

šetření, přes interpretativní vlnu (co znamená to, co jsme zjistili) po teorii racionální volby. Zajímavé je např. upozornění na vztah mezi politickým zřízením a smýšlením obyvatelstva nebo na přesun zájmu politické vědy od „chování“ k „jednání“ (aktivní subjektivita, tvorba a interpretace významů).

Neměl jsem ambici popsat vše, o čem autoři píší, natožpak to opatřovat kritickými komentáři. Šlo mi spíše o připomenutí, že politologie může nabídnout řadu kvalifikovaných vodítek pro přemýšlení právníků o společnosti, ústavním a politickém systému či kultuře. A to i ta česká.

Recenze vznikla v rámci řešení grantu GA ČR P408/12/1255 „Klíčové pojmy ústavní teorie v čase paradigmatických změn“.

doc. JUDr. Jan Kysela, Ph.D.
Právnická fakulta Univerzity Karlovy v Praze
Kancelář Senátu

**Marmor Andrei. Social Conventions: From Language to Law.
Princeton: Princeton University Press, 2009, 186 s.**

Právníci jsou zvyklí, a to zpravidla už od dob svých studií, dívat se na svět právníckýma očima. Hledají-li hranice dovoleného, listují v zákonech a komentářích, přemýšlí-li o změně společnosti, navrhují novely zákonů nebo celé zákony. Právo představuje nepochybně významný nástroj regulace společnosti, zdaleka se ovšem nejedná o nástroj jediný. Nahlédneme-li pod povrch reality lidského chování, otevře se před námi bohatý svět celé řady norem, z nichž ty právní představují jen jednu jeho část, a to část ne nutně nejvýznamnější. Kniha Andreie Marmora s názvem *Social Conventions: From Language to Law* slibuje právě takový exkurz. Tím spíš, že se rozhodně nejedná o autora nezkušeného. Profesor Marmor, působící na americké *University of Southern California*, publikoval již řadu knih v oblasti teorie práva a právní filozofie, z nichž nejnámější je zřejmě jeho *Interpretation and Legal Theory*.

Kniha věnovaná společenským konvencím je rozdělena do dvou hlavních částí. V části první, která zahrnuje úvod a první tři kapitoly, autor vysvětluje své pojetí společenských konvencí a jejich základní dělení. V druhé části, čítající následující čtyři kapitoly, aplikuje své pojetí na oblast jazyka (sémantiky a pragmatiky), morálky a nakonec i práva. Pro české právnícké publikum považují za pozoruhodnou zejména úvodní část, ve které Marmor definuje společenské konvence, a poté jejich aplikaci na oblast práva. Zbýlé kapitoly knihy, ve kterých autor podrobně rozebírá detailnější dělení společenských konvencí a fungování konvencí v jazyce, upoutají pozornost zejména filosofů jazyka. Právě široké rozkročení knihy mezi několik společenskovědních oborů představuje významnou charakteristiku Marmorovy knihy, což v závislosti na úhlu pohledu a očekávání čtenářů představuje zásadní výhodu či nedostatek daného díla. Autor sice dokáže sledovat téma společenských konvencí ve světě jazyka, umění, deskových her, etikety, morálky a práva, čímž demonstruje jeho univerzálnost, současně mu ve výsledku na kapitolu věnovanou právu zbyde (pro čtenáře z řad právníků lehce neuspokojivých) dvacet stran textu.

A. Marmor začíná svoji knihu připomenutím, že náš život je společenských konvencí plný: je na nich založen jazyk, kterým mluvíme, stanovují hranice slušného chování, umění i módy a v minulosti určovaly také například to, na jaké straně silnice máme jezdit. Představují pravidla, která řídí naše chování, a na rozdíl od právních pravidel jsou závislá na tom, že je lidé

opravdu dodržují (jsou *compliance-dependent*). Zatímco právní pravidlo zůstane (jakkoli pohříchu formálně) účinné a vymahatelné i přesto, že ho většina společnosti nebude dodržovat (viz např. některá ustanovení autorského práva), společenské konvence lidé buď dodržují, nebo vyjdou z užívání a zaniknou. Bez významu přitom není ani počet lidí, kteří se příslušnou konvencí řídí. Pokud jich bude příliš málo, konvence se snadno vytratí a bude nahrazena dohodou (*agreement*). Konvence přitom, na rozdíl od dohod mezi konkrétními lidmi, vznikají právě v situaci, kdy se větší komunita pro značný počet svých členů nemůže na něčem explicitně dohodnout. Konvencemi se přitom můžeme řídit, aniž bychom si to bezprostředně uvědomovali, pokud však na původ pravidel ovládajících naše chování zaměříme pozornost, měli bychom být schopní odhalit jeho konvenční původ.

