

Téma: BUDOUCNOST STÁTU A JEHO PRÁVNÍ AUTORITY

Jiří Přibáň

RANNÍ ČERVÁNKY GLOBÁLNÍHO KONSTITUCIONALISMU: O „RADOSTNÉ“ PRÁVNÍ VĚDĚ V POSTNACIONÁLNÍ SPOLEČNOSTI

Abstrakt: Tento článek je polemikou se statí Pavla Holländera *Soumrak moderního státu*. Autor se zaměřuje na sémantiku ústavně demokratického státu a jeho operační schopnosti i limity v rámci globálních systémů pozitivního práva a politiky. V globální společnosti se moc, kdysi spojovaná se státní suverenitou, objevuje v různých organizacích globálně fungujícího právního a politického systému. Budeme-li metodologicky vycházet ze sociologického uznání partikularit a asymetrií této společnosti, zjistíme, že pro její politický i právní systém není typický monismus nebo hierarchická výstavba, ale naopak pluralismus a heterarchické struktury. V závěrečné části proto autor analyzuje především pojem globálního právního a ústavního pluralismu, a to v teoretickém napětí mezi konvenčním právním pluralismem a tzv. společenským konstitucionalismem globální společnosti, který se odvíjí nezávisle nejen na státu, ale i politických strukturách. Na rozdíl od Teubnerovy teorie postsuverenního společenského konstitucionalismu autor argumentuje, že v globální společnosti nedochází k odumírání nebo soumraku moderního státu, ale naopak se moc státu může účinně projevit a prosadit v rámci struktur globálního práva a politiky.

Klíčová slova: konstitucionalismus, státní suverenita, právní pluralismus, globální společnost, právní teorie, sociologie práva

ÚVOD

Začíná-li ústavní soudce svou úvahu obsáhlým citátem z díla Carla Schmitta, každý právní filozof a teoretik okamžitě zbystří pozornost. Nazve-li tento soudce celý esej pozdně romantickým gestem jako „*Soumrak moderního státu*“, každý čtenář se okamžitě rozpomenou na pesimistické představy o civilizačním úpadku, ne-li přímo spenglerovského „zániku Západu“. Je-li navíc argumentace plná odkazů a citací z právních případů rozhodovaných těmi nejvyššími soudními instancemi na národní i nadnárodní úrovni, vyvolává současně potřebu bezprostřední odpovědi i obecnější reflexe vývoje současného systému pozitivního práva i právní teorie.

Dotyčný esej místopředsedy Ústavního soudu ČR Pavla Holländera je obsahově i kompozičně složitý, ale jeho hlavní argument je jasný od prvních odstavců, totiž že doba moderního státu a obvyklých právních i politických praktik s ním spojených se nachýlila ke konci. Zcela zásadní a klasické právně-filozofické argumenty (Schmitt, Böckenförde, Alexy, Dworkin) doplňují citace z popularizační vědy (Töffler), historie (Le Goff), sociologie (Weber), filozofie (Nietzsche, Wittgenstein) i literatury (Camus). V polovině textu se potom objeví cézura a autor pokračuje v úplně jiném rytmu a dikci, aby podrobil kritické analýze a spekulaci především konkrétní nálezy Ústavního soudu ČR, Evropského soudního dvoru a Evropského soudu pro lidská práva.

Právněteoretická i soudcovská erudice vede Pavla Holländera v závěrečném odstavci k Nietzscheho inspirované metafoře o popravě státu, která se odkládá. Tato „smrt moderního

státu“ je údajně způsobena absencí obecně sdíleného důvodu legitimacy moci, absencí zdůvodnění statusu jednotlivce, zásadní modifikací kategorií vnitřní a vnější suverenity, ztrátou funkčnosti státu a opuštěním pořádacích principů právního řádu. Holländer si přitom velmi dobře uvědomuje radikální sémantickou proměnu v právní vědě i systému pozitivního práva a volá zcela správně po tom, aby se i česká právní filozofie a teorie připojila k filozofické, sociologické a historické diskuzi o konci modernity, která se jinde ve světě vede již desetiletí.

Text mého váženého kolegy a přítele Pavla Holländera je natolik důležitý, že jsem si dovolil jeho závěrečnou výzvu okamžitě přijmout a v následujícím textu se pokusím popsat některé hlavní sémantické změny, ke kterým v současné obecné právní teorii i teorii konstitucionalismu došlo. Činím tak mimo jiné i z potřeby pokračovat, tentokrát v ryze akademickém kontextu, v našich gentlemanských polemikách, které jsme o právu a spravedlnosti před časem vedli na stránkách Orientace *Lidových novin* a které nakonec vyústily do vydání zcela ojedinělé knihy esejí *Právo a dobro v ústavní demokracii*,¹ na níž se podílelo i mnoho dalších právních teoretiků, politologů, filozofů a sociologů.

Holländer si uvědomuje nedostatečnost dnešní české právní vědy spoléhající se na často i sto let staré teoretické prameny, které se posléze narychlo „okoření“ citacemi z některých současných studií. Jeho volání po tom, aby se i česká právní teorie a filozofie konečně začala zabývat proměnou současného státu a práva, je zcela namístě, a to nejen z ryze akademických, ale i praktických důvodů, protože v posledních třech desetiletích se radikálně proměnila sémantika vědy i samotné tvorby a aplikace pozitivního práva.

V následujícím pojednání se proto zaměřím výlučně na sémantiku ústavně demokratického státu a jeho operační schopnosti i limity v rámci globálních systémů pozitivního práva a politiky. Nejprve se budu zabývat proměnou pojmu ústavní suverenity v globální společnosti a budu argumentovat, že moc kdysi spojovaná se státní suverenitou se dnes objevuje v různých organizacích globálně fungujícího právního a politického systému. V této souvislosti můžeme mluvit například o mnohočetné suverenitě, které jsem se věnoval v nedávné studii pro právně-filozofický časopis *Ratio Juris*.²

Na popisu současných diskuzí o státní suverenitě, resp. postsuverenitě, se následně pokusím demonstrovat, že pojem státu nemá jen dvě alternativy – nadčasovou a historickou, jak tvrdí Pavel Holländer, ale že se jedná o zcela konkrétní a historicky podmíněnou politickou organizaci, která vznikla na počátku evropského novověku a v současné době pouze prochází jednou ze svých historických transformací, pro kterou se termín „soumrak“ nehodí. Když Pavel Holländer zmiňuje „skrytý kód“ moderního státu a spojuje ho například s abstrakcí, symetrií, obecností, racionalitou, byrokracií, nebo ústavností, popisuje vlastně weberovský ideální typ moderního státu legitimovaného právem, který byl ovšem vždy jen metodologickou konstrukcí, mnohdy velmi vzdálenou od evropské politické i právní reality. Testem tohoto „kódu“ by neprošly například ani imperiální velmoci jako Spojené království nebo Holandsko, o Rakousko-Uhersku ani nemluvě. Však také není náhodou, že zatímco ve Vídni Hans Kelsen buduje svou *ryzí právní nauku*, která by Holländerovu kódu jistě v mnoha

¹ PŘIBÁŇ, J. – HOLLÄNDER, P. (eds.) *Právo a dobro v ústavní demokracii*. Praha: Sociologické nakladatelství (SLON), 2011.

² PŘIBÁŇ, J. Multiple Sovereignty: On Europe's Self-Constitutionalization and Legal Self-Reference. *Ratio Juris*. 2010, roč. 23, č. 1, s. 41–64.

ohledech vyhovovala, v Bukovině jiný rakouský profesor práva – Eugen Ehrlich – přichází s koncepcí *živého práva*, která naopak staví na uznání všech konkrétních projevů, asymetrií a partikularit sociálního života.

Budeme-li potom metodologicky vycházet ze sociologického uznání partikularit a asymetrií dnešní globální společnosti, zjistíme, že pro její politický i právní systém není typický monismus nebo hierarchická výstavba, ale naopak pluralismus a heterarchické struktury. V závěrečné části tohoto textu proto budu kriticky analyzovat pojem globálního právního a ústavního pluralismu, a to především v teoretickém napětí mezi konvenčním právním pluralismem a tzv. sociálním konstitucionalismem globální společnosti, který se rozvíjí nezávisle nejen na státu, ale i politických strukturách. Poté se vrátím k analýze ústavního státu a jeho moci a suverenity v současných podmínkách globálního práva a politiky. Narozdíl od Teubnerovy teorie postsuverenního společenského konstitucionalismu budu argumentovat, že v globální společnosti nedochází k odumírání nebo soumraku moderního státu, ale naopak se moc státu může účinně projevit a prosadit v rámci struktur globálního práva a politiky.

1. STÁTNÍ SUVERENITA A POSTSUVERENITA

Ačkoli pojem „suverenní stát“ může spíš zatemňovat než objasnit současný stav státního i mezinárodního práva a politiky, suverenity zůstává výchozím bodem mnoha právních, politických i sociálněteoretických úvah. Považuje se současně za právní i politický pojem a často se popisuje jako „paradoxní“:³ konstituuje politiku, ale současně přesahuje regulativní logiku politických institucí a patří do sféry „reálného života“ se všemi jeho excesy; v moderním ústavním státě současně definuje sféru práva, i je jí definována; v demokratických společnostech vyjadřuje kolektivní identitu lidu, ale přitom je zcela závislá na konkrétním způsobem vyjádřené politické vůli. Suverenity znamená moc tvořit zákony (politická suverenity; *pouvoir constituant*) i zákon, který omezuje a reguluje konstituující moc lidu (právní suverenity; *pouvoir constitué*).

