторой части новейших вариантов социологических школ в США. Бихевиоральная юриспруденция — одна из наиболее действенных современных теоретических тенденций в изучении правообразования и правоприменительной деятельности — представляет собой лишь модернизированный вариант правового реализма, укомплектованного за счет более проработанных методов. И развитие кибернетики

в сфере исследования права отчасти опирается при изучении решений суда на исходные позиции правового реализма.

Нельзя не видеть того, что развитие правового реализма могло проходить в различных направлениях; некоторые аспекты его остались в известном смысле открытой теорией. Правовой реализм не был и не есть преобладающим направлением, но был и все еще является важной составной частью англо-американской буржуазной правовой теории и идеологии.

Jiří Čapek

Die Theorie des „juristischen Realismus“

Résumé

Die Arbeit beschäftigt sich mit der kritischen Analyse einer gegenwärtigen Rechtstheorie, die in den Vereinigten Staaten von Nordamerika erhebliche Bedeutung hatte und hat.

Der einleitende Teil der Arbeit ist der Analyse der hauptsächlich spezifischen Besonderheiten des anglo-amerikanischen Rechtsgebietes, das einen bedeutenden Teil der Rechtssysteme der Länder des kapitalistischen Weltsystems umfasst, gewidmet. Gemeinsam sind ihnen die aus dem englischen common law abgeleiteten Prinzipien, besonders das Prinzip des Präzedenzfalles. Für die Anwendung des Präzedenzrechts gilt als Grundsatz, dass das Gericht an die Entscheidung des höheren Gerichtes gebunden ist (autoritative precedents). Jede gültige Entscheidung ist ein gewichtiges Argument, das bei der Entscheidungstätigkeit ernstliche Beachtung verdient (persuasive precedents). Die Abgrenzung des Verbindlichen und des Unverbindlichen ist im einzelnen Präzedenzfall bis zu einem gewissen Grad strittig; ihre Unbestimmtheit ist einer der hauptsächlich Ausgangspunkte in der Argumentation anglo-amerikanischer Rechtstheorien in der Periode der allgemeinen Krise des Kapitalismus.

Das Prinzip des Präzedenzrechts selbst versetzt den Richter in eine wichtige Position, sowohl bei der Schaffung des bürgerlichen Rechts, als auch besonders im Prozess seiner praktischen Anwendung. In der Zeit der allgemeinen Krise des Kapitalismus wurde die Tätigkeit der Gerichte zu einer der Methoden der Anpassung des Rechts an die objektiven Erfordernisse und Bedürfnisse der widersprüchlichen Bewegung der heutigen bürgerlichen sozial-ökonomischen Formation, gegebenenfalls auch an die subjektiven Interessen und Forderungen einzelner Gruppen der Bourgeoisie. Diese Tatsache wird durch die Analyse einiger Aspekte der Stellung von Gericht und Richtern in den USA dokumentiert.

Im zweiten Kapitel weist der Autor nach, dass unter diesen Bedingungen den gegenwärtigen bürgerlichen anglo-amerikanischen Rechtstheorien, die um die theoretische Rechtfertigung des Vorgehens der Gerichte und der Verwaltungsorgane bemüht sind, erhebliche praktische politische Bedeutung zukommt. Die gegenwärtige bürgerliche Rechtstheorie, die den Bedingungen der jetzigen bürgerlichen Gesellschaft entspringt, ist durch die Gesamtheit jener Prozesse in der politischen Struktur, dem staatlichen Mechanismus, dem Recht und seiner Anwendung, die in der Krise der bürgerlichen Gesetzlichkeit ausmündet, bedingt.

Der juristische Realismus stellt die nicht adäquate Widerspiegelung und Verall-

gemeinerung einiger Seiten dieses Prozesses dar und rechtfertigt sie theoretisch als scheinbar einzig mögliche und der Entwicklung der Gesellschaft entsprechende.

Damit soll nicht gesagt werden, dass die Entstehung des juristischen Realismus nicht durch seine gnoseologischen Wurzeln beeinflusst ist, und dass es das objektiv existierende Problem der Natur der Rechtsnorm und der dialektischen Beziehung des Allgemeinen in der Rechtsnorm und des Einzigartigen in der individuellen Entscheidung des Staatsorganes nicht gibt. Die Theorie des juristischen Realismus sieht eben dieses Problem deutlich und darüber hinaus dokumentiert sie seine Existenz reichlich durch die Analyse der Rechtspraxis in den USA.

