

VĚČNÉ NÁVRATY ANEB STŘEDOVĚK NESKONČIL

JAN KYSELA*

Idea věčného návratu je v právním myšlení nejčastěji spojována s přirozeným právem, zdá se mi však, že to nemusí být unikát.¹ Žijeme sice s lineárním pojetím času, to však neznamená, že vše, co se vytratí, se také nenávratně ztrácí.² Koneckonců ve vztahu k nejednomu pojmu či institutu se užívá příměru ponorné řeky, která chvílemi mizí, aby se zanedlouho zase objevila.

Připomínce renesance některých středověkých či středověku podobných koncepcí a jevů předesílám několik vět k tématu vazeb mezi právem a dalšími společenskými vědami v reflexích soudobé společnosti, jemuž se věnovala konference, která podnítila sepsání více textů tohoto časopiseckého čísla. Reaguji tím na úvodní referáty nabízející srovnání právní, sociologické a politologické optiky výzkumu společnosti.

1. PRÁVNÍ VĚDA JAKO VĚDA SPOLEČENSKÁ

Právní věda je dozajista především vědou o právu jako normativním řádu, jehož nejvýznamnější složkou je platný právní řád toho kterého státu. Koncepční otáz-

* Autor působí jako vedoucí katedry politologie a sociologie Právnické fakulty UK.

¹ M. Eliade věnoval mýtu o věčném návratu útlou knížku. Spojuje jej s primitivními společnostmi a jejich nechutí ke konkrétnímu, historickému času, jenž se projevuje v touze po periodických návratech k počátkům, tzn. do Velké doby nebo zlatého věku. Srov. ELIADE, M.: *Mýtus o věčném návratu*. 2. vyd. Praha: Oikoymenh, 2009. J. Příbáň zase upozorňuje na autory, kteří za „pojem věčného návratu“ považují suverenitu – srov. PŘIBÁŇ, J.: Ranní červánky globálního konstitucionalismu: o „radostné“ právní vědě v postnacionální společnosti. *Právník*, roč. 2013, č. 2, s. 112. H. Arendtová zajímavě líčí Platónův nebo Polybiův přístup k počátku jako předznamenání průběhu trvání. Srov. ARENDTOVÁ, H.: *O revoluci*. Praha: Oikoymenh, 2011, kap. VI. Jako bychom tu slyšeli Masarykovu úvahu o udržování států jejich zakladatelskými idejemi.

² Pojetí času bývá ovšem leckdy fragmentarizované v tom smyslu, že se jich paralelně uplatňuje více. Např. s antikou si spojujeme pojetí cyklické (mj. střídání forem vlády, jemuž se má čelit zavedením smíšené vlády), prvkem linearity však je vzdalování se zlatému věku, tedy ne progres, nýbrž regres. Cykličnost se ovšem i tady promítá v možné víře, že po úplném úpadku se vše obnoví nanovo. Narození Krista s sebou nese křesťanskou lineárnost, ovšem světské říše stále žijí v cyklech vzniku a upadání. Lineární čas se definitivně prosazuje v osvícenství propojeném s vírou v pokrok, takže od 18. století se i revoluce obrací do budoucnosti, místo, aby obnovovaly staré dobré svobody. I tak ale přetrvaly cykly ekonomické (po každém růstu přijde pád, po každém pádu růst). Výlučně cyklické vnímání času najdeme asi jen v primitivních společnostech.

kou ovšem je, má-li být vědou o normách v podobě fixované ve formálních pramenech práva, anebo má mít širší záběr zohledňující prameny práva ve formálním i materiálním smyslu, předpoklady a dopady právní regulace, možné střety různých regulativů právních i mimoprávních atd.³

V prvním případě by asi nebylo důvodu řadit právní vědu mezi vědy společenské, protože by se o společnost vůbec nezajímala (byla by doménou logiků a jazykovědců, možná by i trochu „šustila papírem“). Má-li však být právní věda vědou realistickou, tj. mj. chápat proč a jak právní normy vznikají a také jak působí, musí se vydat druhou z naznačených cest, ovšem při stálém vědomí, že v centru její pozornosti stojí právo, takže o leckteré související výzkumné otázky se dělí s partnerskými vědami. To vyjadřuje celá metodologická orientace práva v kontextu.

Společným východiskem může být vědomí společenské konfliktnosti, vyplývající z různosti lidí, jejich zájmů a hodnot. Tato konfliktnost má být regulována a zužitkována; cílem je uchovat soutěživost a současně se vyhnout rozvratu (má jít o to, čemu se říká homeostáze, nikoliv o nehybnost). Na tom se nicméně podílejí různé typy regulativů, nejen právo, jakkoliv právě právu se podařilo sebe sama vykreslit jako regulativ unikátní objektivitou a neutralitou. Ve skutečnosti jde o jedno z tzv. velkých vyprávění, která najdeme v základech každé společnosti, jejíž legitimizaci slouží. Ve srovnání s právem ovšem působí morální a náboženské normy jako subjektivní, pochybné co do původu, málo vhodné pro regulaci rozrůzněné (pluralitní) společnosti. Nicméně i právo vychází z nějaké morální doktríny, neutrální nemůže být už kvůli obvyklé obhajobě řádu, jehož je součástí.⁴ A málokterý společenský řád nemá nějaké odpůrce.