Operační schopnost moderní ústavní demokracie tak spočívá v neustálé sociální komunikaci mezi státem a jeho lidem. Její legitimita stojí na dvou hlavních pilířích: suverenity lidu a konstitucionalismu založeném na občanských právech a právním státu. Politický systém je demokraticky legitimní, pokud si ho suverenní lid ustaví sám pro sebe a politickou moc lze vykonávat buď přímo lidem, nebo prostřednictvím jeho zastupitelů. Samotný systém přitom musí být ústavně legitimní v tom smyslu, že jeho principy, pravidla a procedury mají právní formu a veřejní činitelé i jejich rozhodnutí jsou právně regulované i kontrolované. Demokratické praktiky mají právní formu a právní pravidla lze současně demokraticky měnit.⁴

Politická ústava zajištěná suverenní mocí státu měla tradičně dvě významné funkce – omezit výkon suverenní moci systémem ústavních brzd a rovnováh a symbolicky konstituovat celek politické společnosti. Svrchovaný akt demokratické tvorby ústavy současně konstituuje

³ LOUGHLIN, M. *The Idea of Public Law*. Oxford: Oxford University Press, 2003; LAUGHLIN, M. – WALKER, N. (eds.) *The Paradox of Constitutionalism: Constitutional Power and Constitutional Form*. Oxford: Oxford University Press, 2007.

⁴ HABERMAS, J. Reconciliation through the Public Use of Reason: Remarks on John Rawls's Political Liberalism. *Journal of Philosophy*. 1995, roč. 92, č. 3, s. 109–131; RAWLS, J. Political Liberalism: Reply to Habermas. *Journal of Philosophy*. 1995, roč. 92, č. 3, s. 132–180.

systemy pozitivního práva a politiky a vyjadřuje kolektivní identitu demokratické společnosti, která sama sobě vládne tak, že suverénní moc deleguje na své zástupce. Tato expresivní funkce, tj. schopnost vyjadřovat kolektivní identitu politické společnosti, se neomezuje na sféru práva a politiky a vede k etickým a kulturním sebereflexím lidu jako reálné politické síly a symbolicky „vymyšleného společenství“ (tzv. *imagined community*).⁵

Společně s demokracií a ústavou tak státní suverenity představuje *pojmovou trojici* v právní, sociální a politické normativní teorii, která vytváří mnoho rozmanitých sémantických vazeb a komplexních reflexí moderní politické společnosti. Jedná se o jednu z konstitutivních metafor modernity a její síla přesvědčivosti stále podstatným způsobem ovlivňuje teoretické diskuze posledních třech desetiletí, například transformaci sociální modernity do postmodernity a s ní spojené právně teoretické úvahy o „postsuverenitě“⁶, „pozdní suverenitě“⁷, „plurinárodní demokracii“⁸, „postdemokracii“⁹ nebo „postkonstitutivní“¹⁰ politice. Jako kdyby paradigmatický skok, požadovaný v analýzách stále globalizovanější (a, v evropských podmínkách, evropeizovanější) postmoderní společnosti, nebylo možné provést bez použití těch samých – údajně překonaných – pojmů státní suverenity, ústavy a demokracie.

Navzdory nejrozmanitějším pojmovým inovacím a neologismům tak pojem suverenity nadále používají politici, soudci, právníci i akademici. Například v knize *Spheres of Justice* Michael Walzer tvrdí, že „suverenity je permanentním rysem politického života“¹¹ a poznamenává, že nejdůležitější politická otázka se týká hranic, v jejichž rámci se suverenity uplatňuje, a ideologie či doktríny legitimizující tyto hranice. Zatímco někteří filozofové tak nadále budují své teoretické konstrukce pomocí pojmu suverenity a političtí vůdci slibují chránit suverenity svého lidu, jiní hovoří o nových způsobech nadnárodního a globálního vládnutí (governance) a spolupráce,¹² která vyžaduje alternativní politiku a v níž se státní suverenity a národní stát jako dominantní politická organizace stávají zbytečné. Dokonce i oblast mezinárodního práva, která tradičně považovala pojem suverenity za jeden ze svých konceptuálních pilířů, je ke státní suverenitě stále kritičtější a váha se přesouvá směrem k mezinárodnímu společenství jako celku.¹³

⁵ Viz ANDERSON, B. *Imagined Communities: reflections on the origin and spread of nationalism*. London: Verso, 1983; v kontextu práva viz PŘIBÁŇ, J. *Právní symbolismus: o právu, času a evropské identitě*. Praha: Filosofia, 2007.

⁶ MACCORMICK, N. *Questioning Sovereignty: Law, State, and Nation in the European Commonwealth*. Oxford: Oxford University Press, 1999, s. 123; WALLACE, W. The Sharing of Sovereignty: The European Paradox. *Political Studies*. 1999, č. 47, s. 503.

⁷ WALKER, N. The Idea of Constitutional Pluralism. *Modern Law Review*. 2002, roč. 65, č. 3, s. 317.

⁸ KEATING, M. *Plurinational Democracy: Stateless Nations in a Post-Sovereignty Era*. Oxford: Oxford University Press, 2001, s. 12–28.

⁹ CROUCH, C. *Post-democracy (Themes for the 21st Century)* (Oxford: Polity, 2004); see also RORTY, R. 'Post-Democracy' (2004) 26(7) *London Review of Books*, 1 April 2004.

¹⁰ Walker například označuje utvářející se ústavní sféru Evropské unie jako 'post-constituent constitutionalism'; viz také LESSIG, L. Post-Constitutionalism. *Michigan Law Review*. 1996, 94, s. 1422–1470.

¹¹ WALZER, M. *Spheres of Justice: A Defense of Pluralism and Equality*. New York: Basic Books, 1983, s. 318.

¹² BELLAMY, R. Sovereignty, Post-Sovereignty and Pre-Sovereignty: Three Models of The State, Democracy and Rights Within the EU. In: N. Walker (ed.) *Sovereignty in Transition*. Oxford: Hart Publishing, 2003, s. 167–190; FRASER, N. *Scales of Justice: Reimagining Political Space in a Globalizing World*. New York: Columbia University Press, 2009, 76ff.; HABERMAS, J. *The Postnational Constellation: Political Essays*. Cambridge: Polity Press, 2001; SHAPIRO, M. Moral Geographies and the Ethics of Post-Sovereignty. *Public Culture* 1994, roč. 6, č. 3, s. 479–502.

¹³ HENSEL, H. (ed.) *Sovereignty and the Global Community: The Quest for Order in the International System* Aldershot: Ashgate, 2004; viz také KRASNER, S. (ed.) *Problematic Sovereignty: Contested Rules and Political Possibilities*. New York: Columbia University Press, 2001.

Suverenita je tak obhajována, odmítána, zpochybňována a zkoumána v kontextu transnacionální, mezinárodní i státní politiky a práva. Akademické konference a internetové blogování o suverenitě a postsuverenitě jsou tak populární, že se člověk musí ptát, zda všechny ty úvahy o postsuverenitě nejsou jen banální „post-všechno“ žurnalistické poznámky. Nelze se divit, že někteří teoretici potom varují před naivním popisem našeho světa jako světa založeného na depolitizovaném globalizovaném vládnutí a požadují, aby se suverenita lidu a demokratická legitimita naopak mnohem intenzivněji prosazovaly na úrovni státní i globální, a tím se zabránilo nekontrolované globální ekonomické a administrativní moci.¹⁴

Rychlost, s jakou se teorie postsuverenity a úvahy o krizi státní suverenity v poslední době začaly šířit, nicméně ukazuje, že moderní stát a národní společnosti se stále více globalizují, a proto také procházejí zásadní strukturální a sémantickou politickou i právní změnou.¹⁵ Výkon moci kdysi všeobecně spojovaný se státní suverenitou se dnes přesouvá na jiné organizace a struktury nadnárodního nebo transnacionálního systému politiky i práva, takže například i v rámci EU můžeme mluvit nejen o dělené nebo sdílené, ale přímo o mnohočetné suverenitě.¹⁶ Bylo by proto příliš zjednodušující, kdybychom všechny kritiky moderního pojmu státní suverenity odmítli jako pouhou intelektuální módu. Současné diskuze o státní suverenitě a moci v globálním právu a politice by nás naopak měly inspirovat k radikálnímu promyšlení politických a právních změn ve strukturách a sebebopisu moderní globální společnosti.

2. TEORIE POSTSUVERENITY A GLOBALIZACE

Sémantika suverenity je současně analytická i kritická.¹⁷ Akademickou i politickou kritiku státní suverenity paradoxně doprovází stále častější používání toho pojmu. Vzniklo mnoho nových teoretických a filozofických přístupů, od jurisprudence právního pluralismu a politických teorií globálního vládnutí až po kritické teorie globálního „Impéria“,¹⁸ které se snaží popsat komplexitu, paradoxy a antinomie politické suverenity v globální společnosti. Utvářejí se nové termíny, jako například sdílená suverenita, dělená suverenita nebo globální suverenita, abychom lépe vysvětlili současný politický a právní vývoj a výzvy.