Die Herausstellung dieses gnoseologischen Problems kann man sogar als einen gewissen Beitrag des juristischen Realismus betrachten. Aber die theoretische Antwort des juristischen Realismus ist wissenschaftlich vollkommen unrichtig und methodologisch unhaltbar. Der Realismus absolutisiert eine isolierte Seite der Beziehung des Einzigartigen und des Allgemeinen in der rechtlichen Regelung und gelangt so zu methodologisch und gnoseologisch unhaltbaren, absurden Behauptungen und Schlussfolgerungen.

Neben seinen gnoseologischen Wurzeln sowie den Ursachen, die in der relativ autonomen Anknüpfung an die vorhergehende Entwicklung des anglo-amerikanischen juristischen Denkens beruhen, hat die Entstehung des juristischen Realismus unstrittig auch ihre unmittelbare in der Entwicklung und den Widersprüchen der bürgerlichen Gesellschaft beruhende Ursache und hat als Bestandteil der bürgerlichen Ideologie einen gewissen Einfluss auf das Funktionieren des politischen Mechanismus der bürgerlichen Gesellschaft.

„Juristischer Realismus“ und „juristischer Skeptizismus“ sind die radikalsten Konzeptionen, die zu guter Letzt auf die Abschwächung der klassischen Grundsätze der bürgerlichen Gesetzmäßigkeit ausgerichtet sind.

Man spricht die Vermutung aus, dass die Entstehung und die Entwicklung des juristischen Realismus mit den zugespitzten politischen Problemen der grossen Wirtschafts- und Gesellschaftskrise der USA am Beginn der Dreissigerjahre zusammenhängt. Der Charakter des juristischen Realismus lässt sich dabei vollständig nur aus der Gesamtheit einer Reihe von gesellschaftlich-sozialen, historischen und gnoseologischen Faktoren in ihrer gegenseitigen Bindung erklären. Die gesellschaftliche Bedeutung der realistischen Theorie der Schaffung und der Anwendung der Rechtsnorm beruht darin, dass sie theoretisch die Bedeutung der geltenden Rechtsnormen leugnet und das, was die Gerichte zur Erhaltung der kapitalistischen Gesellschaftsordnung tun, respektive in Zukunft tun werden, und was sie als geeignet für den Versuch, die Schwierigkeiten und wachsenden Widersprüche abzuwenden, ansehen werden, als Recht erklärt. Der Realismus gelangt zur Konstatierung der Nichtexistenz einiger Prinzipien der bürgerlichen Gesetzmäßigkeit und zur grundsätzlichen Anerkennung des freien richterlichen Ermessens als gnoseologisch und noetisch gegebenes Wesen des Prozesses überhaupt.

Der Charakter der bürgerlichen Rechtstheorie führt dazu, dass sie nach aussen als von Klassenverhältnissen und Interessen unabhängige Wissenschaft, die im Wesen rechtsmethodologische und gnoseologische Probleme löst, auftreten kann.

Der juristische Realismus hat jedoch ausgesprochen gesellschaftlich klassenmässige Aspekte und seine klassenmässig bedingte Funktion. In theoretischer Verallgemeinerung hat sich hier eine Konzeption durchgesetzt, die die direkte Folge des Einflusses des gegenwärtigen bürgerlichen ökonomischen und politischen Systems auf den juristischen Überbau, besonders ein Abrücken vom Prinzip der bürgerlichen Gesetzmäßigkeit in der Richtung des elastischen Fungierens der Gerichte und des Staatsapparates

des bourgeoisen Staates überhaupt, ist. Betroffen ist hier allerdings besonders die Sphäre der demokratischen Rechte und Freiheiten, sowie der Rechtssicherheit, gegen die die Angriffe der antidemokratischen Tendenzen der monopolistischen Bourgeoisie gerichtet sind. Die wirkliche gesellschaftliche Bedeutung des juristischen Realismus, die im Wesen durch die Lücken der methodologischen Darlegungen verdeckt wird, beruht in der Überwindung der Prinzipien "rule of law" und ihrer Ersetzung durch die freiere Stellung des Richters, der auf diese Weise der öffentlichen demokratischen Kontrolle bei der Schaffung und der Anwendung des Rechts, an der die Massen der Werktätigen interessiert und um die sie bemüht sind, entgeht.