Regulace konfliktů snižuje transakční náklady: nemusíme stále znovu provádět volby a zvažovat jejich výhodnost, protože za nás v mnoha případech rozhodl zákonodáre (normotvůrce). Otázkou ovšem někdy je, nakolik jsme vzhledem k jazyku, rozsahu, dynamice a případně i vnitřní rozpornosti právní regulace schopni zjistit, jakou volbu vlastně provedl.

V některých případech se navíc volba zákonodárcova může dostávat do střetu s volbami odpovídajícími preferencím společenství, jichž se v první řadě cítíme být součástí, a to obvykle kvůli faktu vrození do nich (*communal groups*). To jsou problémy praktické v různých typech rozdělených společností: při střetu identit kmenových, etnických, náboženských; mohou tu fungovat i subkultury gangů aj. (viz sociálně pojímaný právní pluralismus na rozdíl od ústavního pluralismu v podmínkách střetu autorizovaných právních řádů působících na jediném území⁵). Čím větší tu je divergence hodnotová, případně i v pohledu na legitimní způsoby řešení konfliktů, tím větší tenze. A tím větší riziko zpochybnění práva jako rovného měřítka pro všechny.⁶ K tomu se ještě dostaneme v souvislosti s multikulturalismem.

³ K řadě těchto otázek viz MARŠÁLEK, P.: *Právo a společnost*. Praha: Auditorium, 2008.

⁴ Kritickou, resp. delegitimizační úlohu nemívá platné právo, nýbrž právo přirozené, a dnes jím inspirované právo lidských práv.

⁵ Oběma je ovšem společný důraz na nutnost vzájemné koordinace, málo se tu operuje s hierarchickým modelem. Blízké by to bylo E. Ehrlichovi – viz PŘIBÁŇ, J.: dílo cit. v pozn. 1, s. 118–119.

⁶ Tohoto problému si na jiném místě ve společném článku všímají I. Mucha a T. Havel, ale i P. Maršálek. O. Preuss v tomto časopisu upozorňuje na fenomén tzv. kulturní obhajoby, jež spočívá v poukazu na

Kromě tohoto specifického problému však jde i o obecnější téma překvapivosti právní regulace, jež se z nějakého důvodu odchýlila od sociální konvence, tradice, obvyklého postupu (zřejmě případ tzv. kontrafaktických nebo kontrafaktuálních norem). Stane-li se to, je pravděpodobnějším, že právní úprava bude porušována, nikoliv ze zlé vůle, ale kvůli neočekávanosti. V takových případech je zvláště delikátní otázka trestu: exces z očekávání očekávatelného totiž vždy zavání rizikem legislativní svévole. Masivní porušování (nedodržování) pozitivněprávní úpravy rozporuje její sociální účinnost. I proto by mělo být zvažováno, do jakého kontextu právní úprava vstupuje a proč je vůbec nutná.

Jedním z pojitků mezi právní vědou a sociologií tak je hledání odpovědi na otázku: Čím se vlastně lidé řídí? Různé druhy pravidel také více či méně společně ukotvují do sociální praxe (nejde jen o právní realismus a sociologicko-právní školu, ale i o konstrukci pravidla uznání *H. Harta*): jak poznáme, co jako právo platí, v jaké míře je ignorované právo právem? Ekonomická věda k tomu přidává složku motivační: Nakolik je člověk *homo oeconomicus*, nakolik je vůbec racionální?

Pokud jde o vztah práva a politiky, právní vědy a politologie, oba obory si všimají člověka, vymezují se vůči jeho povaze (přirozenosti), vlastnostem a schopnostem; nějakou míru realismu stran toho, kdo je člověk a čeho se od něj můžeme nadít, očekáváme i u normativně působícího práva, nemá-li se mýjet efektivitou. Jejich primárním objektem jsou však instituce v širokém smyslu (*J. Plamenatz*: „*Pravým předmětem studia politiky není člověk, ale instituce*“⁷).

Instituce nahrazují lidem nerozvinuté instinkty, tvoří tedy rámce jejich jednání: patří mezi ně i právní normy, tradice, symboly, politické mechanismy apod. *A. Gehlen* prolašuje instituce za normativní řády jednání: stabilní systémy eliminují konflikty, které by jinak bylo třeba řešit *ad hoc*, mění-li se příliš rychle, pochází z toho nejistota.⁸ To má být i jedním z vodítek pro změny psaného práva, jež šetří čas tím, že některé volby provádí za nás (viz výše). Ač jsou instituce lidským výtvorem, na lidech se do značné míry osamostatňují, ovlivňují je, případně i maří jejich očekávání, jak postřehl např. *K. Marx*.⁹

Právním odvětvím, kde se právo a politika prolínají nejtěsněji, je ústavní právo. Právě tady lze očekávat, jak ona očekávání nemusejí být založena pouze právními normami, tedy institucemi svého druhu, nýbrž institucemi jinými. Očekávání jednání osob zastávajících ústavní funkce totiž mohou být založena tradicí či vnímáním (ne)správnosti určitých jednání, nemusejí však korespondovat možnému významu ústavních textů, mohou být na nich autonomní (konstitutivní funkce očekávání).