Některé teorie popírají důležitost, ne-li přímo existenci, suverenity v dnešním světě ovládaném transnacionálními globálními organizacemi a sítěmi. Tyto kritické teorie považují suverenitu za pojem, který ztratil popisnou schopnost vzhledem k zásadním změnám v hospodářských a politických strukturách a technologiích, jež nám dnes vládnou. Suverenita se považuje za analyticky prázdný pojem, jehož deskriptivní hodnota v současné právní a politické filozofii a teorii klesá. Údajně se nedá využít ke sběru užitečných dat nebo pro pozorování situace v globálním právu nebo politice. Vzhledem k její slabé vypovídací hodnotě by se podle těchto kritik pojem suverenity měl vůbec přestat využívat. Namísto toho se zavádějí alternativní pojmy a nová paradigmatata v současném právu a politice, které by politiku a ústavní nebo mezinárodní právo založené na pojmu suverenity měly nahradit.

¹⁴ SASSEN, S. *Losing Control? Sovereignty in an Age of Globalization*. New York: Columbia University Press, 1996.

¹⁵ DELANTY, G. *Social Theory in a Changing World: Conceptions of Modernity*. Cambridge: Polity Press, 1999, s. 61–70.

¹⁶ PŘIBÁŇ, J. op. cit. v pozn. 2.

¹⁷ KRASNER, S. *Sovereignty: Organized Hypocrisy*. New York: Columbia University Press, 1999.

¹⁸ HARDT, M. – NEGRI, A. *Empire*. Harvard: Harvard University Press, 2000.

Obecně lze rozlišit tři hlavní proudy v soudobém politickém a právním myšlení, které usilují buď o úplné překonání, nebo přinejmenším radikální přehodnocení pojmu suverenity. Tyto proudy lze klasifikovat následovně: a) teorie *sociálních* sítí nebo systémů globálního vládnutí, b) *etika* kosmopolitních hodnot a lidských práv, c) *politika* globalizované moci.

První proud reprezentují například politické, sociální a právní teorie Manuela Castellse, Günthera Teubnera, Immanuela Wallersteina a mnoha dalších vědců zabývajících se systémy nebo sítěmi globálního vládnutí. Podle nich se historická úloha státu jako ústřední sociální a politické organizace naplnila a jeho hierarchické politické struktury postupně nahrazují horizontální síť politické komunikace a rozhodování stále více zajišťovaného nevládními institucemi a globálními „světovými systémy“.¹⁹ Tyto teorie staví na zvláštním moderním protikladu mezi státem, vládou nebo suverénní politikou na straně jedné a administrativním vládnutím nebo depolitizovaným sociálním inženýrstvím na straně druhé. Jedná se o protiklad mezi státem a občanskou společností, ve kterém má „měkká“ moc občanské společnosti nakonec převládnout nad „tvrdou“ mocí moderního státu.²⁰ Politickou vládu údajně nahrazují depolitizované formy globálního vládnutí. Různé formy sociálního manažerství si přisvojují státní autoritu. Globální sociální inženýrství postupně marginalizuje důležitost státní suverénní politiky.

Druhý proud je zrovna tak kritický k pojmu státní suverenity a často má stejný politický étos jako teorie globálního a transnacionálního vládnutí. Méně se však zajímá o spontaneitu vládnutí a sebeustavení globální občanské společnosti.²¹ Bližší je mu pojem sociální a politické transformace globální společnosti a normativní diskurz globalizovaných lidských práv, kosmopolitní etiky a demokracie.²² Globální lidská práva, kosmopolitní etika a demokracie metodologicky reprezentují eklektickou směsici univerzalistického etického normativismu a sociologického konstruktivismu.²³ Podle těchto teorií globalizace mimo jiné vede i ke globální občanské společnosti²⁴ a globální sociologii lidských práv.²⁵ Stoupenci kosmopolitního právního systému lidských práv a univerzálních občanských ctností, jako například Ulrich Beck, David Held, Mary Kaldor, Daniel Levy nebo Thomas Pogge a další, tvrdí, že oddělení společnosti od struktur národního státu významně transformovalo pojem suverenity a že nyní je na čase transformovat humanitární ideály do režimu globální ochrany lidských práv.

Tyto teoretické reflexe globálního právního a politického řádu vycházejí z pohledu, že pojem suverenity ukotvený v teritoriálním národním státu představuje pouze určitou historickou epochu, která nyní skončila, a proto je třeba nahradit ho suverénním kosmopolitním právním řádem zajišťujícím ochranu lidských práv namísto imperiálních zájmů.²⁶ Moderní suverénní stát údajně odumírá, a proto by ho měl nahradit nastupující globální politický řád založený na suverenitě kosmopolitních hodnot a vládnutí.²⁷

¹⁹ WALLERSTEIN, I. *World-Systems Analysis: An Introduction*. Durham NC: Duke University Press, 2004.

²⁰ SCIULLI, D. *Theory of Societal Constitutionalism: Foundations of a Non-Marxist Critical Theory* Cambridge: Cambridge University Press, 1992, 150ff.

²¹ SMITH, J. – CHATFIELD, C. – PAGNUCCO, R. (ed.) *Transnational Social Movements and Global Politics: a solidarity beyond the state*. Syracuse NY: Syracuse University Press, 1997.

²² POGGE, T. W. Cosmopolitanism and Sovereignty. *Ethics* 1992, 103, 48–75.

²³ BECK, U. *The Cosmopolitan Vision*. Cambridge: Polity Press, 2006, s. 18–19.

²⁴ KALDOR, M. *Global Civil Society: An Answer to War*. London: Polity Press, 2003.

²⁵ LEVY, D. – SZNAIDER, N. Sovereignty transformed: a sociology of human rights. *The British Journal of Sociology*. 2006, roč. 57, č. 4, s. 657–76.

²⁶ DELANTY, G. *Citizenship in a Global Age*. Buckingham: Open University Press, 2000.

Stoupenci takto globalizovaného systému lidských práv argumentují, že suverénní národní státy již nejsou nejúčinnějšími ochránci lidských práv. Podle tohoto názoru jsou lidská práva jako sociální instituce neomezena státními hranicemi a národními kulturami.²⁸ Diskurz lidských práv proto doprovázejí zásadní výzvy k budování globálních institucí a politického rozhodování.²⁹

Oproti těmto výzvám ke globálnímu postsuverénnímu vládnutí, kosmopolitismu a etice globálně suverénních lidských práv třetí proud tvrdí, že mocenská politika spojovaná se státní suverenitou nezmizela, ale nabyla nových forem v nadnárodních a transnacionálních organizacích. V hegelovském duchu tyto teorie proto analyzují mnohem víc transformaci suverenity než její prosté zmizení. Autoři jako Anthony Carty, Jean Cohenová, James Rosenau a další zkoumají, jak se suverénní národní státy začaly topit v totalitních tendencích nových, globálně operujících mocenských konfigurací. Následně požadují, abychom v této kritické době státní suverenitu znovu promysleli v kontextu mezinárodního práva a politiky a posílili demokratickou legitimitu mezinárodního pořádku posílením demokratické legitimacy a rozhodovacích procedur na úrovni národního státu.³⁰

Podle těchto teoretických názorů se suverenita národního státu a mezinárodní politiky podstatně oslabilo mnohem silnějšími globálními sítěmi, institucemi a organizacemi.³¹ Demokratickou politickou formu suverénního národního státu je proto třeba využít k vytvoření demokraticky legitimních politických institucí na nadnárodní a globální úrovni. Suverenitu lidu a demokratickou legitimitu existující na úrovni národního státu je tak třeba zachovat a použít jako nástroj pro posílení demokratické legitimacy mezinárodního a globálního politického řádu. Jinými slovy, nadnárodní a globální demokratická transformace není možná bez demokratických procedur a nástrojů úspěšně vyzkoušených na státní úrovni.³²

V reakci na právní a politické výzvy soudobé globální společnosti a s ohledem na pojem suverenity a moci v mezinárodních vztazích se například Jean Cohenová kriticky ptá: „Jak má být nový ‚nomos‘ země a jak máme globalizovanému právu rozumět?“³³ V odpovědi přiznává, že model mezinárodního práva založený na suverenitě ustupuje světovému řádu založenému na pojmu impéria, který brání projektu kosmopolitní spravedlnosti a univerzálních lidských práv. Cohenová nicméně brání užitečnost pojmu státní suverenity v mezinárodním právu a politice a požaduje revitalizaci suverenistického paradigmatu mezinárodního veřejného práva, jímž by bylo možné čelit imperiální moci a panství v mezinárodních vztazích.³⁴

²⁷ HELD, D. *Democracy and the Global Order: From Modern State to Cosmopolitan Governance*. Stanford CA: Stanford University Press, 1995.

²⁸ TURNER, B. S. Outline of a Theory of Human rights. *Sociology*. 1993, roč. 27, č. 3, s. 489–512.

²⁹ BECK, U. *Power in the Global Age: A new global political economy*. Cambridge: Polity, 2005; viz také BECK, U. – SZNAIDER, N. Unpacking Cosmopolitanism for the Social Sciences: A Research Agenda. *British Journal of Sociology*. 2006, roč. 57, č. 1, s. 1–23.

³⁰ GIDDENS, A. *Runaway World: How Globalization is Reshaping Our Lives*. London: Routledge, 2003.

³¹ ROSENAU, J. *Along the Domestic-Foreign Frontier: Exploring Governance in a Turbulent World*. Cambridge: Cambridge University Press, 1997.