Die realistische Theorie der Applikation ist so der Versuch der Ideologen der Bourgeoisie, in der Periode der allgemeinen Krise des Kapitalismus eine erhebliche Lockerung der Grenzen der richterlichen Gebundenheit zu begründen. Sie ermöglicht die spezifische Form für die Durchsetzung der Interessen der bourgeoisen Gruppen, die die Organe des imperialistischen Staates beherrschen. Der methodologische Zugang des juristischen Realismus ermöglicht und verteidigt das elastischere Manövrieren der Exponenten der Bourgeoisie (sei es der liberaleren oder der reaktionäreren) im Prozess der Tätigkeit der Gerichte und der Verwaltungsorgane und dadurch eine Abschwächung der Bedeutung der gesetzgebenden Organe.

Im dritten Kapitel analysiert und kritisiert der Autor die Auffassung des Rechts und der Schaffung der Rechtsnorm in der Theorie des juristischen Realismus. Für den juristischen Realismus und die an ihn anknüpfenden soziologischen Richtungen ist charakteristisch, dass ihrer Auffassung nach die Gesellschaft klassenmässig nicht differenziert ist, in ihr zwar verschiedene Schichten existieren, sie jedoch nicht so klassenmässig geteilt ist, wie dies die marxistische Konzeption der Gesellschaftsklassen wissenschaftlich begründete.

Die grundlegende Frage, den Interessen welcher Klassen diese oder jene Rechtsnormen dienen und welche Klasseninteressen das grundlegende determinierende Moment bei der Wahl der möglichen Varianten im Prozess der Rechtsschöpfung und Anwendung sind, wird von den juristischen Realisten umgangen und beiseite gelassen.

Dadurch wird allerdings der wissenschaftliche Wert der Teilerkenntnisse und Schlussfolgerungen, zu denen sie gelangen, prinzipiell gekennzeichnet und in der Grundlage selbst berührt und seiner gewichtigsten Aspekte beraubt. Die theoretischen Forschungen sind auf diese Weise apriori methodologisch der Möglichkeit entkleidet, zur Enthüllung der wesentlichen Zusammenhänge der gesellschaftlichen Funktionalität des Rechts beizutragen.

Im vierten Kapitel dokumentiert der Autor anhand eines umfangreicheren Quellenmaterials die Ansichten des Realismus auf den Prozess der Rechtsanwendung und der Entscheidungstätigkeit und unterwirft sie der marxistischen Kritik. Der Autor dokumentiert und analysiert die Ansichten der einzelnen Repräsentanten des Realismus auf den Prozess der Anwendung der Rechtsnorm und weist auf die Schattierungen ihrer Standpunkte hin. Die entscheidende Mehrheit der Anhänger des juristischen Realismus ist darin einig, dass die Entscheidung im konkreten Falle durch die Rechtsnorm weder gebunden noch bestimmt ist und sein kann, sondern dass die Gerichte und die übrigen Staatsorgane im Wesen oder wenigstens in entscheidendem Masse frei entscheiden. Die Rechtsnorm dient der formalen Begründung der Entscheidung und kann vielleicht als einer der Faktoren, die die richterliche Entscheidung beeinflussen, Bedeutung haben. In diesem Teil unterzieht der Autor die realistische Auffassung der Rechtsanwendung seiner Kritik.

Im fünften Kapitel führt der Autor den Beweis, dass die praktische Bedeutung

der Applikationstheorie des juristischen Realismus für die Bourgeoisie in der Periode der verschärften politischen Krise der Gesellschaft besonders gross ist. In der Zeit der relativen Mässigung der politischen Schwierigkeiten der monopolistischen Bourgeoisie tritt ihre praktische Bedeutung, wie die tatsächliche Entwicklung in den USA es zeigt, in den Hintergrund. Die Thesen, die die Abschwächung der bourgeoisen Gesetzlichkeit offen proklamieren, werden daher im Verlauf der Vierzigerjahre, in der Zeit der relativen ökonomischen und politischen Stabilisierung der USA, von der Mehrheit der juristischen Realisten immer zurückhaltender zugegeben und schliesslich rückt sie allmählich von ihren provokativsten Formulierungen ab. Gesellschaftliche Ursachen bedingen auf diese Weise den Übergang eines Teiles der juristischen Realisten von Zweifeln an der Möglichkeiten der Realisierung der Gesetzlichkeit zu modifizierten Positionen und zur Annäherung ihrer Ansichten an andere gegenwärtige amerikanische Rechtstheorien.