Můžeme tak být svědky rozporů mezi očekávaným a překvapivým postupem opřeným o nekonvenční interpretaci ústavy, případně i mezi postupem, který ústava jistě umožňuje, ale nikoho již dlouho (nikdy) nenapadlo, že by mohl být aplikován. Někdo

standardy kultury, k níž patří pachatel trestného činu, resp. na jejich odlišnost od pojetí většiny, inkorporovaného do práva.

⁷ Citováno podle SARTORI, G.: *Srovnávací ústavní inženýrství*. Praha: SLON, 2001, s. 9.

⁸ ZIPPELIUS, R.: *Geschichte der Staatsideen*. München: C. H. Beck, 10. vyd. 2003, s. 188–189.

⁹ HOSFELD, R.: *Karl Marx. Životopis intelektuála*. Praha – Litomyšl: Paseka, 2013, s. 64–65. Myšlenka nejspíše pochází z „Kapitálu“.

se tak může dovolávat možná jasného ústavního textu, a přesto být považován za bořítele ústavního konsensu, protože text ústavy může mít jen volný vztah k ústavním pravidlům ustáleným interpretací soudců a politických aktérů.¹⁰ Nejmarkantnější je to u monokratických hlav státu, ale k těmž se váže třeba také soudcovský aktivismus atd. Tady se vše propojuje: právní normy, sociální očekávání, politické role. Avšak zpět k návratům...

2. NÁVRATY STŘEDOVĚKÝCH KONCEPCÍ

Myšlenka, podle níž středověk neskončil, nýbrž stále trvá, není úplně originální. Ze středověku pocházejí instituty a instituce typu parlamentu nebo reprezentace,¹¹ rozpracovávala se zde idea transcendentně i lidmi omezené a legitimované vlády, stejně tak ovšem vznikají třeba základy novověké doktríny suverenity.

Můžeme – zhruba řečeno – rozlišit čtyři základní situace. V té **první** jde o pokračování čehosi, byť třeba i s modifikacemi; to může být zmiňovaný příklad parlamentu nebo reprezentace. Ale platí to i o základech interpretace právních textů, jež se prapůvodně odvozují od scholastické interpretace Písma, která byla glosátory přenesena na jiné „Písmo“, tj. justiniánské kodifikace. Gramatická a logická metoda odtud našly cestu až do klasifikace *F. C. von Savigny*. A nejde tu jen o metodu samotnou, ale i o přesvědčení o „posvátnosti“ interpretovaného textu, z něž se dá vyloupnout pravda.

Ve **druhé** situaci jsme konfrontováni s problémy takřikající věčnými, mezi něž patří např. rovněž už zmiňovaná omezená vláda. Starověk operuje spíše s neomezeností moci politické jednotky nad svými součástmi, údy. Uvažuje se sice o přirozeném právu nebo o právu bohů jako limitech pozemských zákonů (*Antigona*), v praxi se to však příliš neprojevuje. Římská smíšená ústava možná ztěžuje přijetí rozhodnutí, je-li však už přijato, není úplně jednoduché jej limitovat v účincích. Americký ústavní historik *E. S. Corwin* nicméně upozorňuje na *adscriptio*, tedy oprávnění augurů a Senátu zrušit zákon (lidových shromáždění) pro rozpor s povahou práva, což považuje za předchůdce *judicial review*.¹² Mohli bychom asi přidat i veto plebejských tribunů.

Pro středověk je každopádně samozřejmostí, že žádná moc není neomezená, protože má přinejmenším transcendentní limit v podobě Boží vůle a Božího zákona, v menší míře i zákona přirozeného. Na rozdíl od starověku je tu instituce působící jako interpret

¹⁰ ELKINS, Z. – GINSBURG, T. – MELTON, J.: *The Endurance of National Constitutions*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009, s. 29.

¹¹ Reprezentace jako „zpřítomnění nepřítomného“ má ještě starší kořeny, a to v podobě opakování velkých skutků z onoho času. Řada rituálů totiž nepřipomínala, nýbrž opakovala dávné zápasy třeba s dopady na stvoření světa. Díky tomu se mýtické události stávaly přítomností. Srov. ELIADE, M.: dílo citované v pozn. 1, např. s. 52. V dalším kroku se setkáme s reprezentací osoby a jejího sociálního statusu skrze „reprezentativní“ sídlo, erb nebo ostantativní spotřebu. Teprve ve třetí vývojové etapě se reprezentace váže na poměr mezi dvěma osobami, reprezentantem a reprezentovaným. A právě ta má vazbu na středověk, především v doktrínách konciliarismu, ale i v konstituování zemských sněmů. Tady se objevuje zásada „quod omnes tangit ab omnibus debet tractari“ (co se všech týká, má být všemi schvalováno), jež dala později vzniknout neméně slavné zásadě „no taxation without representation“.

¹² Viz CORWIN, E. S.: *The “Higher Law” Background of American Constitutional Law*. Indianapolis: Liberty Fund, 1955 (reprint z roku 2008), s. 11–13.

tohoto typu omezení, a tou je církev. Odstupňovaně se projevují rovněž profánní limity představované stavy, jejichž práva jsou garantována různými základními zákony říše, zlatými bulami, volebními kapitulacemi apod.