Pozoruhodnou charakteristiku, kterou Marmor společenským konvencím připisuje, představuje jejich arbitrárnost (*arbitrariness*). Její podstata spočívá v tom, že jsme se mohli v dané situaci (např. při hledání způsobu, jak se zdravít) začít chovat jinak (např. místo v Česku tradičního podání ruky políbit druhého na tvář, jak je běžné ve Francii), aniž by se nějak zásadně změnil smysl celé události (kterým je pozdravení). Podmínka arbitrárnosti proto požaduje, abychom vždy dokázali najít alternativní pravidlo, které jsme mohli přijmout a dosáhnout zhruba stejného cíle. Marmor se – zřejmě ve snaze o přesnost – ve své knize často uchyluje k vysvětlování pomocí poměrně komplikovaných „matematických“ záznamů svých tezí, argumentů či definic. Jako jistou ukázkou jeho stylu i doplnění výše uvedené charakteristiky společenských konvencí uvedeme proto stěžejní Marmorovu definici konvencí, ke které se ve své knize mnohokrát vrací.

„Pravidlo, *R*, je konvenční jedině tehdy, když jsou splněny všechny následující podmínky:

1. Existuje skupina lidí, populace, *P*, kteří se normálně řídí *R* za okolností *O*.
2. Existuje důvod, nebo kombinace důvodů, říkáme jim *A*, kvůli kterým se členové *P* řídí *R* za okolností *O*.
3. Existuje přinejmenším jedno další potenciální pravidlo, *S*, kterým kdyby se původně členové *P* začali řídit za okolností *O*, pak by *A* byl dostatečný důvod pro členy *P* k tomu následovat *S* namísto *R* za okolností *O*, a alespoň částečně proto, že *S* je pravidlo obvykle následované namísto *R*. Pravidla *R* a *S* jsou taková, že je nemožné (nebo nemá smysl) se řídit oběma současně za okolností *O*.“

Arbitrárnost přitom neznamená indiferenci (*indifference*). Jednotliví členové komunity zpravidla mají svoji vlastní preferenci (např. stran toho, jak se zdravít s ostatními), v důsledku určitého důvodu se ovšem rozhodli volit raději jeden způsob zdravení než druhý, a budou to dělat tak dlouho, dokud je něco nepřesvědčí své chování změnit. Arbitrárnost konvencí je také podle Marmora důvodem, proč nejsou základní morální pravidla (*basic moral norms*) konvencemi, protože k nim neexistuje alternativa ve výše uvedeném smyslu (k zákazu mučení či nevěry, nebo k požadavku starat se o staré neexistuje morálně přijatelná alternativa). To ovšem nevylučuje, aby konkrétní náležitosti dané morální normy (např. morální povinnosti dávat na charitu) neurčovaly konvence (např. určením toho komu, kolik a jak často přispět).

Marmorův přínos je třeba spatřovat v tom, že odmítá tradiční představu, podle které větší konvencí vzniká jako řešení problémů vzájemné koordinace více lidí.¹ Vedle těchto koordinativních konvencí (*coordinative conventions*) rozeznává konvence konstitutivní (*constitutive*

¹ Toto pojetí vychází zejména od Davida Lewise a jeho následovníků. LEWIS, D. *Convention*. Cambridge: Harvard University Press, 1969.

