MYŠLENÍ V SYSTÉMU V KRIZI – PRÁVNÍ NAUKA A SJEDNOCOVÁNÍ PRÁVA

Walter Boente*

Abstrakt: *Z hlediska německých právníků ohrožuje harmonizace evropského práva vysoce diferencovaný německý právní systém. Vnější systém německého práva je reflektován v jeho právním řádu, knihách, monografiích, článcích a dokonce v definicích jsou jeho soudržnost a souladnost považovány za charakteristické znaky vnitřního systému německého práva. Tento systém slouží jak interpretaci, tak na podporu rozvoje práva. Naproti tomu evropské zákonodárství je často chápáno jako nesouladná množina různorodých částí. V soutěži právních systémů nejsou němečtí právníci schopni chápat svůj systém jako ten lepší. Dokonce i dnes zůstávají kořeny právního systému, které jsou spíše nahodilé než logické, zatím nepoznány.*

Klíčová slova: *systém práva, myšlení v systému, soulad, bezrozpornost, vliv evropského práva, vnitřní a vnější systém*

ÚVOD

Slovo systém pochází ze starořeckého *systema* a neznamená především nic jiného než složení celku z jednotlivostí či jednotlivých částí. Jednotlivé části mohou být navzájem v logickém anebo jakkoli harmonickém poměru. Mohou si však vzájemně odporovat nebo být nedůsledně přiřazovány. To vše ale nevylučuje možnost hovořit alespoň obecně o systému jakožto celku složeném z více částí či jednotlivostí. Zda tento systém dostačuje jím sledovanému účelu a zda se v takovém složení jedná o dobrý systém, je ovšem jinou otázkou, jíž se budeme věnovat později.

1. PROLOG: OBECNÝ A PRÁVNICKÝ JAZYK

1.1 Komunikace o běžných věcech prostřednictvím obecného jazyka

Předtím, než se budeme věnovat právnickému či odbornému jazyku, jehož prostřednictvím sdělujeme naše vědomosti o právu, je nutno se nejprve zaměřit na samotný obecný jazyk.

Když se člověk dívá na svět,[1] uchovává v pojmech, co o něm pochopil.[2] Svou znalost o souvislostech zaznamenává do pravidel.[3] Základní pravidla se nazývají principy.[4]

---

* Dr. Walter Boente, Université de Lausanne, Chaire de droit allemand/Lehrstuhl für Deutsches Recht. E-mail: walter.boente@unil.ch. Příspěvek je přepracovaným textem přednášky prezentované dne 3. 12. 2015 na fóru Centra právní komparatistiky Právnické fakulty Univerzity Karlovy v Praze. Styl přednášky je zachován. Z německého jazyka přeložil prof. Luboš Tichý s přispěním Kateřiny Džbánkové.

1 LORENZ, K. Gegenstand. In: J. Mittelstraß (ed.). *Enzyklopädie: Philosophie und Wissenschaftstheorie. Band 1*. Stuttgart: J. B. Metzler, 2004, s. 714 an.

2 MITTELSTRASS, J. Begriff. In: J. Mittelstraß (ed.). *Enzyklopädie: Philosophie und Wissenschaftstheorie. Band 1*. Stuttgart: J. B. Metzler, 2004, s. 265 an.; srov. též VESTING, T. *Rechtstheorie*. 2. vyd. München: C. H. Beck, 2015.

3 KAMBARTEL, F. – JANTSCHEK, T. Regel. In: J. Mittelstraß (ed.). *Enzyklopädie: Philosophie und Wissenschaftstheorie. Band 3*. Stuttgart: J. B. Metzler, 2004, s. 530 an.

4 KAMBARTEL, F. Prinzip. In: J. Mittelstraß (ed.). *Enzyklopädie: Philosophie und Wissenschaftstheorie. Band 3*. Stuttgart: J. B. Metzler, 2004, s. 341 an.

Pomocí obecného jazyka je pak (často nevědomě) zprostředkován určitý systém, tedy určitá složenina běžných, obecných pojmů, pravidel a základních principů běžného života, skrze niž komunikujeme naše běžné znalosti.[5]

Skutečnost, že může takový systém, jímž sdělujeme obecné informace, vypadat různě, je nám zřejmá teprve tehdy, komunikujeme-li tyto znalosti prostřednictvím jiné řeči či překládáme-li je do cizího jazyka. V rámci jedné a též kulturní oblasti se to nezdá zvlášť problematickým, ale vnímáme-li jazyky jiných kultur, vidíme, že každý jazyk je jedinečný – historicky, sociálně, politicky, psychologicky, religiózně a hospodářsky individuálně ovlivněný.

Doslovný překlad není v tomto rámci často možný anebo vede k nedorozumění, neboť pojmy jiného jazyka uchovávají jiné znalosti a jsou spojeny s jinými pravidly a principy.

Vedle problému spojeného s převáděním běžných znalostí do jiných komunikačních a jazykových systémů se významnou stává rovněž otázka, jakým jazykem lze nejefektivněji komunikovat.[6] Který systém je nejlepší pro zprostředkovávání našich obecných znalostí? Mohou být naše běžné znalosti sdělovány právě tak dobře jinou řečí, které se lze možná dokonce snadněji naučit? Nebo je naopak jiný jazyk jednodušeji naučitelný jen proto, že nezprostředkovává tolik informací a vše tedy poněkud příliš zjednodušuje? Stížnosti ohledně úpadku jazyka, zejména na pozadí dominance jazyka anglického, jsou celosvětově známým fenoménem.