Der juristische Realismus wurde niemals zur allgemein angenommenen und überwiegenden Theorie, seine Auffassung von der Schaffung und Anwendung der Rechtsnorm beeinflusste jedoch erheblich die gesamte gegenwärtige amerikanische Praxis und Theorie.

Eine Gruppe von juristischen Realisten, die besonders durch J. Frank repräsentiert wird, verlässt zwar in dieser Zeit des Rückzuges des Realismus einige ihrer früheren Ansichten, entwickelt aber später mit Hilfe einer modifizierten Argumentation die vertiefte Kritik einiger Prinzipien der bourgeoisen Gesetzlichkeit; so bildet sich die Theorie des juristischen Skeptizismus heraus. Der letzte Teil der Arbeit ist der Analyse dieser Variante des Realismus gewidmet. Die Ausführungen des Skeptizismus gehen von der theoretischen Leugnung der Möglichkeit, objektiv wahrheitsgemäss den Tatbestand der strittigen Sache festzustellen, aus. Laut den Schlussfolgerungen dieser Theorie stellt das Gericht in den USA nicht die objektive Wahrheit fest und ist auch prinzipiell nicht imstande, sie festzustellen, sondern stützt seine Entscheidung auf „guess“, die äusserst subjektive Mutmassung bezüglich der Wirklichkeit. Die durch das Gericht festgestellte Wirklichkeit deckt sich für den juristischen Skeptizismus nicht nur nicht mit der objektiven Wirklichkeit, sondern muss, respektive kann, nicht einmal prinzipiell von ihr ausgehen. Der juristische Skeptizismus geht also von der grundsätzlichen Ablehnung der Feststellung der objektiven Realität im gerichtlichen Prozess aus.

Zwischen der objektiven Realität und dem, was das Gericht für den festgestellten Tatbestand hält, besteht laut dieser Theorie ein Unterschied, der in drei Stufen zum Ausdruck kommt:

- a) die objektive Realität;
- b) die „subjektiven Fakten“ – die subjektive Ansicht des Richters auf den Tatbestand, die sich angeblich grundsätzlich nicht mit der objektiven Realität decken muss;
- c) die „festgestellten Fakten“ (reported facts), und zwar das, was das Gericht als festgestellten Tatbestand, der angeblich grundsätzlich nicht einmal mit den „subjektiven Fakten“ übereinstimmen muss, bekanntgibt.

Die „subjektiven Fakten“, die sich nur auf die Ansicht des Richters stützen, müssen sich grundsätzlich nicht mit der objektiven Realität decken. Aber das genügt nicht; auch zwischen dieser subjektiven Verzerrung der Wirklichkeit und den „festgestellten Fakten“, von denen das Gericht bei der Festlegung der Entscheidung ausgeht, kann ein abgrundtiefer Unterschied bestehen. Die objektive Realität verliert sich daher hinter dem Prisma der „subjektiven Fakten“ und der „festgestellten Fakten“ und es wird nicht ausgeschlossen, dass das Gericht mit diesen Unterschiedlichkeiten operieren kann.

Die vorsätzliche Tätigkeit des Richters, der im vorhinein eine bestimmte Entscheidung wünscht, seine Voreingenommenheit, wird so für den Skeptizismus zu einem möglichen, ja regelmässigen Bestandteil des Anwendungsprozesses.

Der Skeptizismus gelangt also theoretisch zur Schlussfolgerung, dass im Wesen des Applikationsprozesses selbst, im Wesen, das notwendig und unausweichlich ist, die Möglichkeit für den Richter liegt, zur gewünschten Entscheidung zu gelangen. Die Meinungen dieser Variante des Realismus wurden allerdings nur sporadisch vertreten.