conventions), které neregulují již existující činnosti (např. pohyb po silnici), ale nové činnosti zakládají a stanovují jejich pravidla (např. hry typu šachů či fotbalu, etiketu, poezii, hudbu). Šachy, abychom použili autorův nejoblíbenější příklad konvenční aktivity, zjevně nevznikly proto, že jejich hráči opakovaně naráželi na nějaký problém, který potřebovali vyřešit (a pokud, tak snad jen na nudu, kterou chtěli zahnat nějakou intelektuálně náročnou stolní hrou; což je ovšem problém nakolik obecný, že bychom jeho započtením učinili koordinativní konvenci z téměř všech lidských činností). Především ovšem po pravé straně vozovky jezdíme proto, že potřebujeme koordinovat své chování s ostatními, abychom se vyhnuli zbytečným nehodám, šachy však z tohoto důvodu opravdu nehrajeme. Samotnému odlišení se autor věnuje poměrně podrobně, příliš se ovšem nesnaží vysvětlit, k čemu nám toto rozlišování v praxi slouží. Právě přílišná teoretičnost celé knihy představuje jednu z jejích hlavních nedostatků. Autorovy úvahy o konvencích zůstávají místy v příliš abstraktní rovině a postrádají zakotvení v konkrétních příkladech, které by čtenáři dovolily autorovy myšlenky přesněji sledovat. Abychom ale byli spravedliví: není pravda, že by Marmor s žádnými příklady nepracoval, zejména ty šachové má v mimořádné oblibě, přesto se jich v knize celkově spíše nedostává.

Lidské chování upravují normy právní i společenské konvence. Oba normativní systémy se potkávají v okamžiku, kdy jsou konvence kodifikovány a stávají se právní normou. Marmor rozlišuje kodifikaci legislativní a encyklopedickou. Zatímco první autoritativně stanoví pravidlo a změní konvenci v institucionalizovanou praxi (*institutional practice*), přičemž zavádí formální sankce a mechanismus pro změnu pravidel (Hartova sekundární pravidla), encyklopedická kodifikace pouze stanoví, co pravidly už je, aniž by je do budoucna měnila a zbavovala tím statutu konvencí (příkladem jsou například slovníky, které autoritativně neurčují význam slov, ale pouze vysvětlují, jak jsou používána). Podle Marmora tedy konvence pouze legislativní kodifikací přestane být konvencí. Není ovšem jasné, co vše tuto institucionalizovanou praxi zakládá. Nepochybně to budou legislativní akty parlamentu, ale budou mezi ně patřit akty sportovních asociací nebo nepsaná pravidla nejrůznějších sekt? Hraje se v současnosti fotbal podle konvenčních, nebo právních pravidel?²

V kapitole bezprostředně věnované právu potom Marmor otevírá otázku konvencionality Hartova pravidla uznání (*rule of recognition*). H. L. A. Hart ve svém *Pojmu práva* (*The Concept of Law*) vymezuje pravidlo uznání jako základní normu všech právních systémů, která se odvíjí od praxe soudců a dalších veřejných činitelů a která určuje, co je ve společnosti právem, respektive co jsou prameny práva.³ Podle Marmora je pravidlo uznání konvenční pravidlo zakládající se na konsenzu soudců a dalších významných veřejných činitelů, neboť i celé právo má společenské základy. Pravidlo uznání podle Marmora umožňuje vzájemnou koordinaci, ale nedává smysl tvrdit, že hlavní důvod pro to, že máme pravidlo uznání, je koordinace: nejprve potřebujeme právo na to, aby určilo, kdo jsou soudci a další aktéři systému, a teprve pak mohou mít soudci problémy ve vzájemné koordinaci. Hlavní role pravidla uznání je podle něj proto ustavit příslušné instituce, čímž se realizuje konstitutivní, nikoli koordináční funkce práva, protože ta dojde uplatnění až později.

Posledním důležitým bodem, který Marmor potřeboval dokázat proto, aby mohl pravidlo uznání považovat za jednu z konvencí, je jejich arbitrárnost. Ve prospěch jeho arbitrárnosti svědčí, že různé společnosti mají různá pravidla uznání (tj. jiné zdroje práva) a že ta jsou závislá na tom, že se jimi zejména soudci a další významní právní hráči řídí. Je-li ovšem pravidlo

² Marmor rozlišuje mezi profesionály, kteří se řídí oficiálními pravidly, a amatéry, kteří si hrají „po svém“ bez ohledu na to, zda fotbalová pravidla byla oficiálně kodifikována či nikoli. Když ovšem mluví o herních pravidlech, zpravidla nepřiblížuje, která má na mysli.

