

Co je právo a jak ho můžeme modelovat

Jakub Michálek*

Abstrakt: Cílem této práce je načrtnout charakteristiku možného modelu právního systému, který by byl využitelný při modelování práva pomocí automatizovaných systémů. Za tímto účelem vymezují pojem právního systému, za který považují fundamentální normativní systém, který o sobě tvrdí, že je legitimní a vynutitelný. Na několika případech ukazují, že takové vymezení je realistické a praktické. Ukazují, jak tyto pojmové znaky vyplývají z obecného požadavku na zdůvodnění normy jako regulativu chování. Na základě vymezení právního systému představují základy modelu práva. K modelování kontinentálního práva doporučují volit inkluzivní pozitivismus s textuálním nebo instrumentálním aktualismem. Popisují, jak vymezený model práva zachycuje jevy jako kolize právních systémů, metanormy, právní pluralismus a soudcovské dotváření práva.

Klíčová slova: model práva, právní systém, právní pluralismus

Úvod

Aspoň rámcové pochopení pojmu právního systému je nezbytnou podmínkou, aby bylo možné vytvořit prakticky použitelný model práva, který umožní systematicky zachytit, studovat, rozporovat a případně i částečně automatizovat programovatelnou část obsahu práva pomocí počítačových technologií. Právě to je součástí problematiky mého bádání.

Podle soudobých českých učebnic je právo neboli právní řád „*souhrn právních norem jako obecně závazných pravidel chování stanovených či uznaných státem (resp. mezinárodním společenstvím států), jejichž porušení stát (resp. státy vytvořené mezinárodní instituce) sankcionují*“. Za základní znaky právních norem se pokládají závaznost, formální určitost, obecnost a vynutitelnost.¹ Jde o právně filosofickou definici aktuálního pojetí státního práva, tedy práva vytvářeného státem, případně mezinárodní institucí, nebo na základě jejich rozhodnutí. Tato definice však postrádá interdisciplinární kontext sociálních věd a pro *obecnou* analýzu práva nestačí.

Abychom pochopili, proč ve společnosti vznikají právní normy, zamysleme se nad rozhodováním člověka v kontextu evolučního principu. Myšlení neslouží jen k mapování okolního světa, ale také k identifikaci našich složitějších potřeb a hledání nástrojů jejich uspokojení, tedy k hledání vhodných strategií úspěchu.² Úspěšné strategie jednání se evolučně vyvíjejí,³ učíme se je a průběžně je testujeme v realitě. Z ustálených strategií,

* Mgr. et Mgr. Jakub Michálek. Autor je doktorand na katedře teorie práva Právnické fakulty Univerzity Karlovy a působí také jako předseda poslaneckého klubu Pirátů, místopředseda ústavněprávního výboru a předseda jeho podvýboru pro e-Sbíрку a digitalizaci justice v Poslanecké sněmovně PČR. E-mail: jakub.michalek@pirati.cz.

¹ GERLOCH, Aleš. *Teorie práva*. 6. aktualizované vydání. Plzeň: Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, 2013.

² Jsem si vědom toho, že pojem strategie se obvykle vztahuje k dlouhodobým aktivitám. Zde jím mám na mysli obecně různé naučené postupy včetně taktik a jiných přístupů, které jedinec používá, aby dosáhl svých cílů. Tento pojem je převzat z teorie her, viz například RUBINSTEIN, Ariel Rubinstein. Comments on the interpretation of game theory. *Econometrica*. 1991, 59, s. 909–924.

³ Viz např. AXELROD, Robert. An Evolutionary Approach to Norms. *American Political Science Review*. 1986, Vol. 80, No. 4, s. 1095–1111. Stručně též populární popis v BINMORE, Ken. *Teorie her... a jak může změnit váš život*. Praha: Nakladatelství Dokořán – Argo, 2014, s. 176, případně teoretická část knihy ELLICKSON, Robert C. *Order without law*. Harvard University Press, 1991, s. 149 an., která se kloní k antropologickému vysvětlení původu norem.

kde silnější strana (nebo strana chráněná společností) vyžaduje určité plnění, pak vznikají sociální pravidla či normy, které si lidé pamatují.⁴ Jednou z lidských strategií je utvářet si mentální modely věcí a jevů – mezi to patří i mentální modely skutečnosti i práva. Dovolávat se výsledku vyjednávání či vůle společenské autority je pak další takovou strategií, na základě které se taková pravidla pro vznik subjektivních práv formalizují a stávají se z nich společenské instituce. Pouze některé z těchto sociálních norem, jak si dále ukážeme, mají povahu práva.