Diese Konzeption bietet theoretisch breite Möglichkeiten, Ergebnisse zu erzielen, die für die herrschende monopolistische Bourgeoisie erwünscht sind, und dies bei scheinbarer Einhaltung der bourgeoisen Gesetzmäßigkeit.

Zum Schluss belegt der Autor, dass der juristische Realismus in der Gegenwart Einfluss und erhebliche Bedeutung hat; seine Ausgangsthesen über die Natur des Applikationsprozesses sind Grundlage und methodologische Ausrüstung für das Herangehen an die Erforschung der rechtlichen Erscheinungen für Teile der neuesten Varianten der soziologischen Schulen in den USA. Die Jurisprudenz des Behaviourismus, eine der lebendigsten gegenwärtigen theoretischen Tendenzen beim Studium der Schaffung und der Anwendung des Rechts, ist nur eine modernisierte, durch besser durchgearbeitete Methoden bereicherte Variante des juristischen Realismus. Auch die Entfaltung der Kybernetik bei der Erforschung des Rechts stützt sich zum Teil bei der Erforschung der gerichtlichen Entscheidungen auf die Ausgangspositionen des juristischen Realismus.

Es ist nicht zu übersehen, dass der juristische Realismus sich in verschiedenen Richtungen entwickeln konnte; in gewissem Sinne blieben einige seiner Aspekte eine offene Theorie. Der juristische Realismus war und ist nicht die überwiegende Richtung, war und ist jedoch ständig ein bedeutender Bestandteil der angloamerikanischen bourgeoisen Rechtstheorie und -ideologie.

Jiří Čapek

The „Legal Realism“ Theory

Summary

The treatise is a critical analysis of the contemporary legal doctrine which, especially in the United States of America, was and is of considerable importance.

The introductory part is devoted to the analysis of the principal specific peculiarities of the Anglo-American sphere of law embodying a great part of the legal systems of the capitalist countries in the world. Common to them are the main principles derived from the English Common Law, in particular the principle of precedent. To the application of precedent the principle applies that the court is bound by the decision of a superior court (authoritative precedents). Each valid decision is a weighty argument deserving serious attention in taking decisions (persuasive precedents). The boundary between the binding and not binding in an individual precedent is, however, debatable to a certain extent, its vagueness is one of the principal starting arguments of the Anglo-American jurisprudence in the period of the general crisis of capitalism.

The principle of precedent itself places the judge in an important position both in the making of the bourgeois law and, in particular, in the process of its practical application. In the period of the general crisis of capitalism the work of the courts became one of the methods of adapting the law to the demands and requirements of the controversial motion of the contemporary bourgeois social and economic formation and to the subjective interests and requirements of the various groups of the bourgeoisie respectively. This fact is documented by the analysis of some of the aspects of the position of courts and judges in the USA.

In the second chapter the author establishes that in such conditions the contemporary bourgeois Anglo-American legal doctrines endeavouring to justify theoretically the procedure of the courts of justice and of the government authorities are of considerable practical and political significance. The contemporary bourgeois legal theory sprouts from the conditions of the recent bourgeois society, is conditioned by the aggregate of processes in the political structure, machinery of state, law and its application that lead into the crisis of bourgeois legality.

Legal realism reflects inadequately and generalises some aspects of the process justifying them theoretically as being seemingly the only possible ones complying with the evolution of society.

This does not mean to say, of course, that the emergence of legal realism is not affected by gnoseological roots and that consequently there is no objectively existing problem of the nature of rule of law and dialectic general relation in the rule of law and unique in the individual decision of government authority. It is just this problem the theory of legal realism sees clearly and, in addition, documents generously its existence by an analysis of the USA legal practice.

It is even possible to consider the very position of these gnoseological problems as a certain contribution of legal realism. But the theoretical answer of legal realism is scientifically quite incorrect and methodologically untenable. Realism makes a single isolated aspect of the unique to general relation in legal ruling absolute arriving thus methodologically and gnoseologically to untenable, absurd claims and conclusions.

In addition to gnoseological roots and also causes attaching to relatively autonomous links with the preceding development of the Anglo-American legal thinking, the emergence of legal realism has also a cause present immediately in the evolution and contradictions of the bourgeois society and as part of the bourgeois ideology affects to an extent the functioning of the political mechanism of the bourgeois society.