³² GIDDENS, A. *The Nation-State and Violence: Volume Two of A Contemporary Critique of Historical Materialism*. Berkeley, CA: University of California Press, 1985.

³³ COHEN, J. Whose Sovereignty? Empire Versus International Law. *Ethics & International Affairs*. 2004, roč. 18, č. 3, s. 1–23.

³⁴ KOSKENNIEMI, M. *The Gentle Civilizer of Nations: The Rise and Fall of International Law 1870–1960*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004.

V tomto pojetí mezinárodního práva se suverenita považuje za „pojem věčného návratu“³⁵ a vzájemně si rovné suverénní státy mají vůči sobě povinnosti případně i proti své vůli a jejich vynucení mají ve své pravomoci zvláštní mezinárodní orgány.

3. ÚSTAVNOST BEZ STÁTU A GLOBÁLNÍ PRÁVNÍ PLURALISMUS

V globální společnosti se ústavní stát stává jen jednou z mnoha politických a právních organizací, takže jeho suverenita je jen jednou z mnoha mocenských a normativních konstelací v globální politice a právu. V podmínkách globalizované společnosti proto klasické politické a právní kategorie, jako například státní či ústavní suverenita, suverenita lidu, kolektivní vůle nebo monopol politického násilí a politická poslušnost, dostávají nový význam a používají se ve zcela novém politickém nebo právním kontextu. Podobně i klasické teorie právního monismu, dualismu, ústavně demokratického státu nebo vnitřní a vnější státní suverenity ztrácejí svou vypovídací schopnost a nahrazují je především teorie nadnárodního nebo transnacionálního právního a ústavního pluralismu.

Vznik nadnárodních a transnacionálních právních a politických organizací a systémů přesvědčivě ukazuje, že pojem společnosti je mnohem obecnější než pojem národní společnosti a pojem právního systému nelze jednoduše ztotožňovat s právním systémem národního státu. Současné procesy juridifikace a konstitucionalizace různých sektorů globální společnosti přesvědčivě potvrzují známé sociologické tvrzení, že stát je jen jednou z mnoha sociálních organizací a že kromě ní dnes dochází k mnoha různým formám sebekonstituování nestátního globálního práva.

To ovšem současně potvrzuje nereálnost některých normativních představ teorií post-suverenity o potřebě politické ústavy pro globální společnost založenou na kosmopolitní etice. Globální kulturní, sociální a technologické změny totiž vedou k formám sociální komunikace, sítím a strukturám, které se zcela vymykají logice typicky moderních politických hierarchií a symetrií spojovaných se státní politikou, ústavní mocí, suverenitou lidu nebo demokratickým vládnutím. Struktury globalizovaného práva a politiky prostě nekopírují hierarchii a symbolickou sebestřednost moderního státu, jeho suverenity a ústavně normativního základu.

Navzdory všem možným teoretickým rozdílům lze obecně přijmout definici, podle které „právní pluralismus je založen na představě, že v jednom politickém uspořádání funguje více než jeden právní systém“.³⁶ Teorie právního pluralismu obecně kritizují pojem práva jako normativního řádu sankcionovaného státním monopolem politického násilí. Zatímco monisté vždy hledají jasně určenou a konečnou právní autoritu a pravidla právní platnosti, pluralisté tvrdí, že takové určení není možné v podmínkách, kdy se ve stejném sociálním prostředí aplikuje více než jeden systém pozitivního práva. Pluralisté obzvláště kritizují státněprávní centralismus, který považuje státní právo za jedinou právní formu, která je obecně aplikovatelná a prováděná státními institucemi. Kritizují metodologický individualismus, intrumentalismus a předpoklad normativního monopolu státu jako typické chyby teorií státněprávního centralismu.³⁷

³⁵ CARTY, A. Sovereignty in International Law: A Concept of Eternal Return. In: L. Brace – J. Hoffman (eds.) *Reclaiming Sovereignty*. London: Pinter, 1997, s. 101–16.

³⁶ DE SOUSA SANTOS, B. *Towards a New Legal Common Sense*. 2nd edition. London, Butterworths, 2002, s. 89.

V souvislosti s paradoxy, protiklady a pluralismem právní globalizace například Roger Cotterrell poznamenal: „Darem globalizace pro právo je dnes vysoký stupeň právního chaosu a neurčitých základů regulativní autority v mnoha transnacionálních oblastech. Transnacionální právo vzniká bez nějaké základní normy nebo pravidla uznání, bez hartovského systému pravidel nebo kelsenovské hierarchie norem či jakéhokoli jiného právního modelu jednoty a autority.“³⁸

Globální právní pluralismus se vyvíjí převážně prostřednictvím transnacionálních právních systémů, které jsou zcela nezávislé na národních státech, nebo nadnárodních právních systémech a organizacích, které podstatným způsobem omezují a transformují existující moc a ústavní suverenitu svých členských států.³⁹ Teorie právního pluralismu proto kritizují právo moderního státu jako dominantní formu právní regulace a staví proti ní údajně mnohem účinnější nestátní právní řády a systémy.⁴⁰

Vývoj globálního právního pluralismu a konstitucionalismu bez státní suverenity tak ukazuje potřebu překonat symbolismus politicky a kulturně integrované národní společnosti, která používá sémantiku ústavní a lidové suverenity jako způsob vlastního sebepopisu a lidská práva jako své morální základy.⁴¹ Strukturální změny v současném právu vedou k mnoha novým teoretickým konceptualizacím, které se vymykají klasickému slovníku teorie ústavního státu, jako například „konstitucionalizace bez státu“,⁴² „postústavní konstitucionalismus“,⁴³ atd.

Zatímco nadnárodní organizace, jako například EU, vytvářejí vlastní hierarchie a snaží se například i o monistický výklad normativní nadřazenosti vlastního práva nebo definici jednoho pravidla uznání, které by určovalo vztah jejich právního systému k systémům práva členských zemí, transnacionální právní systémy zpravidla současně uznávají i jiné právní řády a jejich specifická kritéria platnosti bez toho, že by se snažily určit logické hierarchie a konečnou autoritu.⁴⁴ Narozdíl od pojmů nadnárodního práva a politiky, která stále předpokládá určité hierarchie a asymetrické vztahy typické pro státní nebo mezinárodní právo, transnacionální právo pracuje s takovým právním pluralismem, v němž moderní státy a jejich právní systémy mají jen specifickou, a ne konstitutivní funkci.⁴⁵

³⁷ Viz např. GRIFFITHS, J. Legal Pluralism and the Theory of Legislation: With Special Reference to the Regulation of Euthanasia. In: H. Petersen – H. Zahle (eds.) *Legal Polycentricity: Consequences of Pluralism in Law*. Aldershot: Dartmouth, 1998, s. 201–234, 206.

³⁸ COTTERRELL, R. Transnational Communities and the Concept of Law. *Ratio Juris*. 2008, 21, s. 1–18, 9.

³⁹ Viz např. TEUBNER, G. The Two Faces of Janus: Rethinking Legal Pluralism. *Cardozo Law Review*. 1992, 13, s. 1443–1462.

⁴⁰ von BENDA-BECKMANN, F. Who Is Afraid of Legal Pluralism? *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*. 2002, roč. 47, s. 37–82, 63–65.

⁴¹ TEUBNER, G. *Constitutional Fragments: Societal Constitutionalism and Globalization*. Oxford: Oxford University Press, 2012, s. 60–63.

⁴² TEUBNER, G. Societal Constitutionalism: Alternatives to State-Centred Constitutional Theory? In: C. Joerges – I. J. Sand – G. Teubner (eds.) *Transnational Governance and Constitutionalism*. Oxford: Hart Publishing, 2004, s. 3–28, 7.

⁴³ WALKER, N. Post-Constituent Constitutionalism? The Case of the European Union. In: M. Laughlin – N. Walker (eds.) *The Paradox of Constitutionalism: Constituent Power and Constitutional Form*. Oxford: Oxford University Press, 2007, s. 247–267.

⁴⁴ DELMAS-MARTY, M. *Ordering Pluralism: A Conceptual Framework for Understanding the Transnational Legal World*. Oxford: Hart Publishing, 2009.

⁴⁵ ZUMBANSEN, P. Transnational Legal Pluralism. *Transnational Legal Theory*. 2010, roč. 10, č. 2, s. 141–189.