Strategie chování samozřejmě daleko přesahují právo a právní systém. Do reálného výběru strategií zasahují další vlivy, jako jsou emoce, morálka, mentalita, zkušenosti a řada dalších faktorů. Vzhledem k principům fungování mozku jako dosud technicky nepřekonaného orgánu patří rozhodování člověka mezi komplexní procesy a bez dalšího nelze jednoduchým způsobem spolehlivě předpovědět jeho výsledek.

V rámci systému společnosti se vyvinuly složité normativní subsystémy. Na základě úspěšných strategií či tlaku okolní společnosti (který je v podstatě formou kolektivní strategie jako projevu racionální spolupráce) se utváří představy slušného chování (např. povinnosti pozdravit ve společnosti, dát starým lidem přednost k sezení v tramvaji) či představy o právem požadovaném chování (právní vědomí). Právní vědomí vzniká v mysli jednotlivců na základě jejich vnímání působení práva ve společnosti, na základě komunikace o právu a interakce s okolím a ovšem vyvěrá i z osobní morálky a osobního vývoje a založení jednotlivce.

Speciálním případem právního vědomí je vědomí o obecné nutnosti (společností vynucovaném závazku) dodržovat právo. Aspoň na této nejabstraktnější úrovni musí být člověku zdůvodněno, *proč* má dané právo dodržovat a jaké jsou možnosti jeho *vynucení*. Tyto dva základní prvky jsou úzce svázány s vymezením pojmu právního systému, jak bude ukázáno dále, čímž utváří hlavní vazbu na společenskovední kontext právního systému.

Když člověk jedná po právu (realizuje svá práva), málokdy si uvědomuje právní rozměr svého jednání. Vyloučíme-li právníky jako specialisty, člověk právo vnímá, pokud má pro něj mít důsledky, tedy pokud má praktickou úlohu při zhodnocení kontextu a hledání vhodné strategie úspěchu:

- 1) Za prvé se o nějaký konkrétní důsledek sám snažím anebo ho pro mě někdo připravuje, ať už jde o důsledek příznivý (např. zdědím pozůstalost, chci získat rodičovský příspěvek) anebo nepříznivý (bráním se trestu nebo usiluji o jeho snížení).
- 2) Za druhé, pokud vím, že mé určité právní jednání anebo vzniklá situace budou mít důsledky (např. odpovídám za delikt), ale nevím přesně jaké, pochopitelně se na ně ptám. Ptám se na ně typicky proto, abych jim přizpůsobil svou strategii chování, takže jde v podstatě o podobný problém jako v prvním bodě.

Strategie se promítá do konkrétního právního argumentu. Právní argument se liší podle kultury a kontextu. Může mít rigidní podobu u soudů až po *ekvitu* v rozhodčím řízení nebo ekonomicky pojatý argument ve vyjednávání. V případě nativních kultur může být spojen s dramatickým představením či rituálem jako v raném legisačním procesu.

⁴ Někteří sociologové vědění mluví v souvislosti se vznikem myšlenkových představ o procesu sedimentace, viz např. BERGER, Peter L. – LUCKMANN, Thomas. *Sociální konstrukce reality*. Brno: Centrum pro studium demokracie a kultury, 1999, s. 70.

Právní argument, který vychází z určitého právního názoru a postavení osoby, které se argument týká, si sice vytváří právník praktik (u jednodušších případů i laik) samostatně, ale jednotlivé dílčí složky tohoto argumentu, jakož i dovolenou strukturu argumentu přebírá od oficiálních autorit (typicky včetně interpretace zákonů vydaných k tomu pověřeným sborem) a odborných autorit v oblasti práva a konečně také od znalců daného prostředí, například ekonomů, kriminologů, psychiatrů apod.