1.2 Komunikace právních vědomostí prostřednictvím právnického jazyka

1.2.1 Obecně

Právnickým jazykem jsou na rozdíl od jazyka obecného zprostředkovávány nikoliv běžné, každodenní znalosti, nýbrž odborné informace.[7] Současně s obecným jazykem existují i právní pojmy, právní pravidla a právní principy.[8] Právní pojem též slouží k uchovávání znalostí, popřípadě jako zkratka, jako zjednodušení diskuse a jako navazovací kritérium, respektive stavební prvek pravidel.[9] Souvislosti v právu jsou vyjadřovány prostřednictvím právních pravidel, základní souvislosti pak skrze právní principy. Soubor právních pojmů, právních pravidel a právních principů může být rovněž v právu zcela obecně označován jako celek složený z více jednotlivých částí, tedy jako „systém“.[10]

---

5 SIEGWART, G. System. In: J. Mittelstraß (ed.). *Enzyklopädie: Philosophie und Wissenschaftstheorie. Band 4.* Stuttgart: J. B. Metzler, 2004, s. 183 an.

6 V této souvislosti se mluví o „*komunikativní účinnosti*“, podrobně k tomu ROELCKE, T. *Kommunikative Effizienz.* Heidelberg: Universitätsverlag Winter, 2002.

7 LORENZ, K. Wissenschaftssprache. In: J. Mittelstraß (ed.). *Enzyklopädie: Philosophie und Wissenschaftstheorie. Band 4.* Stuttgart: J. B. Metzler, 2004, s. 737 an.

8 K otázce kvalitativního rozdílu mezi právním pravidlem a principem, respektive k rozdílným definicím pojmů srov. METZGER, A. *Extra legem, intra ius. Allgemeine Rechtsgrundsätze im Europäischen Privatrecht.* Tübingen: Mohr Siebeck, 2009, s. 13 an. s dalšími prameny.

9 K tomu např. viz SCHÄRDEL, K. *Die Bücherkodifikation: Untersuchung einer Gesetzgebungstechnik.* Baden-Baden: Nomos, 2012, s. 135 an.

10 Směrodatně k tomu zejména HÖPFNER, C. *Die systemkonforme Auslegung.* Tübingen: Mohr Siebeck, 2008, s. 3 an.; HILBERT, P. *Systemdenken in Verwaltungsrecht und Verwaltungsrechtswissenschaft.* Tübingen: Mohr Siebeck, 2015, s. 3 an., vždy s dalšími prameny. Ohledně celé řady užších pojmů „systém“ a závislosti na jejich funkci blíže např. HÖPFNER, C. *Die systemkonforme Auslegung.* Tübingen: Mohr Siebeck, 2008, s. 3 an.; HILBERT, P. *Systemdenken in Verwaltungsrecht und Verwaltungsrechtswissenschaft.* Tübingen: Mohr Siebeck, 2015, s. 3 an., vždy s dalšími prameny.

1.2.2 Myšlení v systému

Ještě zřetelněji než v případě obecného jazyka se v rámci komunikace právnických informací projevuje význam systémového myšlení, tedy myšlení, komunikace se systémem.[11] Uchovávání vědomostí v pojmech a pravidlech je základem komunikace pro každý následný případ jejich zpracování. To slouží při ohromném množství informací především k přehlednosti a přístupnosti práva. Současně se tak rovněž zjednodušuje vědecká diskuse a odůvodnění právních následků v praxi. Taková odůvodnění a znalosti uchované v pojmech pak lze předpokládat. Z uvedeného plyne, že zdaleka ne všechno musí být v každém jednotlivém případě znovu promýšleno – ovšem s tím rizikem, že staré chyby se mohou opakovat.

Od tohoto vnějšího systému, jenž je zprostředkováván zákonodárstvím a je tak téměř nutně mezerovitý, je třeba odlišovat zvláštní, nepsaný systém, označovaný jako „vnitřní systém". Proto člověk odstupuje od jednou stanovených pojmů a pravidel a hledá na pozadí existující souvislosti, základní pravidla a principy, jež mohou být použity pro nalézání práva.[12]

Nadto je v současnosti především s poukazem na „myšlenku práva", respektive na (základní) principy spravedlnosti, právní jistoty a účelnosti vyžadována vnitřní harmonie a hodnotová bezrozpornost právního systému. Důsledkem je, že vnitřní systém má být schopen působit na vnější systém v tom smyslu, že jednak jsou pochybná rozhodnutí zákonodárce nebo rozhodování o právu kvalifikována jako „systémově cizí" či v „rozporu se systémem" a jsou následně napravována například cestou restriktivního výkladu, jednak má být vnitřní systém schopen působit produktivně s tím, že skrze základní pravidla a principy v systému vytváří logická právní pravidla, která již netvoří součást zákonů.[13]