Třetí situací jsou metafory. Říká-li *C. Schmitt*, že všechny pregnantní pojmy moderní státovědy jsou původně pojmy teologickými, ukazuje to především v pojetí suveréna připodobněného Bohu: ten i onen jsou neomezenými tvůrci něčeho z ničeho. Jinou výpůjčkou je výjimečný stav jako obdoba zázraku, kdy neplatí běžná pravidla.

Situací **čtvrtou** je hledání podobností, dozajista anachronických, ale někdy snad podnětných, případně jen zajímavých.¹³ Např. doktrína papeže *Gelasia I.* o dvou mečích, resp. dvou mocích, duchovní a světské, zakládala oddělenou působnost pro *au-toritas sacrata pontificum* a pro *regalis potestas*. Autorita měla být podřízena světské moci ve věcech časných, moc autoritě ve věcech věčných. Označováno to je jako hierarchická diarchie, tj. dvouhlavost s oscilujícím vrcholem.

V současnosti se setkáme s doktrínou heterarchie (*D. Halberstam*), která se pokouší reflektovat stav jednak oscilujících orgánů s posledním slovem v USA (někdy prezident, jindy Kongres, zase jindy Nejvyšší soud), jednak střetávajících se právních řádů, mezi nimiž není jasná a pevná hierarchie (ústavní pluralismus – viz též výše). Jiným podobným konstruktem je exekutivní diarchie poloprezidentských systémů, kde se význam dvou hlav výkonné moci (prezident a předseda vlády) mění v závislosti na parlamentních volbách, tedy na tom, kdo má za sebou parlamentní většinu.

Koncepce papežské supremacie (nadřazenosti) byla definována tím, že proti papežovým úradkům se není kam odvolat. Tatáž úvaha podbarvuje současné britské diskuse o suverenitě Parlamentu, anebo soudů: kdo má poslední (konečné) slovo v otázce, co je právo?

V podobné souvislosti je možné zmínit myšlenku *Tomáše Akvinského* na margo vázanosti vládce přirozeným zákonem. Podle *Akvinského* tu vázanost dána je, ovšem jen v podobě *vis activa*, tj. síly vést vládcovy kroky, směřovat jeho svědomí, nikoliv *vis coactiva*, neboť v hierarchicky uspořádaném světě nemá panovník rovného či vyššího, jenž by jej k dodržování přirozeného zákona mohl legitimně nutit.

V zásadě stejně, tj. v podobě morálního závazku, pojímá *A. Verdross* vázanost tzv. hraničního orgánu právem. Hraniční orgán patří k právnímu systému, neboť je jím vytvořen; současně však ohraničuje prostor, kde už právní systém nepůsobí. Hraniční orgán nad sebou nemá jiný orgán, který by jej mohl donutit právo dodržovat.¹⁴

V 11. století najdeme u *Huga od Sv. Viktora* tezi o tom, že duchovní moc soudí moc světskou, sama však podléhá pouze Bohu. Ukazuje to, kterak se učení o dvou mečích během zhruba pěti staletí posunulo. Někomu to však může připomínat i pojetí odpovědnosti soudní moci: soudci jsou odpovědní a kontrolování, ovšem soudcům a soudci.

¹³ Příklady čerpám z knih ULLMANN, W.: *A History of Political Thought: The Middle Ages*. Penguin Books, 1970, BÖCKENFÖRDE, E.-W.: *Geschichte der Rechts- und Staatsphilosophie. Antike und Mittelalter*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2002, OTTMANN, H.: *Geschichte des politischen Denkens. Das Mittelalter*. Stuttgart – Weimar: Verlag J. B. Metzler, 2004, a KELLY, J. M.: *A Short History of Western Legal Theory*. 15th ed. Oxford: Clarendon University Press, 2007.

¹⁴ Srov. HOLLÄNDER, P.: *Filosofie práva*. 2. vyd. Plzeň: Aleš Čeněk, 2012, s. 40–41.

Když *Tomáš Akvinský* pojednává o zákonu, má za to, že spravedlivý zákon rovnoměrně rozděljuje zátěž z regulace. Zřejmě ne náhodou obdobná teze patří mezi zásady tzv. regulatorní reformy OECD, jež se promítají v metodikách měření dopadů regulace (RIA).

Jistě bychom našli i případy další. Každopádně nám tu nejde primárně o to, co trvá, ale o to, co se vrací. *P. Holländer* nedávno srovnával znaky předmoderního státu se státem moderním a ten následně vystavil kritice, jejímž výsledkem bylo zjištění, že moderní stát zaniká. Dáno je to především postmoderní situací, v níž se nacházíme.¹⁵

Na něj bezprostředně navazující autoři, *J. Příbáň, P. Agha a M. Šejvl*, analýzu částečně zpochybnili v tom směru, že moderní stát ve vykreslené podobě odpovídá spíše normě než skutečnosti, částečně přivítali posun k něčemu méně hierarchickému a otevřenějšímu, možná i kapku tekutému. Připomeňme jen, že tekutost je vlastností vody. *A. M. Eliade* případně upozorňuje, že v řadě mýtů působí vodní hlubiny jako symbol chaosu, zatímco ustanovení „pevných forem“ odpovídá aktu Stvoření, vítězství řádu.¹⁶ Stejně tak je chaos d'áblem v představách středověkých.