4. ÚSTAVNÍ PLURALISMUS EU

V rámci EU se právní pluralismus běžně spojuje s ústavním pluralismem a konflikty vznikající mezi politickými a právními institucemi EU a členských států. Autonomie systému evropského práva s jeho principy nadřazenosti a přímé působnosti, které definoval Evropský soudní dvůr, podporuje představy o existenci základní normy práva EU, která má údajně být nadřazena základním normám ústavních systémů členských států. Nadřazenost základní normy práva EU nicméně zpochybnily ústavní soudy členských států, které naopak judikovaly, že základní norma a ústavní suverenita členských států není evropskou právní integrací zpochybněna. EU se tak vyvinula v hybridní pluralistický model, který odporuje monistické koncepci jedné exkluzivní základní normy, ale zrovna tak se vymyká běžným dualistickým koncepcím mezinárodního práva.⁴⁶

Například pojem „transnacionální ústava“ se paradoxně zrodil z nadnárodní federalistické vize evropské státnosti a původně navazoval na doktrínu evropského právního monismu a nadřazenosti evropské základní normy. Pojem „transnacionální ústava“ použil na počátku 80. let minulého století Eric Stein pro popis rostoucí juridifikace EU a její politické struktury „federálního typu“.⁴⁷ Také myšlenka, že Evropa „potřebuje ústavu“,⁴⁸ má původ v přesvědčení o politické a právní nadřazenosti struktur, rozhodovacích procesů a funkcí evropských institucí. Ústava a její autorita měly zvýšit legitimitu evropské integrace,⁴⁹ ale také otevřít další prostor pro „stále integrovanější“ Unii.⁵⁰

Současný význam pojmu transnacionálního práva a konstitucionalismu se nicméně váže právě k představě právního a politického pluralismu a nemožnosti ustavit jednu nejvyšší základní normu, která by ovládala všechny právní subsystémy operující na transnacionální úrovni. Jak poznamenal právní filozof Neil MacCormick, „kde existuje pluralita institucionálních normativních řádů, z nichž každý má fungující ústavu ..., tam je možné, že všechny řády uznají legitimitu ostatních řádů v rámci sebe sama, a současně žádný řád nevysloví nebo neuzná ústavní nadřazenost nad jinými řády.“⁵¹ Namísto závislosti na vůli jednoho ústavního suveréna se tak transnacionální nebo nadnárodní řády, jako například EU, konstituují a stabilizují prostřednictvím mnohočetných sítí právních a ústavních institucí a praktik spolupráce a společného řešení konfliktů.⁵²

Ačkoli se pojem ústavního pluralismu původně vyvinul jako zvláštní teoretická reflexe a pozitivní hodnocení evropského ústavního procesu, současně se ukázal jako užitečný model objasňující neúspěch při tvorbě ústavní smlouvy EU a s ní spojené sémantiky evropského

⁴⁶ Viz např. BOROWSKI, M. Legal Pluralism in the European Union. In: A. J. Menendez – J. E. Fossum (eds.) *Law and Democracy in Neil MacCormick's Legal and Political Theory: The Post-Sovereign Constellation*. Dordrecht: Springer, 2011, s. 185–210, 189.

⁴⁷ STEIN, E. Lawyers, Judges, and the Making of a Transnational Constitution. *American Journal of International Law*. 1981, roč. 75, s. 1–27.

⁴⁸ HABERMAS, J. Does Europe Need a Constitution? In: J. Habermas. *Time of Transitions*. Cambridge: Polity Press, 2006, s. 89–109.

⁴⁹ MADURO, M. The Importance of Being Called a Constitution: Constitutional authority and the authority of constitutionalism. *International Journal of Constitutional Law*. 2005, roč. 3, č. 2–3, s. 332–56.

⁵⁰ MANCINI, G. F. The Making of a Constitution for Europe. *Common Market Law Review*. 1989, roč. 26, č. 4, s. 595–614.

⁵¹ MACCORMICK, N. *Questioning Sovereignty: Law, State and Nation in the European Commonwealth*. Oxford: Oxford University Press, 2002, s. 104.

⁵² MACCORMICK, N. op. cit. v pozn. 51, s. 119.

právního monismu, který dominoval evropské politické teorii a jurisprudenci až do 90. let minulého století. Je tomu tak proto, že pojem pluralismu dokáže kriticky zhodnotit hlavní principy a fungování práva EU a jeho vztah k právním systémům členských států, který je plný strukturálních a sémantických kolizí a konfliktů.

V kontextu evropského práva rozpracoval teoretický pojem ústavního pluralismu především Neil Walker, který jím reagoval na výzvy a rizika permanentních konfliktů, konfrontací, rozporů a fragmentací objevujících se v komunikaci mezi právem EU a jeho členských států. Walker si přitom velmi dobře uvědomuje komplexnost a nejednoznačnost slovníku globálního nebo nadnárodního konstitucionalismu a s ním spojené reflexe o postvestfálském vývoji v právu a politice. Ústavní pluralismus podle něho zbavuje právní teorii omezení spojených s představami o ústřední roli státu pro pojem ústavnosti a namísto hierarchických struktur zdůrazňuje heterarchie nadnárodního či transnacionálního práva.⁵³

Pokud se jedná o evropské právo, Walker tvrdí, že „je to EU, která představuje nejnaléhavější paradigmatickou výzvu tomu, co bychom mohli označit za ústavní monismus. Ústavní monismus je pouze nálepkou pro základní předpoklad konstitucionalismu ve vestfálské éře ..., že státy jsou jediná centra či jednotky ústavní moci. Naproti tomu ústavní pluralismus uznává, že evropský řád zavedený Římskou smlouvou se vyvinul nad rámec tradičních omezení mezinárodního práva a nyní má vlastní nezávislé ústavní nároky, které existují vedle přetrvávajících nároků států. Vztah mezi těmito řády je nyní víc horizontální než vertikální – heterarchický spíš než hierarchický.“⁵⁴

Čtenář by se však neměl nechat mýlit Walkerovým použitím jazyka sociální systémové teorie, kterým popisuje heterarchii funkcionálně diferencovaných sociálních systémů, protože Walkerův projekt „vyvíjejícího se ústavního pluralismu“⁵⁵ zahrnuje mnoho normativních myšlenek a představ politického konstitucionalismu. Ačkoli Walker tvrdí, že ústavní fenomény nejsou dnes nezbytně vázané na politické společenství, nakonec si klade zcela klíčovou otázku: „Jestliže se politická společenství ve vícerozměrném řádu mohou sektorově nebo funkcionálně delimitovat, kam až lze takto postupovat bez oslabování samotné myšlenky ústavního *společenství*?“⁵⁶

Nadřazenost a oficiální postavení státního práva se vzhledem k regionálním, nadnárodním i transnacionálním tlakům stále více relativizuje a kontextualizuje jako součást globální právní regulace. Podle Walkera se tento sociální vývoj nicméně nemůže zbavit přetrvávající otázky, jaké pospolitosti jsou těmito transnacionálními právními sítěmi a ústavními systémy reprezentovány. Walker zdůrazňuje problém ústavy politického společenství a mezi procesu konstitucionalizace bez takového společenství. Konstitucionalismus se podle něho odděluje od státnosti a státní suverenity, ale zrovna tak se nadále vztahuje k první politické podmínce – společné politické existenci.

Hledání společné existence a zájmů v pluralistické politice a právu se potom objevuje v pojmech občanství, politické společnosti a konstitucionalismu, které podle Walkera „jsou starší než moderní stát,“⁵⁷ ale také stanoví meze funkcionální diferenciaci nepolitických

⁵³ WALKER, N. op. cit. v pozn. 7, s. 319.

⁵⁴ WALKER, N. op. cit. v pozn. 7, s. 337.

⁵⁵ WALKER, N. op. cit. v pozn. 7, s. 339an.

⁵⁶ WALKER, N. op. cit. v pozn. 7, s. 347.

⁵⁷ WALKER, N. op. cit. v pozn. 7, s. 350.

ústavních režimů a jejich zvláštní jurisdikce. Z myšlenky ústavního pluralismu jako plurality jednotek se následně stává myšlenka „metakonstitucionalismu“⁵⁸ bez stanovené metaústavy, ale s novým rámcem procesů otevřeného vyjednávání mezi různými ústavními autoritami, vzájemného učení, dialogu a oboustranně propojeného experimentování.⁵⁹

Walkerova teorie ústavního pluralismu tak zůstává primárně politickým projektem hledání postnacionálních a globálních forem politického rozhodování, řešení konfliktů, vyjednávání a imaginace. Je otevřena procesům depolitizovaného vládnutí a sociálních sebereflexi mimo hranice státu a politického společenství, ale současně chápe tyto procesy jako součást otevřené ústavní dynamiky, jejímž politickým rozměrem je regulace a řízení postvestfálských a poststátních globalizovaných politických společenství v Evropě a kdekoli jinde na světě.

5. PŘÍBĚH DVOU PLURALISMŮ?: „SLABÝ“ PLURALISMUS OFICIÁLNÍHO PRÁVA, JEHO RADIKÁLNÍ KRITIKA A SOCIOLOGICKO-PRÁVNÍ PERSPEKTIVA

MacCormickova nebo Walkerova teorie ústavního pluralismu a její evropská kontextualizace ukazují, že současné teorie právního a ústavního pluralismu obsahují značné množství běžných právněteoretických konceptualizací základní skutečnosti, jakou je pluralita právních a politických řádů v globální společnosti.⁶⁰ Tyto *jurisprudenční* teorie právního pluralismu uznávají existenci různých právních řádů a nejvyšších pravidel uznání, které vůči sobě nevystupují ve vztahu hierarchie dané nadřazeným, normativně založeným procesem.⁶¹ Namísto ideální představy vlády práva hierarchicky omezující politiku je právní pluralismus stavem permanentního soupeření a konfrontací mezi politickými silami, které se snaží prosadit momentálně nejpřesvědčivější právní argumenty a interpretace.⁶²

Na rozdíl od *sociologických* teorií právního pluralismu, které proti sobě staví oficiální právo a pluralitu ve společnosti uznávaných normativních řádů, *jurisprudenční* teorie právního nebo ústavního pluralismu vycházejí jen z neexistence konečné právní a politické autority a z faktu konfliktních nároků, které různé oficiální právní řády mohou vznášet v jednom a tom samém kontextu.⁶³ Jednotlivé operace těchto oficiálních právních řádů je třeba potom jen koordinovat bez toho, že by se jeden řád podřizoval druhému, protože všechny řády si přísně zachovávají sebereflexi vůči vlastní základní normě nebo pravidlu uznání.⁶⁴

Pro právní pluralisty vycházející z mnohem radikálnějšího sociologického či antropologického pojmu pluralismu je toto ukázkou „slabého“ pluralismu, který je údajně teoreticky bezvýznamný, protože zůstává v zajetí pojmu oficiálního státního práva a běžných modelů

⁵⁸ WALKER, N. op. cit. v pozn. 7, s. 357.