1.2.3 Překládání právních vědomostí do jiných jazyků

Na pozadí těchto nesčetných souvislostí nepřekvapuje, jestliže se v právu ještě zřetelněji než v případě překladu běžného vědění do jiného jazyka projevuje problém překladu jedné právnické řeči do druhé.[14] Národní právo je na rozdíl od běžného vědění alespoň v zásadě zřetelně nahodilejší. Při každém překladu z jednoho právního jazyka do druhého by proto vlastně bylo nutno uvážit celý právní řád, právní vědu a právní kulturu. Z toho důvodu existuje nemálo autorů, kteří tento obrovitý úkol ekvivalentního překladu považují za nemožný a neuskutečnitelný.[15]

---

[11] Směrodatně k tomu zejména CANARIS, C.-W. *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz*. 2. vyd. Berlin: Duncker & Humblot, 1983; BYDLINSKI, F. *System und Prinzipien des Privatrechts*. Wien: Springer, 1996; podrobně ke stavu diskuse opět HÖPFNER, C. *Die systemkonforme Auslegung*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2008; HILBERT, P. *Systemdenken in Verwaltungsrecht und Verwaltungsrechtswissenschaft*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2015.

[12] Rozdílné definice systému, vnitřního a vnějšího systému, mají svůj základ nejen v rozdílném chápání právního principu, srov. ohledně jejich předmětu poznání HÖPFNER, C. *Die systemkonforme Auslegung*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2008, s. 91 an. na straně jedné a METZGER, A. *Extra legem, intra ius*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2009, s. 25 an. na straně druhé.

[13] K chápání systému zejména BYDLINSKI, F. *System und Prinzip des Privatrechts*. Wien: Springer, 1996, s. 1 an., zejména s. 31 an.; LARENZ, K. – CANARIS, C.-W. *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*. 3. vyd. Berlin: Springer, 1995, s. 263 an., zejména 302 an.

[14] K tomu např. BÄCKER, C. Recht, Sprache und Kultur. In: C. Bäcker – M. Klatt – S. Zucca-Soest (eds). *Sprache – Recht – Gesellschaft*. Tübingen, 2012, s. 257 an.; SCHMIEDL-NEUBURG, H. Kultur, Sprache und Recht zwischen Relativismus und Universalismus. In: M. Klatt et al. (eds). *An den Grenzen der Rechtsdogmatik*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2012, s. 271 an.

[15] Podrobně k tomuto problému GLANERT, S. – LEGRAND, P. *De la traductibilité du droit*. Paris: Dalloz-Sirey, 2011.

1.2.4 Účinnost právnického jazyka

Souběžně s obecným jazykem vyvstává otázka odborného jazyka práva, tedy jakým právním jazykem, jakými právními pojmy, pravidly a principy lze nejúčinněji zprostředkovat své vědomosti o právu, právo jako takové a se stejnými právní účinky.[16] I v tomto rámci se často vyskytují stížnosti na úpadek právního jazyka,[17] jenž je zde spojován především se „špatným" zákonodárstvím.

2. NESYSTEMATICKÉ ZÁKONODÁRSTVÍ

V Německu se národnímu zákonodárci v oblasti civilního práva již dlouho vyčítá nesystematická legislativa. Je podrobována kritice neúčinných pojmů, pravidel a principů, které ve svém souhrnu představují národní civilněprávní systém. Podle Kötze se však především v tzv. vedlejších oblastech pro zákonodárce zdá být již dlouho „*velkým pokušením vyprodukovat zvláštní zákon s vlastní systematikou a vlastní terminologií a důvěřovat tomu, že se hodnotové protiklady a systémové vady, které tím vznikají, prostě nějak vyřeší*".[18] Avšak idyla jádra německého civilního práva, zejména tuzemským zákonodárcem dlouho nedotčené obecné závazkové právo z 19. století, byla tímto sotva narušena.

Unijní soukromé právo však této idyle učinilo konec. Bez zprostředkování zasahuje skrze zvláštní právní materii přímo do srdce civilního práva.[19] Reforma právní úpravy se tak dotkla také jádra německého občanského práva.

Protože unijní soukromé právo „prostupuje" různými národními právními pojmy, znamená to ve výsledku, že německý právní řád tyto pojmy nezná nebo zná jen zčásti. Musí tak být vytvořeny nové pojmy, jež musí být následně zavedeny do systému nekonečného množství pravidel a principů. Z teorie chaosu je znám tzv. motýlí efekt, tedy že komplexní systémy jsou vysoce citlivé na malé odchylky v základních podmínkách, takže i nepatrné změny těchto podmínek mohou v dlouhodobém hledisku vést k naprosto jinému vývoji. Stejně je tomu i zde. Není vůbec jednoduché vkládat nové pojmy harmonicky do starého systému. Změna nemusí být zpočátku velká, ale existuje nebezpečí, že na druhém konci vzniknou následky, jež zdaleka nebyly předvídány.

K uvedenému však ještě přistupuje kritika samotného unijního soukromého práva, upozorňující na jeho pochybnou pojmovou jasnost a přímost stejně jako rozporuplnou systematiku.[20] Je tak postrádána „harmonie", respektive bezrozpornost a onen „vnitřní"

---

[16] Tato otázka je řešena pravidelně v rámci diskuse o jazykové optimalizaci právnických textů, jako např. THIEME, S. – RAFF, G. – TACKE, K. Möglichkeiten und Grenzen der sprachlichen Optimierung von Rechtstexten. In: R. Fischer (ed.). *Sprache und Recht in grossen Europäischen Sprachen: Juristische Begriffsbildung im Spannungsfeld zwischen Fachsprachlichkeit und allgemeiner Verständlichkeit*. Regensburg: Universitätsverlag Regensburg, 2010, s. 155 an.