Podíváme-li se ovšem na charakteristické rysy oné postmoderní situace, nemůžeme se ubránit dojmu, že to, k čemu vede, už tu zřejmě v nějaké podobě bylo. V dalším textu si tedy v několika poznámkách všimneme možných návratů.

3. POSUNY VPŘED, VZAD, V KRUHU?

3.1 PERSONALITA PRÁVA

První markantní změnou oproti paradigmatu moderního státu je personální působnost práva, narušující moderní teritorialitu. Na území státu jsou vedle tradičních prostorů exteritoriálních (diplomatické mise) prostory nové, delokalizované, personální. Může jít jednak o dělítko občan–neobčan, které sehrává značnou roli v Pobaltí (usedlí Rusové bez občanského statusu, tj. s limitovaným vlivem na veřejnou moc), jednak, a to zejména, o fenomén multikulturalismu.¹⁷

Multikulturalismus vychází z toho, že v lidské identitě jsou složky tak podstatné, že při jejich nerespektování dochází k ohrožení sebeucty, vědomí toho, kdo jsem, lidské důstojnosti. Takovou složkou může být typicky gender, včetně neurčitého či nejistého pohlaví (tzv. třetí pohlaví a transsexualita), rasa, etnicita, sexuální orientace nebo náboženství, tedy to, co není vyjednatelné, není to předmětem směny ani kompromisu. Proti nevyjednatelné identitě, nárokuje uznání, stojí vyjednatelné zájmy, jež jsou přinejmenším implicitně stavěny níže; jsou změnitelné. V USA je zřetelněji patrné zdůrazňování genderových a rasových prvků identity, v Evropě je pozornost upírána zejména na prvky náboženské, vesměs ve spojení s islámem.

¹⁵ HOLLÄNDER, P.: Soumrak moderního státu. *Právnik*, roč. 2013, č. 1.

¹⁶ ELIADE, M.: dílo citované v pozn. 1, zejm. s. 55.

¹⁷ Základním titulem v češtině je BARŠA, P.: *Politická teorie multikulturalismu*. Brno: Centrum pro studium demokracie a kultury, 1999.

Problém samozřejmě nastává tehdy, dostávají-li se konsekvence oné specifické identity do rozporu s obecnými pravidly, jež jsou interpretována jen jako vyjádření identity odlišné od té dotčené (maskulinní, bělošské, křesťanské apod.). Jelikož jsou všechny identity stejně hodnotné, proč by se jedna měla podřizovat jiné? Můžeme se pak setkat s nároky na úpravu gramatiky (přechylování jmen), vyrovnávání znevýhodnění rasově definovaných skupin prolamováním různých standardů přístupu ke vzdělání nebo pracovní pozici, ale i na tvorbu, případně aplikaci práva. Obecné pravidlo by mělo být opatřeno výjimkou, typicky pro případ střetu se zvláštními nároky vyplývajícími ze svobody projevení náboženské víry (jízda na motocyklu v turbanu místo v helmě, podoba portrétní fotografie v osobních dokladech – míra zahalení, atd.). V posledně zmíněném případě jde tedy zhruba řečeno o rozhodování mezi rovností před zákonem a zmírňováním tvrdosti zákona dopadajícího na různé skupiny různě, případně i o poměrování subjektivních práv a veřejných dober. Jde však o míru: má se umožnit např. aplikace šarií, a pokud ano, v čem?

Personalita práva přitom byla typickým rysem středověku: právní status si každý nesl s sebou (urození a neurození, klerici a laici, Židé, cizinci apod.). *J. Baroš* v širším smyslu poněkud expresivně označuje středověký svět za slátaninu překrývajících se jurisdikcí,¹⁸ kam se dá zahrnout i papež, císař, království, města, vrchnosti atd.

3.2 PLURALISMUS A ROZPOUŠTĚNÍ ROLE STÁTU DOVNITŘ

Moderní stát měl být tím, kdo definuje a garantuje obecný zájem. Ne vždy však bylo úplně jasné, co to je. Specifický zájem státu (státní *raisona*), svébytný zájem společenství tvořícího základ státu, agregát zájmů dílčích, individuálních a skupinových? T. č. se často zpochybňuje, že by reálně mohl existovat jiný zájem než individuální; leckdy se ostatně zpochybňuje i existence společnosti.

To má ovšem dalekosáhlé důsledky v právu, které je hegemonizováno právy: mizí prostor pro realizaci státní politiky, která je delegitimizována jako „převlečený“ zájem partikulární, případně výsledek korupce. Pokud má stát pocit, že došlo k inflaci soukromých vysokých škol, má smůlu, protože by bránil podnikání, jiné podnikání je ovšem limitováno řadou antidiskriminačních záporů (koho zaměstnáme nebo kam pustíme), výstavba dálniční sítě může být donekonečna blokována žalobami jednotlivců, soudy přezkoumávají atmosféru vysokoškolských zkoušek atd. Když to trochu vyhrotím, dá se říci, že rétorika práv totiž nakonec neznámá nic jiného, než posilování soudní moci jako spojence konkrétních aktivních jednotlivců v prosazování jejich zájmů proti zájmům ostatním a ostatním.