⁵⁹ WALKER, N. op. cit. v pozn. 7, s. 359.

⁶⁰ TSAGOURIAS, N. K. (ed.) *Transnational Constitutionalism: International and European Perspectives*. Cambridge: Cambridge University Press, 2007.

⁶¹ KUMM, M. Who is the Final Arbiter of Constitutionality in Europe? Three Conceptions of the Relationship Between the German Federal Constitutional Court and the European Court of Justice. *Common Market Law Review*. 1999, roč. 36, č. 2, s. 351–386.

⁶² MELLISARIS, E. *Ubiquitous Law: Legal Theory and the Space for Legal Pluralism*. Aldershot: Ashgate, 2009, s. 27–43.

⁶³ LENAERTS, K. Interlocking Legal Orders in the European Union and Comparative Law. *International and Comparative Law Quarterly*. 2003, roč. 52, č. 4, s. 873–906.

⁶⁴ BERMAN, P. S. *Global Legal Pluralism: A Jurisprudence of Law Beyond Borders*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.

spolupráce v soudcovském rozhodování.⁶⁵ Rozdíl mezi „slabým“ a „silným“ či, lépe řečeno, „radikálním“ pluralismem zavedl John Griffiths a další sociologové a antropologové práva, aby jím zvýraznil metodologické rozdíly mezi sociologií a jurisprudencí právního pluralismu. Právní pluralismus se tak jasně oddělil od analytické jurisprudence a sociologický pozitivismus, který zkoumá neoficiální a živé právo, od právního pozitivismu a legalismu oficiálně sankcionovaných pravidel.⁶⁶

Radikální kritici mají samozřejmě pravdu, když tvrdí, že jurisprudenční teorie právního pluralismu upřednostňují oficiální právní normy před nestátními sociálními normami.⁶⁷ Například MacCormickovo pojetí evropského ústavního pluralismu bylo založené na kritice právního monismu jako teorie vycházející z jediného suverénního pramene platnosti. To však později MacCormick radikálně poopravil, když právo výslovně prohlásil za institucionální alternativu ke spontánním sociálním řádům a regulativní ideál, který nakonec syntetizuje pluralistické právní pohledy a prameny platnosti na evropské nadnárodní úrovni.⁶⁸

MacCormickovo nebo Walkerovo pojetí právního a ústavního pluralismu je také blízce představě právního státu a právní regulace politického řádu. Podle tohoto názoru je možné, aby značné množství právních regulací probíhalo nezávisle na státní moci, a státní systém práva je jen jedním systémem, který si nemusí nezbytně podřizovat nadnárodní a transnacionální právní systémy. Vnitřní racionalita konstitucionalismu však stanoví meze a rámec politickému rozhodování, a tak nakonec určuje rozsah i obsah mnohoúrovňové komunikace mezi různými ústavními mocenskými centry.⁶⁹

„Silné“ sociologické teorie právního pluralismu jdou daleko nad rámec tohoto „slabého“ pojetí plurality oficiálních právních řádů vynucovaných různými sociálními aktéry a institucemi. Upřednostňují radikální verzi pluralismu neoficiálních právních řádů, které společnost uznává spontánně a které operují často navzdory státnímu právnímu řádu, a ne jen jako jeho doplněk. Tyto teorie obvykle zdůrazňují základní fakt společenské plurality a její význam pro samotné fungování oficiálního systému pozitivního práva, obzvlášť pro meze seberegulace tohoto systému a jeho vnější závislost na spontánně uznávaných nestátních a neprávních normativních rádech společnosti. Podle těchto názorů jsou formální pravidla oficiálního práva a jejich sankcionování suverénním státem jen jednou z mnoha normativních struktur a řádů společnosti.⁷⁰ Radikální teorie právního pluralismu tak často staví na protikladu ústavní nebo politické suverenity a spontánně se vyvíjejících sektorů společnosti, které nekonstituují politická moc, ale naopak paralelní procesy sebe-konstitucionalizace a ústavní fragmentace.⁷¹

⁶⁵ GRIFFITHS, J. What is Legal Pluralism? *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*. 1986, roč. 24, s. 1–55, 5–8.

⁶⁶ GRIFFITH, A. Legal Pluralism. In: R. Banakar – M. Travers (eds.) *An Introduction to Law and Social Theory*. Oxford: Hart Publishing, 2002, s. 289–310.

⁶⁷ ROBERTS, S. A. *Order and Dispute*. New York: St. Martin's Press, 1979, s. 25.

⁶⁸ BENGOTXEA, J. Legal System as a Regulative Ideal. *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie [ARSP]*. 1994, 53, s. 65–79.

⁶⁹ MADURO, M. P. Courts and Pluralism: Essay on a Theory of Judicial Adjudication in the Context of Legal and Constitutional Pluralism. In: J. L. Dunoff – J. P. Trachtman (eds.) *Ruling the World? Constitutionalism, International Law and Global Governance*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009, s. 356–380, 357–358.

⁷⁰ TEUBNER, G. – FISCHER-LESCANO, A. Regime Collisions: The Vain Search for Legal Unity in the Fragmentation of Global Law. *Michigan Journal of International Law*. 2004, roč. 25, č. 4, s. 999–1046.

⁷¹ TEUBNER, G. op. cit. v pozn. 41; viz také KRISCH, N. Who Is Afraid of Radical Pluralism? Legal Order and Political Stability in the Postnational Space. *Ratio Juris*. 2011, roč. 24, č. 4, s. 386–412.

6. OD ŽIVÉHO PRÁVA KE GLOBÁLNÍMU PRÁVNÍMU PLURALISMU, ANEB SMĚJE SE EHRlich NAPOSLEDY A NEJLÍP?!

Ačkoli jeden ze zakladatelů sociologie práva Eugen Ehrlich nikdy pojem právního pluralismu neužil, jeho sociologie tzv. živého práva se dnes považuje za zásadní zdroj inspirace pro studia právního pluralismu.⁷² Ehrlichovým cílem přitom nebylo nic jiného než obecná teorie práva, která by pojem práva rozšířila do oblasti sociálních zvyků a spontánně dodržovaných heterogenních pravidel. Jeho pojem živého práva určitě překonal tradiční omezení právního normativismu a vedl ke studiu spontánních sociálních řádů a forem pospolitého života mimo státní organizaci. Živé právo je pojem nestátního práva, které určitá pospolitost uznává. Jednota společnosti je potom podle Ehrlicheho zajištěna vzájemnou koordinací spontánně se utvářejících a vyvíjejících sociálních řádů.⁷³

Na rozdíl od dobového kánonu právní a politické teorie Ehrlich již před sto lety tvrdil, že účinnost právních norem závisí na vnitřním uspořádání sociálních organizací a vnitřních formách vynucení, a ne na moci a organizaci moderního státu. Hrozba násilím a oficiální sankce podle něho mají jen slabý účinek, a navíc mohou být kontraproduktivní.⁷⁴ Normativní řád společnosti se tak vyvíjí bez sankcionující moci státu.

Není divu, že Ehrlichovy teoretické ambice kritizovali významní teoretici práva kvůli jejich metodologickým protikladům (Kelsen) nebo holistickému pojetí společnosti (Schmitt), ale také, přímo či nepřímo, sociologové práva kvůli příliš širokému pojetí práva (Gurvitch) a opomíjení specifických seberegulačních prvků právní reality jako vnitřní součásti sociální reality.

Kelsen například odmítal Ehrlichovo upřednostňování společnosti a jejích obecných pravidel existence a vývoje před systémem pozitivního práva jako metodologicky regresivní návrat k pojmu přirozeného práva. Kelsen ostře kritizoval Ehrlichovu sociologii práva jako příklad zaměňování fakt a norem, které z autonomní právní normativity činí pouhou funkci vyšších zákonů působících obecně ve společnosti. Identifikace práva a společnosti v Ehrlichově pojmu živého práva podle Kelsena údajně vede ke ztrátě metodologické čistoty a znovuzavedení starého metafyzického rozdílu mezi pozitivním a nadpozitivním právem. Podle Kelsena tento druh sociologie práva, který považuje sociální fakta bez rozdílu za „živé právo“, má před sebou nemožný úkol ustavit se jako zvláštní disciplína nezávislá zrovna tak na obecné sociologii, která se zaměřuje na sociální fakta lidského chování, jako na právní vědě, která studuje normativní povahu právního řádu.