Široké zapojení jiných oborů lidské činnosti je dáno tím, že právo má jako předmět regulace *společenské* vztahy v tom nejširším vymezení. Právní normy tedy vyžadují ke své správné aplikaci odbornost v řadě oborů. Hovoříme zde o tzv. *fundamentálním* normativním systému.⁵ Tento fundamentální charakter práva je dalším znakem, který se promítne do vymezení pojmu právního systému. Mluvím-li o systému práva, mám tím na mysli právo jako subsystém společnosti⁶ z hlediska systémové teorie vedle dalších, často s ním interagujících subsystémů, jako jsou třeba politický, mocenský nebo ekonomický subsystém společnosti.

Model práva je konečně typicky spojen s určitými společenskými institucemi a autoritami. Jednak společenské instituce využívají právo k prosazení své moci, jednak se formují v důsledku rozvoje práva jako praktické disciplíny a jednak vůči mocenským autoritám vzniká snaha omezit jejich moc právem, jak to známe z *Magny charty libertatum*. Také tyto strategie jednání zapadají do výše zmíněných dvou případů relevance práva pro lidské chování.

Proto se někdy uvádí, že funkcí práva ve společnosti je výkon institucionalizované sociální kontroly⁷ včetně urovnávání sporů tak, aby zbytečně neeskalovaly a nevedly v důsledku tradovaných principů (jako je odvetný boj) k újmě celé společnosti.

1. Vymezení pojmu právního systému

1.1 Metodologická východiska

V tomto článku mi nejde o odvození univerzálního pojmu práva či jeho analytické vyvození z praxe, nýbrž o jeho *prakticky použitelné* vymezení pro modelování reálného působení širokého spektra právních systémů, zejména ve vztahu k reprezentaci a aplikaci obsahu práva. Tento článek si klade za cíl v první části utilitaristicky vymezit právo, aby takové vymezení bylo teoretickým základem pro praktické modelování práva. To vyžaduje, aby byl obsah pojmu chápán realisticky ve smyslu, v němž se pojem práva běžně historicky používal a reálně prakticky působil ve společnosti, nebo aspoň aby se vymezení realitě zjevně nepřičilo.

Pro základní práci s modelem práva je vhodné pojem právního systému vymezit pomocí pojmových znaků. Co je všem právním systémům společné, tedy co je společné pří-

⁵ WEINBERGER, Ota. *Norma a instituce: úvod do teorie práva*. Plzeň: Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, 2017, s. 37.

⁶ LUHMAN, Niklas. *Law as a Social System*. Oxford: Oxford University Press, 2004, s. 72.

⁷ POSPÍŠIL, Leopold. *Anthropology of Law. A comparative theory*. New Haven: HRAF Press, 1974, s. 342, či stručnější český text POSPÍŠIL, Leopold. *Etnologie práva. Teze ke studiu práva z mezikulturní perspektivy*. Praha: nakladatelství SETOUT, 1997, s. 21 an. K sociální kontrole v právu viz např. ELLICKSON, Robert C. *Order without law*, s. 123 an., a v historii antropologie MOORE, Sally Falk. *Law as process: an anthropological approach*. London: Routledge & K. Paul, 1978, s. 219 an. Obecně k sociální kontrole viz MURPHY, Robert F. *Úvod do kulturní a sociální antropologie*. Praha: Sociologické nakladatelství (SLON), 2004, s. 150 an.

padům, kdy nemáme pochybnosti, že jde o právo? Tak zní stále aktuální otázka, kterou právní antropologie řeší,⁸ tedy jak mezi společenskými regulacemi charakterizovat právo, aniž by takové vymezení bylo etnocentrické, a to se všemi úskalími, která jsou s takovým vymezením spojena.⁹ Chceme-li zmíněnou otázku řešit ve vztahu k modelování práva, nevystačíme si s definicemi uvnitř právních věd, proto mi přijde rozumné se obrátit k obecnějším sociálním vědám.