Na začátku 20. století nabyl *C. Schmitt* při pozorování německého Říšského sněmu dojmu, že zůstal formou s proměněným obsahem: nejde tu už o hledání pravdy v debatách, nýbrž o směnu zájmů.¹⁹ Znamenalo to nástup pluralismu v podobě vyjednávání státu s různými organizovanými zájmy (odborníci, zaměstnavatelé, různorodé lobby), jež

¹⁸ BAROŠ, J.: Suverenita mezi křesťanstvím a právní modernitou. *Časopis pro právní vědu a praxi*, roč. 2011, č. 1, s. 3.

¹⁹ SCHMITT, C.: *Crisis of Parliamentary Democracy*. 4th ed. Cambridge, Massachusetts, and London, England, 1994.

současně pronikaly do politických stran, které se tak občas stávaly jejich agenturami. V této perspektivě je stát jen jedním ze sociálních svazů, což odpovídá *Gierkeho* líčení středověkých korporativních poměrů.

Při pohledu na evropské reálie s nadnárodními strukturami a nejrůznějšími zprostředkovateli moci, vlivu a zájmů má německý autor *W. Reinhard* dojem, že moderní stát skončil, takže bude přežívat jako jedna z konkurujících si entit; doslova mluví o „novém středověku“, jenž se od toho skutečného neliší mnohostí zprostředkovatelských instancí, nýbrž absencí společných hodnotových představ.²⁰ Podobnost se středověkým korporativismem ostatně vidí v současné, pluralismem způsobené, polyarchii (vládě mnohých) také *H. Huber*.²¹

Dopady to ovšem má na legitimitu státu. Není-li od Boha, ani nestřeží obecný zájem, bude legitimní pouze tehdy, bude-li funkční. My však začasté čelíme státům velkým (a drahým), avšak slabým a neefektivním. *M. Loughlin* k tomu říká, že bylo-li 20. století příznačně příliš silnými státy, hrozí v 21. století příliš slabé státy, jež přitom považuje za jedinou instituci schopnou řešit velké sociální a politické problémy.²²

3.3 OSLABOVÁNÍ STÁTU NAVENEK

Na možnosti státu hledí mnozí skepticky i z pohledu globálního. Nejen, že jsou státy oslabené, ale je to tak vlastně správné. Např. *M. Albrow* vidí posun od států k polycentrické celosvětové síti praktik, v níž jednájí jednotlivci jako nezávislí světoobčané.²³ Úvahy o polycentrickém, případně i postnacionálním světě hrají roli i v abstraktních teoriích uspořádání moci v mezinárodním systému – *A. Negri* mluví o novém impériu, které již nemá ani hlavní národ, ani centrum, je delokalizované.²⁴ *P. Carrozza* upřesňuje, že toto impérium je tvořeno systémem difusních státních a nadstátních institucí a dotýká se všech aspektů moderního života; i v nových podmínkách však rozděluje a ovládá. Státy však bere v ochranu: tváří v tvář impériu představují demokratický prvek, jsou „množstvím“, ustavující mocí mezinárodního řádu.²⁵ *D. Zolo* popisuje „polycentrickou normativní matici“, vyplývající ze samoregulace dané absencí mezinárodní „vlády“. Součástí matrice jsou všemožné interakce a vyjednávání v množství sítí.²⁶ O síti, do níž jsou státy zapojeny, píše i *M. Loughlin*; některé státy jsou ovšem

²⁰ REINHARD, W.: *Geschichte des modernen Staates*. München: C. H. Beck, 2007, s. 123.

²¹ BELLING, V.: *Legitimita moci v postmoderní době. Proč potřebuje Evropská unie členské státy?* Brno: Masarykova univerzita, 2009, s. 124. Ostatně V. Belling často připomíná Althusiova symbiotická společenství, jež jsou určitou prologací středověkého korporativismu.

²² LOUGHLIN, M.: *Sword and Scales. An Examination of the Relationship between Law and Politics*. Oxford and Portland: Oregon: Hart Publishing, 2000, s. 5.

²³ BELLING, V.: dílo citované v pozn. 21, s. 146.

²⁴ LÉVY, B.-H.: *Americká závrať*. Brno: Host, 2006, s. 314.

²⁵ CARROZZA, P.: *Constitutionalism's Post-Modern Opening*. In: LOUGHLIN, M. – WALKER, N. (eds.): *The Paradox of Constitutionalism. Constitutional Power and Constitutional Form*. Oxford: Oxford University Press, 2007, s. 177–179.

²⁶ BARŠA, P.: *Síla a rozum. Spor realismu s idealismem v moderním politickém myšlení*. Praha: Filosofia, 2007, s. 354.

stiženy spíše impotencí než dříve nárokovanou omnipotencí. Vliv má na to i globalizace a – v reakci na ní – ožívování etnických identit.²⁷

Oslabování se projevuje i v prolamování monopolu legitimního použití násilí jako symbolu širšího střežení veřejného pořádku. Na tomto poli vidíme rozkvět různých bezpečnostních agentur (na veřejný pořádek nestačí veřejná policie),²⁸ ale konfrontování jsme i s existencí soukromých armád ve státech tzv. třetího světa, případně i s využíváním soukromých firem (žoldáků) jako substitutů vojáků při vedení válečných operací.