[17] Např. REINHARDT, M. Europäische Rechtssprache: Verspätete Randbemerkungen über einen fortgeschrittenen Verfall. *Neue Juristische Wochenschrift*. 2003, s. 3449 an. o „*Europäische Rechtssprache: Verspätete Randbemerkungen über einen fortgeschrittenen Verfall*".

[18] KÖTZ, H. Schuldrechtsüberarbeitung und Kodifikationsprinzip. In: A. Dieckmann et al. (eds). Festschrift für Wolfram Müller-Freienfels. Baden-Baden: Nomos, 1986, s. 404; dále též HONSELL, H. *Vom heutigen Stil der Gesetzgebung*. Salzburg – München: Universitäts-Verlag A. Pustet, 1979, s. 14, 18 an. s rozsáhlým pramenným aparátem ohledně dlouhé tradice této diskuse.

[19] Podle LADEUR, K.-H. Die Bedeutung eines Allgemeinen Verwaltungsrechts für ein Europäisches Verwaltungsrecht. In: H.-H. Trute – T. Groß – C. Röhl – C. Möllers (eds). *Allgemeines Verwaltungsrecht – zur Tragfähigkeit eines Konzeptes, für das deutsche Verwaltungsrecht*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2008, s. 798.

systém, jenž alespoň zdánlivě platil pro německé civilní právo a na nějž byl člověk v jeho rámci zvyklý.[21]

3. JÁDRO PRÁVNÍ NAUKY

Německá právní nauka je v důsledku nesystematického zákonodárství zbavena dle svého vlastního náhledu vynikajícího a bezrozporného systému. Její nástroj spočívající v systematickém výkladu, jenž při výkladu nejasných pojmů a pravidel využívá svobody rozporů a „logiky" legislativy na jiných místech právního řádu, již nefunguje. Též německá civilněprávní nauka je v oblasti unijního soukromého práva odkázána z velké části na text zákona a vůli zákonodárce, a nachází se proto v krizi identity. Má obavu, aby se nestala pouhou „informační jurisprudencí",[22] tedy „právní osvětou".[23] Ve vztahu k tzv. sousedním, neboli partnerským vědám vyvstává otázka vlastní právní nauky.[24] Co je tedy zvláštního na právní nauce?

Poté, co byly otázky ohledně národního právního řádu tematizovány ještě podrobněji, se této problematice spojené s europeizací soukromého práva věnuje celá řada publikací. Základním krystalizačním bodem této diskuse je myšlenka systému.

Jednak je sebekriticky zjišťováno, že by setrvávání na starých představách bezrozporného „vnitřního" systému přinášelo riziko, že se právní nauka s odvoláním na obecně platné právní principy v případech neupravených nebo špatně upravených povýšila do role zákonodárce. Jednak se poukazuje na to, že bezrozporný systém neodpovídá dnešní realitě, zejména pluralitě zákonodárců, a možná, že v Německu ani nikdy neexistoval.[25]

4. NÁVRAT K SOUČASNÝM PROBLÉMŮM

Zatímco diskuse je ještě v plném proudu, zdá se, že německá soukromoprávní nauka si našla nejpozději s návrhem Společné evropské kupní smlouvy (CESL) pevnou půdu pod nohama. Návrh byl vybudován na systému založeném na hodnotách a zájmech, jež jsou německému právu známé. Například samotné označení „právo kupní smlouvy" a struktura právní úpravy, jež byly pro návrh na počátku zvoleny, jsou v rámci německého práva dobře známy.

Z toho důvodu se zdá, jako by německá civilistika tendovala k normálním aktuálním problémům. Proto by bylo sotva možné očekávat něco jiného v případě, že by se přistoupilo k evropskému občanskému zákoníku, alespoň pokud by tento projekt odpovídal

---

[20] Tento pojem ovlivnil zejména STÜRNER, R. Das Zivilrecht der Moderne. *Juristen Zeitung*. 2012, s. 10, 13 passim.

[21] Sám zákonodárce se snaží o vytváření vnitřního systému. HERRESTHAL, C. In: M. Schulte-Nölke et al. (eds). *Der Entwurf für ein optionales europäisches Kaufrecht*. München: Sellier European Law Publishers, 2012, s. 143.

[22] FLUME, W. citováno dle ERNST, W. In: C. Engel – W. Schön (eds). *Das Proprium der Rechtswissenschaft*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2007, s. 36.

[23] KAHL, W. Die Europäisierung des Verwaltungsrechts als Herausforderung an Systembildung und Kodifikationsidee. In: P. Axer – B. Grzeszick – W. Kahl – U. Mager – E. Reimer (eds). *Das Europäische Verwaltungsrecht in der Konsolidierungsphase*. Berlin: Duncker & Humblot, 2010, s. 54 an.

[24] Viz např. příspěvky ve sborníku ENGEL, C. – SCHÖN, W. (eds). *Das Proprium der Rechtswissenschaft*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2007.