Předně základem diskuse o vymezení práva k výše uvedenému účelu nemůže být projektování vlastních představ o hodnotovém obsahu práva do jeho definice (například požadavky přirozenoprávních teoretiků na zákaz zjevného bezpráví). To vede pouze k přesunu argumentačního sporu *de lege ferenda* na jiné bojiště a z hlediska *antropologie* práva v tom nespátřuji užitek.¹⁰ Specificky se snažím vyhnout etnocentrické povaze současného studia práva, která běžně hovoří o anglosaském či kontinentálním právu, jako kdyby šlo o privilegovaný právní systém.¹¹

1.2 Oddělitelnost právního a morálního systému

Právní systém je zejména třeba odlišit od reálné vymahatelnosti, spravedlnosti či legitimity, což jsou jeho atributy, které mohou být sporné, a není vhodné, aby tyto spory zatěžovaly diskusi o nutných znacích právního systému.

Pokus o zakotvení požadavku spravedlnosti do právních definic je sice sympatický, ale považuji za vhodnější ho vyjádřit hodnotovým požadavkem na obsah práva (*de lege ferenda*), nikoliv poněkud deformovat zažitý pojem společenských věd.¹² V tomto ohledu zakládám pojem právního systému na přístupu, který se nazývá *inkluzivní pozitivismus*.¹³ Nejde o to, že by uvedené vlastnosti s právem nesměly souviset, nýbrž pouze o to, že tyto vlastnosti nejsou *nutnou podmínkou* právního systému. Oddělitelnost práva a morálky je nezbytné právně filosofické východisko kvůli tomu, aby bylo možné modelovat libovolný právní řád, nikoliv pouze právní systémy podmiňující platnost morálkou (např. islámské právo nebo přirozenoprávní teorie).

Různé právní řády *mohou* mít své mechanismy pro odstranění hrubě nespravedlivých právních norem prostřednictvím derogace či nepoužitelnosti, viz například Radbruchova formule.¹⁴ Jde však o otázku obsahu konkrétního právního řádu, nikoliv o znak společný

⁸ PIRIE, Fernanda. *Anthropology of Law*. Oxford: Oxford University Press, 2013, s. 11.

⁹ ERIKSEN, Thomas Hylland. *Sociální a kulturní antropologie*. Praha: Portál, 2008, s. 15 an.

¹⁰ POSPÍŠIL, Leopold. *Etnologie práva*, s. 111.

¹¹ FIKENTSCHER, Wolfgang. *Law and Anthropology: Outlines, Issues, and Suggestions*. München: Verlag der Bayerischen Akademie der Wissenschaften in Kommission beim Verlag C. H. Beck, 2009, s. 69 an., POSPÍŠIL, Leopold. *Anthropology of Law*, s. 35.

¹² Radbruchova formule, pokud je chápána podle Radbrucha, nikoliv podle výše uvedeného chápání blízkého Hartovi, může paradoxně v dobách vypořádání s totalitním systémem poskytnout menší ochranu než prosté a radikální odmítnutí předchozího totalitního právního systému a otevřeně deklarované převzetí nápravných opatření do nového právního systému včetně adekvátního potrestání utlačovatelů a přerozdělení majetku. Ostatně i jiná tvrzení Radbrucha je třeba pohlížet kriticky, například jeho tvrzení o tom, že příčinou zvržité v justici během nacismu byl pozitivismus, když naopak historická analýza svědčí o převládajícím přirozenoprávním pojetí v justici, které vycházelo z nacistické ideologie. Srovnej SOBEK, Tomáš. Radbruchův mýtus a Benthamova formule. *Právník*. 2011, roč. 150, č. 2, s. 128–165.

¹³ SOBEK, Tomáš. *Argumenty teorie práva*. Plzeň: Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, 2008, s. 173.