Nevýlučnost státu je opět typická pro středověk, neboť tady ani státy moderního typu neexistovaly. Je tu naopak řada různě legitimovaných a konkurujících si mocenských subjektů. Specifické připodobnění najdeme v Evropské unii. Jsou-li ve středověku zásadními odkazy na nadstát, říši, jež je opřena o sdílené hodnoty (*imperium christianum*), my žijeme jako součást entity prezentující se jako politické, právní a hodnotové společenství.

Jakkoliv je ovšem zřejmé, že se role států mění, zůstávají privilegovanými aktéry jak v mezinárodním systému, tak na svých teritoriích. Koneckonců mít vlastní stát je pro leckoho (Skoti, Katalánci) z nějakého důvodu lákadlem i dnes. Stejně tak je vlastní stát stavěn proti sdílené Evropské unii i v úvahách o její finalitě. Každopádně však ve svůj prospěch musejí státy stále více argumentovat efektivitou, resp. schopností zajistit poptávané funkce, než klasickými odkazy na to, že jen ony jsou jako nezávislé a nárokuje si suverenitu „dokonalým společenstvím“, jak tvrdila pozdní scholastika. Efektivita získává charakter specifické legitimacy na výstupu (*output*) zvláště tam, kde je pocítována nedostatečnost legitimacy na vstupu (*input*). Problém to může být zvláště v řadě států třetího světa, které nemají západním způsobem legitimované politické a ústavní systémy a navíc jsou neefektivní. Ozřejmuje to ovšem fakt, že přemýšlení o státu v současném světě by mělo být doprovázeno úvahou, o jakém státu je vlastně řeč: je rozdíl mezi USA a Ugandou, členským a nečlenským státem Evropské unie, Ruskem jelcinovským a Ruskem putinovským...²⁹

Vstupuje sem i téma suverenity jako vlastnosti státní moci, podle některých názorů už ovšem neexistující, podle jiných zásadně změněné oproti třeba první polovině 20. století (co vše může být suverénní, jak se suverenita projevuje, čím je limitována), podle dalších trvajících ve svém základu, jímž je existence autorizované konečné moci atd.³⁰

²⁷ LOUGHLIN, M.: dílo citované v pozn. 22, s. 143–144, 147.

²⁸ Tady se samozřejmě jedná o vnitřní pořádkovou funkci. Vykazuje však i určité protipohyby. V německé diskusi o tzv. smrti státu v 60. a 70. letech minulého století se přisuzoval značný význam terorismu, ovšem ve dvojí roli. Měl znamenat jak porážku státu ve schopnosti monopolně provozovat násilí, tak maximální vzestup státu stran technických prostředků dohledu nad osobní svobodou ve jménu bezpečnosti (odposlechy, sledování aj.). Srov. MÖLLERS, Ch.: *Der vermisste Leviathan. Staatstheorie in der Bundesrepublik*. Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag, 2008, s. 44 násl., REINHARD, W.: dílo citované v pozn. 20, s. 110–111.

²⁹ O různosti států současného světa, včetně upozornění na atypičnost poměrů Evropské unie, píše v tomto čísle M. Romancov.

³⁰ Různé přístupy k suverenitě jsou patrné i v různých článcích tohoto časopiseckého čísla: vztah bezpečnostní kapacity EU a jejích členských států, potřeba změny EU v politickou mocnost, suverenita odvozovaná od mezinárodního společenství, dopady judicializace mezinárodního práva apod.

Pro moderní stát byla příznačná legislativní právotvorba s postupně akcentovanou rolí zákona. Na počátku byla snaha panovníka centralizujícího dříve poněkud heterogenní stát sjednocením pod jedinou (svou) vůlí, jež se střetávala s různými výsadami, vrchnostmi, regulatorní mocí církve a rozptýlenou mocí soudcovskou. Např. ve Francii byly soudcovské posty začasť kupovány a děděny, což představovalo specifický prvek nezávislosti na králi.³¹ Soudci tvořili konzervativní třídu, nejednou brzdili registraci královských ediktů v provinčních parlamentech (soudních dvorech), čímž bránili jejich účinnosti. Tím zamezovali modernizační centralizaci a současně bránili starý řád – někomu se to líbilo, někomu ne. Proto se např. *Montesquieu* pokoušel normovat (omezit) jejich roli jako „úst zákona“. Dá se tedy snad tvrdit, že jde o obraz historicky podmíněný.

Profánní záměr králů se mohl propojit s justifikací typu té hobbesovské: pouze vůle suveréna překonává riziko anarchie a rozvratu. Toho se přidržuje i *Rousseau*, suverénem však prohlašuje lid, jehož suverénní vůlí je vůle obecná a ta se vyjevuje v obecných zákonech. Této vůli jsou všichni podřízeni, neboť jinak by se stavěli nad suveréna. Proto také není možný soudní přezkum zákonů; chybí nadřazené měřítko.