[25] K těmto závěrům dochází v oblasti civilněprávní vědy např. STÜRNER, R. Das Zivilrecht der Moderne. *Juristen Zeitung*. 2012, s. 10 an.

systému, právním pojmům, právním pravidlům a právním principům německého civilního práva.[26]

5. ZMATKY S MYŠLENÍM V SYSTÉMU

S návratem k současné agendě však hrozí, že budou diskutovaná odůvodnění jádra právní vědy, respektive zhodnocení chyb odůvodnění německého systémového myšlení, zapomenuta.

5.1 Renesance systémového myšlení

Lze pouze litovat, že s ohledem na přednosti systematického výkladu, respektive systematického odůvodnění, tyto nebyly reflektovány pod heslem „odlehčovací funkce" také v zahraničí.[27] Samotný styl anglické judikatury se zdá být součástí přeměny od charismaticko-konkrétních rozhodnutí k rozhodnutím racionálně systémovým.[28]

V existujícím systému jsou přednosti systémového právnického myšlení, tedy zprostředkování právních informací prostřednictvím efektivního systému, často uskutečňovány jako pouhý reflex. K odůvodnění a k reklamě systému stejně jako pro vypracování lepšího systému mohou být tyto výhody sotva využity.

Ani na úrovni unijního práva není obecně příliš vybízeno k odůvodnění systému právní materie. Ve středu pozornosti právního sjednocování stojí pojmy smluvního a obecného obligačního a deliktního práva, spolu jako „*přirozené pilíře řádu civilního práva evropského ražení*", jehož oprávnění existence nebylo nikdy zpochybňováno a u něhož se jeho pochopení daří bezprostředně.[29]

Naproti tomu v případě práva bezdůvodného obohacení je to již méně samozřejmé,[30] v případě nepřikázaného jednatelství pak ještě méně.[31] Zde se též připomíná, že „*dříve než bude formulován právní rámec pro takový institut, je třeba se ptát, jak dalece je taková skutková podstata hodnotově adekvátním navazovacím kritériem pro případné nároky*".[32] Jinými slovy, často je kladena otázka, zda zvláštní pojem „nepřikázaného jednatelství" a na něj navazující pravidla a principy, které „účinně" vyjadřují relevantní hodnoty a zájmy, nebo zda překryvy, jež byly vyvolány zvláštní úpravou nepřikázaného jednatelství, s jinými pojmy, pravidly a principy, respektive právními instituty systém pouze komplikují a činí ho tedy neefektivním, a dokonce vadným.

---

[26] Tak označuje ERNST, W. Zur Struktur des CFR. In: M. Schmidt-Kessel (ed.). *Der Gemeinsame Referenzrahmen*. München: European Law Publisher, 2009, s. 70, CFR jako „BGB převedený do angličtiny".

[27] Např. RÜTHERS, B. – FISCHER, C. – BIRK, A. *Rechtstheorie*. 8. vyd. München: C. H. Beck, 2015, marg. č. 323; KAHL, W. Die Europäisierung des Verwaltungsrechts als Herausforderung an Systembildung und Kodifikationsidee. In: P. Axer – B. Grzeszick – W. Kahl – U. Mager – E. Reimer (eds). *Das Europäische Verwaltungsrecht in der Konsolidierungsphase*. Berlin: Duncker & Humblot, 2010, s. 46 n. Jako funkce systematické argumentace zahrnuje: „*funkci uchování informací, odlehčovací funkci, funkci zvládání komplexních problémů a integrační funkci*".

[28] MAULTZSCH, F. In: F. Maultzsch (ed.). *Fuchs oder Igel? – Fall und System in Recht und Wissenschaft*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2014, s. 55 n.

[29] To vyzdvihuje WENDEHORST, C. In: R. Schulze – C. von Bar – H. Schulte-Nölke (eds). *Der akademische Entwurf für einen Gemeinsamen Referenzrahmen*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2008, s. 216 an.

[30] Viz např. WENDEHORST, C., ibidem, s. 253 an.

[31] Viz JANSEN, N. *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*. 2007, s. 958, 970.

[32] Ibidem.

Tedy ještě jednou: právní následky nejsou zpochybňovány. Klade se však otázka, zda vědění, které uchováváme pod pojmem nepřikázané jednatelství, je skutečně něčím natolik zvláštním, aby mělo být osamostatněno, anebo zda nelze naše vědomosti o něm lépe uchovávat v rámci práva smluvního, práva bezdůvodného obohacení či zda by spíše nemělo být přiřazeno k deliktnímu právu.

Na počátku zmíněné právo kupní smlouvy zůstává těmito pochybnostmi nedotčeno. Ve výsledku se nakonec „právo kupní smlouvy" může ukázat nepostradatelným pro efektivní komunikaci právních vědomostí.[33] V rámci skutečnosti, že si lze systematicky představit jiný řád smluvních typů, například dle věcných hledisek, tj. kupříkladu „*smlouvy o převodu práv, užívání aj.*",[34] by bylo odůvodnění těchto domnělých samozřejmostí žádoucí.[35]

5.2 Relativita systému

Návratem německé právní vědy k žádoucí agendě byla vedle výhod zakryta rizika, jež se projevila v diskusi o soukromoprávním myšlení v systému. V rámci německého civilního práva se pozornost velkou měrou nevěnovala psanému právu, nýbrž především zájmům a hodnotám, které byly vypracovány německou právní vědou. Co se nehodilo v psaném právu, uzpůsobilo se s poukazem na základní principy a tvrzenou nebo žádoucí bezrozpornost systému. Tam, kde chyběla úprava, přispěchala německá právní věda, aby z právních principů, jež sama vypracovala, odvodila řešení a přitom je nejen doporučila zákonodárci jako právní úpravu, nýbrž dokonce tvrdila, že její vlastní řešení je platným právem.