"Legal realism" as well as "legal scepticism" are most radical conceptions aiming after all at weakening of the classic principles of bourgeois legality.

The assumption is voiced that legal realism emerges and develops in connection with the acute political problems of the great economic and social crisis in the USA in the early thirties. The nature of legal realism can be fully explained only by a summary of a number of social, historical and gnoseological factors in their interrelation. The social importance of the realistic theory of the process of law making and application consists in that it theoretically disclaims the importance of the rules of law in force declaring as law that which the courts are doing and in future shall be doing for the preservation of the capitalist system and which they will deem fit for attempts to foil difficulties and approaching clashes. Realism comes to claim the nonexistence of some of the principles of bourgeois legality and to recognise as a matter of principle the discretion of judges as a gnoseologically and noetically given substance of the process in general.

The nature of the bourgeois legal theory leads to the conclusion that it can act as a doctrine outwardly independent of class conditions and interests dealing essentially with legal methodological and gnoseological problems.

Legal realism possesses, of course, definite social class aspects and a class conditioned function. In the theoretical generalisation a conception, which is the direct consequence of the influence of the contemporary bourgeois economic and political system exerted on the legal superstructure, was asserted, in particular retreat from the principle of bourgeois legality in the direction of flexible functioning of the courts and the machinery of the bourgeois state in general. Affected is, of course, in particular the sphere of democratic rights and freedoms as well as that of legal safeguards, against which are directed the attempts of the antidemocratic tendencies of the monopolistic bourgeoisie. The actual social significance of legal realism, concealed essentially by the limits of the methodological interpretations, consists in overriding of the "rule of law" principles and their substitution by a freer status of judges, which escapes thus public democratic control of law making and of its application, and in which the working masses are interested and for which they strive.

Thus the realistic theory of application is an attempt by the bourgeois ideologists in the period of the general crisis of capitalism to justify the considerable relaxation of judicial bounds. It provides a specific form of assertion of the interests of the bourgeois groups controlling the authorities of the imperialistic state. Methodological approaches of legal realism permit and protect more flexible manoeuvring by exponents of the bourgeoisie (whether more liberal or more reactionary) in the process of the work of the courts and government authorities and thereby weakening of the importance of the legislative bodies.

In the third chapter the author analyses and subjects to criticism the conception of the relation of the law and of the rule of law making to the theory of legal realism. It is symptomatic for legal realism and the sociological tendencies attaching to it that they conceive society as undifferentiated in classes, admitting the existence of various groups in society which, however, is not divided in classes so as the marxist conception of social classes has scientifically sustained.

Legal realists bypass and leave aside the fundamental question the interests of which classes this or that rule of law serves and which class interests are the fundamental determining moment in the choice of possible variants in the process of law making and of its application.

By this is the scientific value of the partial knowledge and conclusions to which they arrive fundamentally marked and affected in its very basis and deprived of its most important aspects. Theoretical investigation is thus a priori methodologically deprived of any possibility to contribute to the discovery of essential connections of the social functionality of the law.

In the fourth chapter the author documents on extensive sources the opinions of realism on the process of application of the law and making of decisions and subjects them to marxist criticism. The author documents and analyses the views of the various representatives of realism of the process of application of the rule of law and points out the different shades of their points of view. The decisive majority of legal realism followers agrees that the decision in an actual case is not and can not be bound nor determined by a rule of law, but that the courts and other government authorities take decisions essentially or at least to a decisive extent freely. The rule of law serves formal justification of the decision and may possibly be of significance as one of the factors affecting the judge's decision. The author

subjects then in this part the realistic conception of the application of law to criticism.

In the fifth chapter the author illustrates that the practical importance of the legal realism theory is particularly great for the bourgeoisie in the period of the political crisis of society. In a period of relatively relaxed political difficulties of the monopolistic bourgeoisie its practical significance recedes into the background as was shown by the actual development in the USA. Accordingly the theses proclaiming weakening of the bourgeois legality were admitted in the course of the forties, in a period of relative economic and political stabilisation of the USA, by the majority of the legal realists with increasing restraint and later the most aggressive formulations were slowly abandoned by them. Thus the transition of a part of the legal realists from doubts about the possibilities of realisation of legality to modified attitudes and to a rapprochement of opinion with other contemporary American legal theories is contingent on social causes.