³ HART, H. L. A. *Pojem práva*. Praha: Prostor, 2010.

uznání arbitrární a má tudíž umožňovat alternativu, jak může soudce zavazovat? Marmora na to odpovídá rozlišením právního a morálního závazku řídit se pravidlem uznání. Pravidlo uznání zakládá hru a stanovuje základní pravidla hry, motivace hru hrát (tj. řídit se pravidly) musí ovšem přijít zvenčí a má svůj původ v morálních, případně politických důvodech. Dokud má soudce (zákonný i fotbalový) důvod hrát svoji hru, má důvod hrát podle daných pravidel a ta určují i jeho povinnosti ve hře. Důvod chovat se v souladu s pravidly ovšem není odvozen od samotných pravidel, která si proto podle Marmora mohou zachovat svůj charakter konvence.

Marmora zajímají zejména obecné charakteristiky konvencí, bohužel se nesnaží sledovat vývoj jednotlivých konvencí či jejich původ, což by mohlo být značně poučné. I když má dar psát stručně, své argumenty dobře strukturovat a čtenáře svým textem dobře provést, předeštit před ním fascinující svět společenských konvencí se mu dle mého názoru nepodařilo. Na to se kniha příliš zaměřuje na technické zkoumání náležitostí konvencí a jejich teoretické vymezení. Abstraktněji orientovaní čtenáři si ovšem zajisté přijdou na své.

Tato recenze vznikla v rámci projektu GA ČR P408/12/1255 „Klíčové pojmy ústavní teorie v čase paradigmatických změn“.

JUDr. Mgr. Michal Urban, Ph.D.
Právnická fakulta Univerzity Karlovy v Praze

Kleňová Veronika. Substitutio vulgaris a sloboda vôle v práve rímskom. Všeobecné náhradníctvo v prameňoch rímskeho práva s dôrazom na justiniánske Digesta. Plzeň: Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, 2013, 206 s.

Hodnota slobody v práve je nedielnou súčasťou právnofilozofických úvah iste od dávneho a bájnneho staroveku a ak sa vymedzíme na náš európsky právny okruh, nesmie ujsť našej pozornosti antický svet rímskeho práva. V rozsiahlom korpuse zachovanej rímskej jurisprudencie a osobitne v diele *Digest* možno identifikovať ukotvenie liberalistických tendencií v práve, aj keď v personálnej reštrikcii výhradne na slobodných rímskych občanov v kontexte rímskej otrokárskej spoločnosti a statusovej deferenciácie rôznych spoločenských skupín a tried. Ak teda sústavne prihliadame akademicky aj prakticky v súčasnom súkromnom a osobitne v občianskom práve na odborne aj laicky prijímané trvalé dedičstvo rímskej jurisprudencie, ozrejmuje si a vykladáme súčasné problémy súkromného práva cez historickú dimenziu extrapolovaných rímskoprávných maxím a ich vecne konzistentných a ligvisticky aj právnicko scizelovaných komentárov, výsledkov a téz. Rímskoprávne zadefinovaná sloboda je v centre autorkinej akademickej a vedeckej pozornosti v zmysle „*libertas*“, oslobodzujúcej od kogentných právnych noriem a vytvárajúcej čo najširší priestor ľudskej vôle, tak ako ju rímski právnici vo svojich úvahách pertraktovali, príkladne v nasledujúcich hodnotových reguliach: „*libertas est naturalis facultas eius, quod cuique facere libet, nisi si quid vi aut iure prohibetur*“, prípadne „*libertas omnibus rebus favorabilior est*“. Je však pravdou, že jej existencia v rímskoprávnom svete a rovnako aj u jeho európskych dedičov bola skutočne vecou neoceniteľnou a nenahraditeľnou, pričom právo ju ako hodnotu ľudského statusu nie vždy dokázalo akceptovať, brániť alebo vyzdvihnúť, predsa však jej potieranie a taktiež obhajoba bola vecou verejnou, nie súkromnou, pretože jej obsahom je zásadne interpersonálna korelácia minimálne medzi dvomi subjektami práva, ergo medzi dvomi ľudskými jedincami sa vie prejavovať a realizovať.