Avšak spolu s vypracováním těchto „věčných soukromoprávních" zásad ve „vnitřním" systému se zdálo, že nastala určitá právní imunizace civilního práva vůči ústavněprávnímu základu nebo ústavněprávním změnám. Dnes je německé civilistice zejména ze strany veřejného práva vytýkána určitá mentalita „vozové hradby", jistá strnulost. Ona sama může poukázat pouze na „zákonitosti" soukromého práva, ať už je jimi rozuměno cokoliv.[36]

Opomněli jsme však, že principy vypracované v rámci systematického výkladu, platné pro německé právo, jsou chápány pouze v závislosti na pojmech a právních pravidlech právě jen německého práva. Je však princip naturálního plnění, a ještě spíše princip abstrakce, typicky německý? Zvláště (funkcionální) právní srovnání poukazuje ve svém výsledku často na podobná řešení konkrétního případu i v rámci jiných právních řádů.[37] Alespoň v těchto diskusích je pozornost upřena na to, jak je třeba lépe chápat tyto výsledky. „*Je vůbec dobré mít princip abstrakce?*" – například takto je možné nadepsat nový

---

[33] Na okolnost, že „*kategorizace jako kupní smlouva není samozřejmost*", poukazuje NICOLAI, P. In: J. Santos – C. Baldus – H. Dedek (eds). *Vertragstypen in Europa*. München: European Law Publisher, 2011, s. 259 an.

[34] K tomu viz ERNST, W. In: M. Schmidt-Kessel (eds). *Der Gemeinsame Referenzrahmen*. München: European Law Publisher, 2009, s. 65.

[35] Tak tomu je např. podle SANTOS, J. – BALDUS, C. – DEDEK, H. In: J. Santos – C. Baldus – H. Dedek (eds). *Vertragstypen in Europa*. München: European Law Publisher, 2011, s. X: „… *historický vysvětlující koncept je pro srovnávací pochopení tohoto fenoménu smluvního typu nezbytný*".

[36] Příznačný je titul příspěvku GRIGOLEIT, C. In: M. Jestaedt – O. Lepsius (eds). *Rechtswissenschaftstheorie*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2008, s. 51 an.: „*Anforderungen des Privatrechts an die Rechtstheorie*" (Požadavky soukromého práva na právní teorii).

[37] K principu naturálního plnění např. RIEHM, T. *Der Grundsatz der Naturalerfüllung*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2015; k principu abstrakce viz STADLER, A. *Gestaltungsfreiheit und Verkehrsschutz durch Abstraktion: Eine rechtsvergleichende Studie zur abstrakten und kausalen Gestaltung rechtsgeschäftlicher Zuwendungen anhand des deutschen, schweizerischen, österreichischen, französischen und US-amerikanischen Rechts*. Tübingen: Mohr Siebeck, 1995, vždy však s analýzou podstatných rozdílů.

příspěvek k diskusi.[38] Jsou německé pojmy, právní pravidla a právní principy efektivní, je princip abstrakce efektivní? Nevyjadřují snad jiné právní řády, jiné právní jazyky či jiné právní systémy stejné výsledky efektivněji?

5.3 Nedostatky odůvodnění

Zdá se, že německý systém funguje dobře, alespoň o tom svědčí samotná hodnocení německé právní nauky. Ale proč má být německý systém lepším v komunikaci právních následků? Od německého právníka je v mezinárodním diskurzu, respektive při sjednocování právních řádů ze strany reprezentantů jiných právních řádů požadováno odůvodnění, jež není schopen prezentovat.

V současné době stále přetrvávají nedostatky odůvodnění německého civilněprávního systému. Jako zkrácení odůvodnění vyžadují německé pojmy a na ně navazující, respektive na nich postavená právní pravidla a principy stálé ujištění o právě předpokládaném zkráceném odůvodnění. Avšak proč právě tyto pojmy, pravidla, principy, proč právě tento systém ke komunikaci právního vědění, zejména ke komunikaci právních následků pro konkrétní případ?

K takovému odůvodnění dodnes nebyla německá soukromoprávní věda donucena. Jinak než v případě veřejného práva po roce 1945 nepotřebovalo německé civilní právo ve svém jádru v úzkém slova smyslu etického znovunarození.[39] Civilněprávní nauka mohla naopak navazovat na svůj metodický kánon, na stoletou tradici vědecké systematizace, mohla stavět na stoletých pojmech, pravidlech a principech.