Oproti této koncepci je postupně i v kontinentálním systému posilována role nalézání a dotváření práva. Na jedné straně se uznává, že možnosti tzv. mechanické subsumpce (jasné skutkové okolnosti, jasná referenční norma) jsou značně omezené. Na straně druhé se poukazováním na chronické selhávání postupů řádného zákonodárství korektivní a kreativní úloha soudců povzbuzuje a legitimizuje. Mizí obraz zákonodárce – krále, jehož vůlí ostatní vykonávají, aniž by se však v Evropě prosazoval americký obraz soudce – krále. Místo toho tu jde spíše o sdílení, o pohyb na kontinuu, konstituování smíšené vlády (někdy se zákonodárce prezentuje jako *legislator maior*, soudce jako *legislator minor*).

Ve středověku nemělo náležitou váhu právo nové, nýbrž staré. Dobové zákonodárství tak bylo především kodifikací obyčejů, případně se jako takové pokoušelo tvářit. Plnost moci (*plena potestas*), včetně moci vytvářet nové právo, byla zprvu nárokována papeži, později císaři a ve vrcholném středověku se jí jako významné složky postupně se rodící doktríny suverenity dovolávali i králové (archetypálně je král spíše soudcem než zákonodárcem). Uplatňovala se však mezi obyčejí, římským právem, kanonickým právem atd. Zákony byly ostrůvky v moři nepsaného práva. Dnes je jistě nepovažujeme za ostrůvky, uznáváme však, že to, v jaké podobě regulují lidské jednání, seznáme mnohdy spíše z judikatury, než z nich samotných. Mluví se rovněž o principech, jež mohou být jedním ze vtělení přirozeného práva, případně tzv. přirozenosti věcí.

Akceptací kreativní role soudců dostává nové impulsy výzkum toho, kdo jsou soudci, jak rozhodují, jak by rozhodovat měli atd. Metodologie interpretace práva získává

³¹ Pokud K. Adamová ve svém textu v tomto časopisu vítá zavedení funkčních období nejvyšších zemských úředníků v Obnoveném zřízení zemském z roku 1627 jako inspiraci pro členění dlouholetému setrvávající ve funkcích, opomíjí, že doživotnost byla významnou zárukou autonomie nositelů úřadů na králi, jenž tak byl nucen hledat způsob soužití se stavovskou vládou.

funkci parametru legitimacy a akceptovatelnosti soudcovského rozhodování. To už by nás však zavedlo příliš daleko.

ZÁVĚR

Závěr je jednoduchý: Málokdy si můžeme být jisti, že se něco definitivně ocitlo na smetišti dějin. Dochází k návratům, ne vždy věčným, ne vždy středověkým, ale návratům.

Kromě vybraných příkladů personality práva, rozpouštění státu v mnohosti různých aktérů v působení dovnitř i vně daného teritoria nebo posilování role soudců jako spoluvůrců práva to vidíme třeba i v diskusi o hodnotové jurisprudenci. Ta byla u nás počátkem 90. let minulého století prezentována jako účinná terapie soudcovského formalismu a alibismu. Současní autoři jako *T. Sobek* nebo *M. Bobek* ji však leckdy vidí jen jako zástěrku prosazování vlastních hodnot a postojů soudce zákonodárci navzdory.³² Hodnoty totiž nejsou objektivní, mohou mít plusová i minusová znaménka. Své hodnoty má každý systém, včetně nacistického, a k nim socializuje ty, kteří v něm žijí. To jistě neznamená, že jsou všechny hodnoty stejně cenné, bezcenné nebo lhovostné. Znamená to však, že se může lišit jejich řazení, žebříček. A jde o to, kdo má takový žebříček sestavovat pro oblast veřejných politik (ústavodárce, zákonodárce, soudce), resp. má-li na to mít vůbec někdo monopol.

ETERNAL RECURRENCES – COMEBACK OF MEDIAEVAL THOUGHTS

Summary

This paper deals with the topic of (partial) comeback of mediaeval thoughts, which could be discovered in the concept of modern (national) state. First of them is a model of nonterritorial (personal) law (making exceptions of common rule because of someone's confession, sex, race etc.). Second is the states' incapability of (autonomous) formulating aims of government – states' decisions do not take common good into consideration, but they focus on particular (e.g. unions or other lobby groups) interests. Another example refers about state weakening in the field of global acting as a result of polycentric net development. (There are no central cores, but a net consisting of state/national, supranational and subnational cooperating entities.) Finally paper shows nowadays law-making plurality (mainly statute law and judge-made law is underlined, but also law principles are mentioned).

Key words: medieval conceptions, multiculturalism, weakening of states

Klíčová slova: středověké koncepte, multikulturalismus, slábnutí států

³² Koneckonců T. Sobkovi právní moralismus vadí do té míry, že jej učinil osou kritiky procházející jeho velkolepým spísem – srov. SOBEK, T.: *Právní myšlení. Kritika moralismu*. Plzeň – Praha: Aleš Čeněk a Ústav státu a práva AV ČR. Pokud jde o M. Bobka, srov. např. BOBEK, M.: *Jak je důležité býtí textualistou: o okouzlení hodnotovým výkladem práva a historické paměti středoevropského soudce*. In: PŘIBAN, J. – HOLLÄNDER, P. et al.: *Právo a dobro v ústavní demokracii: polemické a kritické úvahy*. Praha: SLON, 2011.