¹⁴ Srovnej též RADBRUCH, Gustav. Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht (orig. *Süddeutsche Juristenzeitung*. 1. 1946, Nr. 5, s. 105–108). In: KAUFMANN, A. (Hrsg.). *Gesamtausgabe Radbruch*. Band 3. Heidelberg, 1990, s. 83–93 (česky in: HANUŠ, Libor. Gustav Radbruch – o napětí mezi spravedlností a právní jistotou. *Právní rozhledy*. 2009, č. 16, s. 584).

pro všechny právní systémy, který by musel být nutně zakomponován do pojmu právního systému. Klíčovou výhodou pozitivismu pak je, že dokáže popsat i systémy založené na přirozeném právu, zatímco opačně tomu tak není,¹⁵ tedy přístup postavený na inkluzivním pozitivismu je nutným důsledkem mého metodologického požadavku na to, aby bylo vymezení pojmu realistické. Atribut oddělitelnosti práva a morálky je ostatně základní tezí právního pozitivismu.¹⁶

Přístup, který nespravedlivé právo nepovažuje za právo, podle mého názoru odporuje historické zkušenosti, kde platilo právo dlouhá staletí rozvinuté, a přesto do značné míry nespravedlivé (a to i očima *tehdejší* morálky). Radbruchova formule, podle níž soudce dá přednost morálce před extrémně nespravedlivým právem, které případně ani právem není, je projevem důsledků ideje právního státu, který je etickým – z mého pohledu legitimním – konceptem přejatým do některých moderních právních řádů. Tento koncept se z právní teorie dostal jako nepsaná zásada do některých právních řádů působením právních autorit.

Radbruchova formule z pozitivistického hlediska není nic jiného než obsahová složka, kterou může ten který právní systém přijmout v důsledku zvyku či rozhodnutí autority,¹⁷ přičemž spor o obsah právního systému se již odehrává v rovině právní vědy (modelování konkrétního právního systému). Podle Holländera se demokratické právní systémy vyznačují tím, že akceptují „morální minimum“ právního řádu, tedy aplikaci základních principů „demokratického právního státu“ na zločiny proti lidskosti i retroaktivně. Charakteristiku moderního demokratického právního státu však nelze přenášet do pojmových znaků právního systému. Tím bychom uměle popírali status práva u okupovaných států, kolonií, nedemokratických a jiných vnucených systémů, které občany jistě nemusely být vnímány jako legitimní, nicméně byly historicky ustálené a bezpochyby fungující. Pojmový znak legitimacy či morálky by vyžadoval v každém jednotlivém případě zkoumání nejen formálního a faktického působení práva, ale také sdílenou obecnou představu dané společnosti o spravedlnosti. Ve výsledku bychom akorát museli pro právní systém hledat jiné jméno, což už však dnes řešíme pojmem legitimacy.

Není pochyb o tom, že v rámci soudcovské argumentace a judikatury se do práva v rámci procesu dotváření práva může dostat nová norma,¹⁸ přičemž nemusí tak být jen po převzetí morálně podpořeného principu jako u Radbruchovy formule,¹⁹ nýbrž v důsledku libovolných zájmů právních autorit (včetně třeba i osobního zájmu či korupce). Ostatně již Pospíšil mapuje na případu Kapauků podplacená rozhodnutí pohlavára kmeny.²⁰ Jak již bylo řečeno, každého člověka, a tedy i soudce, ovlivňuje více normativních systémů²¹ a dalších vlivů, čili nelze se divit tomu, že v některém případě rozhodne třeba i v rozporu s právním řádem. Je věcí právního řádu (včetně např. procesu odvolání, dovolání, stížností apod.), jaké důsledky takové rozhodnutí s mimoprávními pohnutkami bude mít. Historie se na pohnutku neptá, a tak se i takové výsledné rozhodnutí může promítnout do práva jako precedens.

¹⁵ Viz podrobnou diskusi v SOBEK, Tomáš. *Právní myšlení. Kritika moralismu*. Praha: Ústav státu a práva AV ČR, 2011, např. s. 366.

¹⁶ SOBEK, Tomáš. *Právní myšlení*, s. 538.

¹⁷ Srovnej k tomu HOLLÄNDER, Pavel. *Filosofie práva*. Plzeň: Aleš Čeněk 2012, s. 25 an.

¹⁸ Např. WEINBERGER, Ota. *Norma a instituce*, s. 208.