Ehrlichova zvláštní filozofie života, která chápe živé právo jako právo převládající v sociálním boji o uznání, byla také zcela cizí například Schmittově pojetí politického boje a diferencí přítel-nepřítel. Ehrlichovo pojetí společnosti jako neustále znovutvářející svou jednotu z plurality sociálního života, která se spontánně uznává jako právo, bylo protikladem Schmittova světa plného sporů, diferencí a konfliktů. Ehrlich byl podobně kritizován i sociology, když mu například Max Rheinstein vytýkal svévolné zaměňování práva a zvyku a redukování právní vědy na sociologii.⁷⁵ Snad ještě významnější je skutečnost, že Ehrlichova sociologická

⁷² GRIFFITHS, J. op. cit. v pozn. 65, s. 23–29.

⁷³ EHRlich, E. *Fundamental Principles of the Sociology of Law*. New Brunswick NJ: Transaction, 2002, s. 27.

⁷⁴ EHRlich, E. op. cit. v pozn. 73, s. 402.

⁷⁵ RHEINSTEIN, M. *Sociology of law, apropos Moll's translation of Eugen Ehrlich's Grundlegung der Soziologie des Rechts*. *Journal of Ethics*. 1938, roč. 48, č. 2, s. 232–9.

metoda jako základ obecné teorie práva se vůbec neobjevuje v díle Maxe Webera, který vybudoval sociologii práva na základě klasických pojmů jurisprudence a vztahu mezi právem, moderním státem a legální legitimitou.

Ehrlichův pojem živého práva se tak považoval ve své době za přinejmenším problematický, ne-li přímo obskurní. Důraz na sociální uznání, spontaneitu a evoluci normativních řádů namísto jejich politického vynucení, racionální organizace a expertních vědomostí připadal i sociologům stěží přijatelný. V současných podmínkách globální společnosti to nicméně vypadá tak, že Eugen Ehrlich, tolik kritizovaný Hansem Kelsenem a odmítaný Carlem Schmittem i ignorovaný Maxem Weberem, se směje naposledy, a tedy nejlíp! Jeho sociologická metoda a důraz na právo jako řád spontánně uznávaných pravidel umožňuje snadněji chápat komplexitu globálního práva.

Tato schopnost Ehrlichovy sociologie práva dokonce vedla Günthera Teubnera, jednoho z hlavních sociologů transnacionálního globálního práva, k poznámce, že Ehrlichova sociologie možná byla chybná v čase svého vzniku na počátku 20. století, ale dnes představuje přesný popis a odpověď na výzvy naší globální společnosti, kterou Teubner přejmenoval s odkazem na Ehrlichovo akademické působiště na „globální Bukovinu“, pro kterou je typický „globální právní pluralismus.“⁷⁶

Globální společnost a její pluralita regionálních, národních, nadnárodních a transnacionálních právních řádů odpovídají čemukoli, jen ne Kelsenově monistickému přesvědčení o jedné prazákladní normě, která by překonávala dualitu systému mezinárodního práva a jednotlivých států. Dnešní právní struktury a sítě jsou plné soupeření, fragmentací a diferencí. V této společnosti různé právní systémy koexistují a činí si na sobě vzájemně nezávislé nároky na právní platnost.⁷⁷ Definitivní platnost základní normy tak nahradila multiplicita simultánně platných základních norem různých a vzájemně nezávislých právních řádů, tedy cosi, co Kelsen považoval za logicky nemožné.⁷⁸

Podle těchto teoretických konceptualizací transnacionálního práva a globálního právního pluralismu nemůže ústavní stát, tato typicky moderní forma politické a právní organizace, odolat sociálním tlakům globalizace. Moderní strukturální koevoluci státu a práva tak nahrazují nové formy globální sociální organizace „globálního práva bez státu.“⁷⁹

7. SPOLEČENSKÝ KONSTITUCIONALISMUS JAKO RADIKÁLNÍ TEORIE POSTSUVERÉNNÍHO GLOBÁLNÍHO PRÁVNÍHO PLURALISMU

Rychle se vyvíjející subsystémy globální společnosti hledají své vlastní formy sebekonstitucionalizace. Namísto konstitucionalizace globální politické společnosti tak různé sektory globální společnosti budují své vlastní ústavy prostřednictvím funkcionální diferenciace, a ne politické integrace na globální úrovni.⁸⁰ Pro právní systém globální společnosti je tak typická multiplicita toho, co sociolog David Sciulli označil jako společenské ústavy,⁸¹ v nichž

⁷⁶ TEUBNER, G. 'Global Bukowina': Legal Pluralism in the World Society. In: G. Teubner (ed.) *Global Law Without a State*. Aldershot: Dartmouth, 1997, s. 3–28.

⁷⁷ MERRY, S. E. Legal Pluralism. *Law and Society Review*. 1998, roč. 22, č. 5, s. 869–896.

⁷⁸ KELSEN, H. *General Theory of Law and State*. New York: Russell&Russell, 1961, 363.

⁷⁹ TEUBNER, G. (ed.) *Global Law Without a State*. Aldershot: Dartmouth, 1997.

⁸⁰ TEUBNER, G. – FISCHER-LESCANO, A. op. cit. v pozn. 70, s. 1014.

⁸¹ SCIULLI, D. op. cit. v pozn. 20.

si suverénní státy mohou zachovat určitou operační kapacitu, ale současně ztrácejí konstitutivní moc.

Teubner přijal Sciulliho teorii společenského konstitucionalismu do vlastní teorie auto-poietického globálního právního pluralismu a následně přeformuloval proces globální konstitucionalizace jako proces, v němž „ústava světové společnosti nevzniká exkluzivně v reprezentativních institucích mezinárodní politiky, ani nemůže mít podobu jednotné globální ústavy, která by pokrývala všechny oblasti společnosti, ale namísto toho se utváří postupně v konstitucionalizaci multiplicity autonomních subsystémů světové společnosti.“⁸²

Pojem společenského konstitucionalismu je tak třeba chápat jako *system ústav ve společnosti*, a ne jako ústavu společnosti. Podle tohoto názoru se různé sociální systémy, jako například globální právo, politika nebo ekonomika, mezi sebou střetávají, ale jejich kolize nevedou k nějakému definitivnímu ústavnímu uspořádání globální společnosti, která by kopírovala státní konstitucionalismus na globální úrovni a reprezentovala politicky suverénní globální moc i symbolicky vyjadřovala totalitu globální společnosti. Globální právo je tu naopak funkcionálně diferencované od globální politiky a vnitřně diferencované do multiplicity sebekonstituovaných a sebekonstituujících subsystémů.

Globální kontext funkcionální diferenciace činí ze státního konstitucionalismu jen jeden z mnoha procesů konstituování politických organizací, který však nelze jednoduše opakovat na úrovni globálního práva a politiky. Ústavní teorie soustřeďující se na dynamiku politiky je potom údajně třeba nahradit analýzou globální sociální polykontextuality a jejich konstitucionalizací mimo stát a politiku.⁸³

Radikalismus tohoto pohledu spočívá ve skutečnosti, že konstitucionalizace globálního práva se vyvíjejí nejen mimo stát nebo jiné globální politické organizace, ale také jako mnohočetné procesy diferencovaných sociálních sektorů globální ekonomiky, technologie, vědy atp.⁸⁴ Politická konstitucionalizace globální společnosti je jen „ústavní iluze“ způsobená fantaziemi kosmopolitní politiky a globální státnosti. Státní ústavy nelze převést na rovinu globální společnosti, „ústavní totalita se rozpadá a nahrazuje ji jistý typ *ústavní fragmentace*.“⁸⁵ Globální politické společenství nemá ústavu a státní ústavy i nadnárodní nebo transnacionální politické pokusy konstitucionalizovat globální politický systém jsou jen fragmenty globálního společenského konstitucionalismu.

Státní ústavy čelí globálním sebekonstitucionalizacím bez státu.⁸⁶ Namísto normativních politických projektů tak skutečně radikální teorie právního pluralismu vzniká jako teorie globálního právního systému, který je funkcionálně diferencovaný od globální politiky, ekonomiky nebo vědy. Je to systém vnitřních paradoxů, deparadoxifikačních operací a fragmentací, a ne systém pravidel a doktrinálních sporů. Takový systém rozkládá hranice a regulativní struktury národních právních systémů a z legality vytváří globální a funkcionálně specifickou formu sociální komunikace.

⁸² TEUBNER, G. Societal Constitutionalism: Alternatives to State-Centred Constitutional Theory? In: C. Joerges – I. J. Sand – G. Teubner (eds.) *Transnational Governance and Constitutionalism*. Oxford: Hart Publishing, 2004, s. 3–28, 8.

⁸³ TEUBNER, G. Constitutionalizing Polycontextuality. *Social and Legal Studies*. 2011, roč. 20, č. 2, s. 210–229.

⁸⁴ TEUBNER, G. op. cit. v pozn. 83, s. 216.

⁸⁵ TEUBNER, G. op. cit. v pozn. 83, s. 220.

⁸⁶ CALLIES, G. P. – ZUMBANSEN, P. *Rough Consensus and Running Code: A Theory of Transnational Private Law*. Oxford: Hart Publishing, 2010, s. 168–169.