Ale proč se v Německu tyto pojmy a tento systém stále používají? Proč se ještě stále hovoří o historicky podmíněném právnickém jazyku užívaném ke komunikaci právního vědění? Ačkoli se pro to dnes sotva najde odůvodnění, jaké jsou tedy alespoň historické důvody?[40]

Zvláštní roli v Německu hrála historická právní škola, která byla určující především v první polovině 19. století. Zákonodárství v té době existovalo pouze v určitých oblastech, respektive pouze v jednotlivých německých státech. Člověk se často ocital uprostřed nekonečného množství právních pojmů a názorů, které se dědily a hromadily z generace na generaci.[41] Sotva byl někdo schopen zvládnout tuto obrovskou materii. Zdálo se dokonce, že se praxe již dlouho nestarala o teorii. Právní jazyk se stal ke komunikaci právních informací neefektivním. Stále hlučněji se ozývaly hlasy, aby zákonodárce konal, aby legislativa již skoncovala s tímto „zmatkem“ a začala znovu.

Předpokladem úspěšného zákonodárství bylo tehdy, stejně jako je tomu dnes, že člověk disponuje pojmy, pravidly a principy, tedy určitým systémem, prostřednictvím kterého

---

38 BEZZENBERGER, T. – NICOLAS-MAGUIN, F. Lohnt sich das Abstraktionsprinzip? Eine rechtsvergleichende Skizze aus deutscher und französischer Sicht. In: T. Bezzenberger – J. Gruber – Stéphanie Rohlfing-Dijoux (eds). *Die deutsch-französischen Rechtsbeziehungen, Europa und die Welt. Les relations juridiques franco-allemandes, l'Europe et le monde: Liber amicorum Seul.* Baden-Baden: Nomos, 2014, s. 21 an.

39 Podle MÜLLER-GRAFF, P.-C. Zur Integrationskraft zivilrechtlicher Dogmatik im Querschnitt von Rechtsgebieten: Zugleich ein Blick in das Unionsrecht. In: T. Lobinger – A. Piekenbrock – M. Stoffels (eds). *Zur Integrationskraft zivilrechtlicher Dogmatik*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2014, s. 129.

40 Podrobně k tomu viz BOENTE, W. *Nebeneinander und Einheit im Bürgerlichen Recht*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2013.

41 SAVIGNY, F. C. von. *Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*. 1814, s. 112.

lze právní vědění a zejména právní následky komunikovat pro každý jednotlivý případ. To, že takový systém existuje, popíral především Savigny, který vůbec odpíral nutnost zákonodárství. Navrhl proto pro přechodnou dobu kopírovat systém civilního práva, vysoké formální vzdělání a výstižný umělý jazyk od Římanů, neboť v té době jednoduše neexistovalo nic lepšího, a zároveň nebyl s to římský systém „nahradit vlastními silami". Co je však často přehlíženo: hmotné římské právo bylo Savignymu v této souvislosti lhostejné. Považoval ho doslova za „*tak obecné povahy, že by mohlo být chápáno většinou již samotným zdravým rozumem bez právnického vzdělání, a k dosažení tak jednoduchého přínosu se nevyplatí usilovat o zákony a právníky*".[42]

Rovněž Savigny se tedy chtěl Římanů „*zříci jako vzoru a předat je historii k vděčné vzpomínce, jestliže se člověk naučil zvládat danou právní materii se stejnou svobodou a jistotou*",[43] jinými slovy až do okamžiku, kdy nalezne pojmy, pravidla a principy, tedy právní systém, který je obdobně efektivní, respektive zdařilý jako římský systém, anebo ještě lepší, ještě efektivnější, ještě zdařilejší.

Dosáhl toho však člověk do dnešní doby? Německá civilistika na tento úkol zapomněla a z velké části se omezila na diferenciaci systému, který jí byl zprostředkován a podmíněn historickou právní školou. Tento systém však s určitými malými výjimkami do dnešního dne neodůvodnila, neřkuli znovu neodůvodnila.

6. PERSPEKTIVY MYŠLENÍ V SYSTÉMU V CIVILNÍM PRÁVU

Tímto budiž opuštěna německá perspektiva a pozornost bude následně věnována obecné otázce budoucnosti systémového myšlení v civilním právu.

6.1 Nové odůvodnění

V Evropě mluvíme právním jazykem, respektive právními jazyky, které byly z velké části podmíněny historicky. Odůvodnění, proč používáme historické pojmy, často nenalezneme. Jelikož jsme v nich vzděláni, mohou se nám zdát dostatečně efektivní k tomu, abychom byli schopni komunikovat naše právní vědění, respektive právní následky pro každý jednotlivý případ. Avšak často nevíme, zda by to nebylo možné ještě efektivněji. Jsou jiné právní pojmy a na ně navazující právní pravidla snad efektivnější? A především efektivita: jaký náklad pro jaký výnos? Efektivitu lze jistě kvalifikovat různě, a to podle účelu, který systém, respektive právnický jazyk sledují, zejména zda slouží zákonodárství – nebo zda se jedná o vědecký systém. Taková diskuse, respektive základy takové diskuse se objevují okolo pojmu „právní jednání" anebo v případě evropského soukromého práva kolem pojmu „*juridical acts*". Je v tomto pojmu vědění uloženo efektivně, či se jedná pouze o fatu morgánu? Vyplatí se vůbec pojem „právního jednání"? Pro vědu, pro zákonodárství? V určité paralele k právu veřejnému s jeho rozlišováním ústavní dogmatiky a ústavní teorie by možná mohla německému civilnímu právu být nápomocná uvědomělejší civilně právní teorie.[44]

---

[42] SAVIGNY, F. C. von. *Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft.* 1814, s. 27 an.
[43] Ibidem.
[44] Viz „*Úvahy o struktuře budoucího soukromého práva*", např. AUER, M. *Der privatrechtliche Diskurs der Moderne.* Tübingen: Mohr Siebeck, 2014, s. 165 an.