Legal realism never came to be a generally accepted or prevailing theory, its conception of rule of law making and the application thereof, however, affected with its apprehension the entire contemporary American practice and theory.

The group of legal realists represented in particular by J. Frank abandoned in the period of retreat of realism some of its former views, but later developed by virtue of modified argument profound criticism of some principles of the bourgeois legality; so the theory of legal scepticism came into being. The last part of the treatise is devoted to an analysis of this variant of realism. The deductions of scepticism proceed from the theory of disclaimer of any possibility to establish objectively truthfully the facts of a matter at issue. According to the conclusions of this theory the court in the USA does not at all, nor is it capable as a matter of principle to establish the objective truth, but sustains its decision on "guess", an extremely subjective conjecture of the facts. The facts established by the court appear to legal scepticism as not meeting the objective fact, but that they even need not and respectively can not as a matter of principle issue from it. Thus legal scepticism proceeds from fundamental rejection of the establishment of objective reality in court proceedings.

Between the objective fact and that which the court regards as the established facts of the case is, according to the theory, a difference, differentiated by three degrees:

- a) objective reality;
- b) "subjective facts" — the subjective view of the court of the facts of the case that, it is said, need not as a matter of principle meet the objective reality;
- c) "reported facts" and those which the court announces as the established facts of the case which, it is said, need not as matter of principle even comply with the "subjective facts".

"Subjective facts", therefore, need not as a matter of principle meet the objective reality, relying merely on the opinion of the judge. But this is not enough; even between such subjective distortion of the fact and the "reported facts", from which the court proceeds in taking decision, may be an abyssmal difference. Objective reality is thus being lost behind the prism of "subjective facts" and "reported facts" and it is not excluded that the court might operate with these differences.

Deliberate work of a judge, wishing in advance to take a definite decision, his bias even is for scepticism a possible or regular part of the process of application.

Scepticism, accordingly, arrives theoretically to the conclusion that in the very substance of the process of application, in a substance, that is necessary and impossible to exclude, lies the possibility of the judge to come to the desirable decision. Views of this variant of realism were, however, held but singularly.

This conception provides theoretically extensive possibilities to achieve results desirable for the ruling monopolistic bourgeoisie, under ostensible observation of bourgeois legality.

In conclusion the author brings evidence that legal realism has at present its effect and considerable significance; its starting theses on the nature of the process of application are the basis and methodological fighting equipment of the approach to the investigation of legal phenomena of the latest variants of sociological schools in the USA. Behaviourist jurisprudence, one of the most lively contemporary theoretical tendencies in the study of law making and its application, is but a modernised variant of legal realism, supplemented by more elaborate methods. Also the development of cybernetics in the investigation of the law relies partly in the examination of court decisions on the starting positions of legal realism.

It is impossible to disregard that legal realism could be developed in various respects; in a sense some of its aspects remained open theory. Legal realism was not and is not a prevailing trend, but it was and still is a significant part of the Anglo-American bourgeois legal theory and ideology.

ACTA UNIVERSITATIS CAROLINAE
IURIDICA MONOGRAPHIA XXIV-1976

JIRÍ ČAPEK

TEORIE „PRÁVNÍHO REALISMU“

KRITICKÁ STUDIE

Redakční rada časopisu:

prof. dr. Z. Lukeš (předseda), dr. K. Malý
(tajemník), doc. dr. J. Kincl, doc. dr. E. Kučera,
doc. dr. J. Nežkusil, doc. dr. J. Švestka

Vydala Univerzita Karlova Praha

Prorektor editor

prof. RNDr. Václav Prosser, CSc.

Odpovědný redaktor

doc. RNDr. J. V. Černý, CSc.

Graficky upravil Jaroslav Příbramský

© Univerzita Karlova, Praha 1977

Ediční referentka dr. Zdeňka Vávrová-Rejšková

Z nové sazby písmem Primus vytiskl Tisk,
knižní výroba, n. p., Brno, závod 1

Náklad 500 výtisků

Vydání 1

Kčs 10,—