¹⁹ HOLLÄNDER, Pavel. *Filosofie práva*, s. 29.

²⁰ POSPÍŠIL, Leopold. *Etnologie práva*, s. 50.

²¹ FIKENTSCHER, Wolfgang. *Law and Anthropology*, s. 135, nazývá takovou situaci konfliktem mezi fóry.

1.3 Nutné atributy právního systému

Nyní nastal čas právo vymezit vůči dalším normativním systémům s hodnotovým významem, jako jsou morálka, náboženství či jiné podobné společenské normativní systémy.²²

Jedním ze základních autorů, ze kterých vycházím a kterého jsem si vybral, protože je nejbližší mému vlastnímu pojetí práva, je právní antropolog Leopold Pospíšil. Pospíšilovu práci jsem si vybral s ohledem na jeho praktické zkušenosti, které jsou obzvláště cenné pro realistické vymezení práva. Pospíšil ve své práci rekapituluje různé přístupy k definování pojmu práva,²³ včetně snah o vymezení práva z abstraktních principů (tento přístup je vyvrácen bohatou kazuistickou historií práva v mnohých kulturách), *živého práva* vyabstrahovaného ze skutečného chování adresátů²⁴ (Eugen Ehrlich) a konečně práva vyabstrahovaného z právních rozhodnutí (Oliver W. Holmes).

Pospíšil vychází z toho, že největší analytickou hodnotu má vymezení práva pomocí pojmových znaků, což také podle něho reálně koreluje s funkcí práva jako systému sociální kontroly.²⁵ Pospíšil vychází z vlastního antropologického zkoumání kultur v různém stupni vývoje a na základě toho dochází k vlastní pracovní definici, že právo jsou principy vyabstrahované z právních rozhodnutí. Právními rozhodnutími jsou podle něho taková rozhodnutí, která mají čtyři základní nutné atributy:²⁶ jsou vydána autoritami, jsou vydána s úmyslem obecné použitelnosti do budoucna na podobné případy, předvídají závazky stanovené autoritami za porušení práva za účelem nápravy situace mezi stranami sporu (na rozdíl od náboženských deliktů) a předvídají sankce.

Oproti tomu Fikentscher dva prvky Pospíšilova vymezení práva rozporuje, a to právní autority a závazky, a nabízí vlastní definici, podle které je právem z hlediska antropologie autorizující a sankcionující systém mětí, který se zakládá na systémovém uplatnění hodnot a metod v určitém čase.²⁷

Tyto atributy a úvahy dalších teoretiků práva jsou mi inspirací k tomu, abych nabídl vlastní a mírně odlišné vymezení pojmu právního systému za účelem modelování práva, které bude prakticky použitelné, realistické, širěji aplikovatelné a neetnocentrické.

Mluvím-li v následující části o normativním systému, respektuji bohatou vnitřní strukturu takového systému, tedy jeho různé roviny zákonného práva, judikatury a praktické aplikace práva včetně důsledků, které se s nimi pojí. Je-li totiž účelem vymezení praktická použitelnost pro modelování a užitečnost pro adresáta norem, musí být všechny uvedené prvky v modelu práva zohledněny na úrovni komplexity adekvátní pro vytyčený účel.

²² GERLOCH, Aleš. *Teorie práva*, s. 30.

²³ POSPÍŠIL, Leopold. *Etnologie práva*. Srovnej také POSPÍŠIL, Leopold. *The Nature of Law. Section of Anthropology. Transactions of the New York Academy of Sciences*. 1956, Vol. 18, No. 8, Series II, s. 752.

²⁴ POSPÍŠIL, Leopold. *Etnologie práva*, s. 28.

²⁵ *Ibidem*, s. 19. Ovšem v analytickém vymezení pojmu práva není a z důvodu mnohosti účelů ani nemůže být mezi vědci jednota, proto je každé takové vymezení jen jedním z mnoha možných.

²⁶ POSPÍŠIL, Leopold. *Etnologie práva*, s. 36–56, POSPÍŠIL, Leopold. *Anthropology of Law*, s. 37 an.