V rámci problematiky nové civilněprávní teorie položil maďarský právní vědec Gyul Eörsi ve svém příspěvku z roku 1981 v poctě pro Konráda Zweigerta současně otázku, zda se nejedná o „jezdce apokalypsy“, kteří by systémové myšlení v systémovém právu zcela pošlapali.[45] Eörsi sám tuto otázku zodpověděl záporně.[46] Jestliže se nám nyní nechce takto zodpovědět způsobilost systému civilního práva, bude dle mého soudu nevyhnutelné odstoupit od historicky tradovaného systému civilního práva a z takto získané vnější perspektivy nejprve odůvodnit systém jako takový. Jestliže nechceme systémem jen odlehčit diskusi a zkrátit odůvodnění, je třeba taková odůvodnění nejprve prezentovat v jejich celkovém rozsahu a až v dalším kroku pokračovat směrem ke zkrácení odůvodnění prostřednictvím jejich vložení do pojmu tím zprostředkované struktury právní materie. Bez takového návratu zpět k samotným základům, zůstává z mého pohledu též systematické odůvodnění právních následků v jednotlivém případě nepřípustně zkrácené.

6.2 Omezení systémů orientovaných na prostředky a cíle

Zcela na konci lze přistoupit ke zvláštní výzvě v případě odůvodnění či nového odůvodnění dnešních civilněprávních systémů. Dnešní německé, alespoň civilní ano, právo je orientováno na prostředky. Ve středu zájmu existuje jednání soukromoprávních subjektů jako prostředek dosažení sebeurčujících účelů.

Ochrana spotřebitele a jeho orientace na cíl v současnosti přitahuje alespoň v počátečním stadiu celé části smluvního práva. Co si počít s takovým překrýváním systému orientovaného na účel a prostředky? Jak dalece lze chápat tuto ochranu spotřebitele v rámci civilního práva?[47] Jsou pro to civilněprávní pojmy ještě dostatečně efektivní? Nebo lze snad komunikovat právní vědění a právní následky lépe prostřednictvím vždy pochopitelného veřejného práva?

Z této perspektivy proto platí, že by měl člověk odstoupit od současného systému a nenechat se nutit do něčeho, co jsme my, právníci sami vytvořili, ale již nevíme proč.

ZÁVĚR

Německý právník profituje ze systému, složeného z pojmů, pravidel a principů ke komunikaci právního vědění, který (z jeho pohledu) docela dobře funguje. Německý civilněprávní systém je často prezentován jako povedená kombinace abstraktnosti, aby se člověk neztratil v jednotlivostech, a konkrétnosti, aby neztratil ze zřetele skutečné životní vztahy. Pro německého právníka, jenž je vyškolen v tomto systému, se zdá vědění, vědění o právu, tímto způsobem efektivně nashromážděné, respektive efektivně použitelné.

Protože však německý právník tento systém sám nevytvořil, nýbrž z velké části ho okopíroval z historie, může sotva v procesu sjednocování práva pochopit, proč dobře funguje a jak by mohl fungující systém vypadat ještě lépe.

---

[45] EÖRSI, G. Geistig und begrifflich geschlossene Zivilrechtstheorie? In: H. Bernstein – U. Drobnig – H. Kötz (eds). *Festschrift für Konrad Zweigert zum 70. Geburtstag*. Tübingen: Mohr Siebeck, 1981, s. 806.

[46] Obecně o způsobilosti systému LEPSIUS, O. Themen einer Rechtswissenschaftstheorie. In: M. Jestaedt – O. Lepsius (eds). *Rechtswissenschaftstheorie*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2008, s. 41.

[47] K systémům orientovaným na cíle a prostředky, viz EÖRSI, G. Geistig und begrifflich geschlossene Zivilrechtstheorie? In: H. Bernstein – U. Drobnig – H. Kötz (eds). *Festschrift für Konrad Zweigert zum 70. Geburtstag*. Tübingen: Mohr Siebeck, 1981, s. 807 an.

Systematic Thinking in Crisis – Legal Theory and Unification of Law

Walter Boente

Abstract: *In the eyes of German lawyers the harmonization of European private law endangers the highly differentiated German legal system. Beyond the (outer) system of the German law, as it occurs in its order, in its division in books, chapters, articles, paragraphs, sentences and even definitions, coherence and consistency are considered as characteristic elements of the (inner) system of German law. This system serves for both the interpretation as well as the development of the law. On the contrary, European legislation is often considered as piecemeal and not coherent. Nevertheless, in the competition of legal systems, German lawyers seem to be incapable of promoting their system as the "better" system. Even today the roots of the – historically contingent rather than logical – German legal system remain unknown.*

Key words: *System of law, thinking in system, coherence, consistency, influence of European law, outer and inner system*