8. DEPOLITIZAČNÍ RIZIKA GLOBÁLNÍHO SPOLEČENSKÉHO KONSTITUCIONALISMU

Tím, že Teubner oddělil proces konstitucionalizace od fikce normativních základů práva, zpochybnil základní ortodoxii právní a politické teorie a vyzval konstitucionalisty a teoretiky mezinárodního práva, aby se neomezovali na formy nestátního konstitucionalismu, ale také se zaměřili na vzdálenější formy sebekonstitucionalizace sektorů soukromého práva a soukromoprávních regulačních režimů.⁸⁷ Podle něho však taková radikalizace by u leckterých teoretiků ústavnosti a politiky znamenala „porušit tabu“.⁸⁸

Kromě neschopnosti opustit představu konstitucionalismu jako budování politicky integrované a jednotné společnosti však existuje i další politické tabu, které se týká i Teubnerovy koncepce globálního právního pluralismu, totiž tabu „občanskosti“. Teubnerova teorie totiž překvapivě přejímá typicky moderní ortodoxii sociálních věd i politické etiky, která spočívá v dualitě a protikladu hierarchicky organizovaných *politických* ústav a spontánně se vyvíjejících *občanských* ústav.⁸⁹

Teubnerovo pojetí fragmentární globální konstitucionalizace mimo sféru státu a politiky obecně totiž trpí stejnými konceptuálními a metodologickými nedostatky jako Ehrlichova sociologie práva. Zatímco Niklas Luhmann například považuje zcela jasně ústavu za sociální organizaci strukturálního zdvojení práva a politiky,⁹⁰ Teubner považuje za ústavy zrovna tak mnoho nejrozmanitějších depolitizovaných a neprávních forem spontánně se utvářejících sociálních organizací. Tento pohled však nezbytně vede k zásadnímu zmatení pojmů ohledně základního rozdílu mezi ústavou jako politickou organizací a ústavou jako sociální sémantikou sebeorganizace, seberegulace a sebereference specifických sektorů a systémů globální společnosti.

Jak tvrdí například právní teoretik Hans Lindahl, společenský konstitucionalismus se nemůže zbavit své politiky.⁹¹ A sociolog práva Boaventura Sousa Santos na stejné téma poznamenává, že stát zůstává „ústředním hráčem i v procesu ztráty vlastního vlivu“ v globální společnosti.⁹² Globální právní pluralitu proto nelze jednoduše interpretovat jako nestátní spontánní a heterarchickou sociální evoluci a konstitucionalizaci, protože stát a jeho hierarchické praktiky a moc zůstávají nadále součástí globalizace. Vývoj směrem k vnitřní heterogenitě a decentralizaci státu vede k rekonfiguraci státní moci, a ne k její jednoduché výměně za horizontální formy depolitizovaného vládnutí a společenského konstitucionalismu. Decentralizace státu může sice vést k právnímu pluralismu, který však přejímá mnoho praktik spojených doposud se státní mocí.

Teubnerova teorie globálního právního pluralismu a společenského konstitucionalismu tak otevírá radikálně nové možnosti, pokud se jedná o paradox konstitucionalismu v kontextu mocenských transformací v globálním politickém systému a jeho právní formě. K tomu je ale třeba tuto teorii, až příliš inspirovanou Savignyho nebo Ehrlichovým pojetím právní

⁸⁷ TEUBNER, G. op. cit. v pozn. 41, s. 1–2.

⁸⁸ TEUBNER, G. op. cit. v pozn. 82, s. 8.

⁸⁹ TEUBNER, G. op. cit. v pozn. 82, s. 27–28.

⁹⁰ LUHMANN, N. *Law as a Social System*. Oxford: Oxford University Press, 2004, s. 410.

⁹¹ LINDAHL, H. Societal Constitutionalism as Political Constitutionalism: Reconsidering the Relation between Politics and Global Legal Orders. *Social and Legal Studies*. 2011, roč. 20, č. 2, s. 230–237, 23.

⁹² DE SOUSA SANTOS, B. *Towards a New Legal Common Sense*. 2nd edition. London: Butterworths, 2002, s. 94.

vědy jako vědy zkoumající síly tiše se prosazující v pozadí oficiálních právních předpisů, rozšířit o weberovské otázky legality a legální legitimacy moderní státní organizace, suverenity a politického násilí.

9. ZÁVĚREČNÉ POZNÁMKY: TRANSFORMACE MOCI V ĚŘE GLOBÁLNÍHO KONSTITUCIONALISMU BEZ GLOBÁLNÍHO STÁTU

Weberův pojem legitimacy jako transformace sociální moci na politické panství představuje moderní sociologickou odpověď na klasický politický a jurisprudenční problém suverenity jako transformaci *potentia* na *potestas*. Otázka státní suverenity se potom v globálních podmínkách musí přeformulovat jako sociologická otázka mocenských operací a jejich globálních konstitucionalizací.

V tomto ohledu přesně poznamenává například sociolog a politolog Chris Thornhill, že slabost společenského konstitucionalismu spočívá spíš v tom, že „není ještě dostatečně sociologický,⁹³ protože se dostatečně nezabývá transformacemi politické moci jako autonomního média globální sociální komunikace a následnými změnami a fragmentarizacemi v ústavních vztazích mezi mocí a právem. Podle Thornhilla je třeba moc teoreticky analyzovat v kontextu globální transformace státnosti a jako kritiku strukturálního zdvojování mezi politikou a právem v ústavách národních států, které údajně dosud nebylo „ničím než fikcí.“⁹⁴ Vzhledem k tomu, že strukturální zdvojování mezi politikou a právem na úrovni státních ústav podle Thornhilla nikdy neexistovalo, neměli bychom být překvapeni, že ho nelze nalézt ani na úrovni globální společnosti.

Stát a politika jsou podle Thornhilla dvě různé kategorie a moderní národní stát je jen jednou z mnoha sémantických forem moderních kontingentních struktur moci.⁹⁵ Ústavní stát jako sociální organizace strukturálního zdvojování práva a politiky posiluje nové formy moci, jejichž nejpřesvědčivější konceptualizací se ukazuje být státní nebo ústavní suverenity. Proto bychom se také měli zdržet unáhlených soudů o konci státnosti, soumraku moderního státu nebo globálním právu bez státu. Suverenní státy totiž nadále fungují jako mocenské organizace i v politických a právních konstelacích globální společnosti.

Moderní stát dokonce nadále přetrvává jako nejběžnější forma politické organizace i v globálním politickém systému, který je jinak charakteristický institucionální a organizační rozmanitostí na regionální, mezinárodní i transnacionální úrovni. Politická moc a zdroje legitimacy moderního státu ztratily však svou strukturální i symbolickou exkluzivitu. Stát, který kdysi dominoval právní i politické komunikaci, se stal jen jednou z mnoha organizací globální společnosti, která umožňuje a zprostředkovává operace globálních systémů práva a politiky. Moc suverenního státu se stala součástí mnohem komplexnějších a nahodilejších globálně mocenských struktur. Stát a jeho suverenity se proto transformovaly na pojem, který označuje pluralitní a stále rozvolněnější rozhodovací operace.

Globální sociální pluralita sama o sobě by neměla svádět k normativním spekulacím a k očekávání horizontálního efektu transnacionálních lidských práv, heterarchických struk-

⁹³ THORNHILL, C. Constitutional Law from the Perspective of Power: A Response to Gunther Teubner. *Social and Legal Studies*. 2011, roč. 20, č. 2, s. 244–247, 245.

⁹⁴ THORNHILL, C. op. cit. v pozn. 93, s. 245.

⁹⁵ THORNHILL, C. op. cit. v pozn. 93, s. 246.

tur globálního vládnutí nebo měkkého práva seberegulovaných segmentů globální ekonomiky, politiky, správy nebo technologií. Konstitucionalistický paradox moderního státu jako permanentní komunikace politické suverenity prostřednictvím média legality proto nelze vyřešit jednoduše tvrzením, že konstitucionalismus je jen jiný název pro juridifikaci funkcionálně diferencovaných sektorů globální společnosti, která nemá nic společného s mocenskými operacemi a asymetriemi ústavní politiky. Konstitucionalizace různých sektorů globální společnosti je proces posílení, a ne omezení mocenských operací regulujících tyto sektory, a to včetně operací probíhajících prostřednictvím organizace ústavního státu. Globální systémová pluralita funkcionálně diferencované společnosti si proto vyžaduje teoretické přehodnocení moderního pojmu státu a suverenity jako součástí genealogie a sémantické transformace mocenských struktur, které se objevují v globalizovaných systémech práva a politiky.

Prof. JUDr. Jiří Přibáň, DrSc.

Cardiff Law School, Cardiff University

Jiří Přibáň

The Future of the State and its Legal Authority

Morning Alpenglow of Global Constitutionalism: the “joyful” Legal Science in the Post-national Society

Abstract: This article is a polemic against Pavel Holländer's article *The Modern State's Twilight*. The author focuses on the semantics of the constitutional democratic state and its operational capacity and limits in the global systems of positive law and politics. Power formerly associated with state sovereignty permeates different organizations of the globally functioning legal and political systems. Methodologically drawing on the sociological recognition of particularities and asymmetries of global society, it is possible to realize that its political and legal systems, rather than monism and hierarchical structures, are typical of pluralism and heterarchies. In the final part, the author therefore especially analyzes the concept of global legal and constitutional pluralism and tensions between the conventional jurisprudential concept of pluralism and the notion of societal constitutionalism of global society evolving independently of the state and political structures. Unlike Teubner in his theory of post-sovereign societal constitutionalism, the author concludes that the modern state is not in 'twilight' in the current global social condition. It actually can successfully exercise and enforce its power within the structures of global law and politics.

Key words: constitutionalism, state sovereignty, legal pluralism, global society, legal theory, sociology of law