²⁷ FIKENTSCHER, Wolfgang. *Law and Anthropology: Outlines, Issues, and Suggestions*, s. 67.

1.4 Vymezení pojmu právního systému pro účely modelování práva

Právní systém je normativní systém²⁸ určité společnosti,²⁹ který je fundamentální v tom smyslu, že po dobu svého trvání reguluje život dané společnosti v širokém rozsahu,³⁰ a dále splňuje dva pojmové znaky:

- 1) *tvrzení* legitimacy právního systému k sociální kontrole v této společnosti,^{31,32}
- 2) *tvrzení* obecné vynutitelnosti předepsaným postupem, který právní systém předvídá.³³

* * *

Toto vymezení nabízím k možným úpravám a zpřesněním, pokud vyjde najevo, že některý typický právní systém nepokrývá, nebo pokud naopak pokrývá normativní systémy, které za právní v realitě nepovažujeme.

Zjednodušeně řečeno můžeme mluvit o právním systému tehdy, pokud v určité společnosti (např. státě, organizaci, společenství států, kmeni) existuje fundamentální normativní systém, který o sobě tvrdí, že má nástroje na vynucení svých příkazů a současně disponuje odpovědí na otázku adresáta norem, z čí moci se mu příkazy udělují či proč si nárokují legitimitu. V obou dvou případech jde současně o dva pádné faktické argumenty, proč má člověk právo vůbec dodržovat, jak bylo vyloženo v úvodní části tohoto článku.

²⁸ Mluvíme-li o normativním systému, zkoumá se v něm otázka, co má jak být. Nevyžaduje se nutně obsah práva vyjadřovat pomocí abstraktních pravidel, neboť taková definice by nepokryla ani kmenové kultury, ale ani dnešní způsob práce s kvaziprecedenty v judikatuře. Normativní systém chápou v určité historické kontinuitě. Normativní systém může zahrnovat například i právní principy, srov. KÜHN, Zdeněk. *Aplikace práva ve složitých případech. K roli právních principů v judikatuře*. Praha: Karolinum, 2002, s. 66. Srovnej také vymezení „právních pravidel“ jako principů vyabstrahovaných z rozhodnutí právních autorit v POSPÍŠIL, Leopold. *Anthropology of Law*, s. 342.

²⁹ Pojem společnosti zde pojímám intuitivně, jako instituci popisovanou společenskými vědami, neboť její přesné vymezení je nad rámec tohoto článku. V každém případě se však nejedná o malé skupiny, kde fungují osobní vazby (nejde tak typicky ani o obchodní společnost upravenou zákonem o obchodních korporacích). Společnosti je třeba rozumět i rozsáhlou skupinu lidí, kterou spojuje společný zájem a lidé k ní cítí sounáležitost. Pospíšil v *Etnologii práva*, s. 41, cituje La Vinea, který mluví o největší rozhodováním schopné jednotce. Existence aspoň jedné společnosti je podmínka nutná, není však vyloučeno, aby byl jeden právní systém převzat do jiné společnosti (např. recepce římského práva ve středověku). Společnost je vnitřně diferencovaná na různé podskupiny, například Češi a Němci, kteří se na území českých zemí řídili před první světovou válkou rakouským právem, ovšem před tím ve středověku se každá tato skupina společně žijící na daném území řídila dle principu personality vlastním právním systémem. Naše vymezení tedy nijak nezakazuje, aby v jedné společnosti působilo více konkurujících si právních systémů.

³⁰ S fundamentálností je spojen také požadavek na určitou míru komplexnosti právního systému, který typicky vyúsťuje v meta-normy či slovy Harta sekundární normy.

³¹ RAZ, Joseph. *Between authority and interpretation: On the theory of law and practical reason*. Oxford: Oxford University Press, 2009, s. 111, a také dále BERTEA, Stefano. *The Normative Claim of Law*. Bloomsbury Publishing, 2009; SPECTOR, Horacio. *A Pragmatic Reconstruction of Law's Claim to Authority: Law's Claim to Authority. Ratio Juris*. 2019, 32, s. 21–48, který považuje za původní zdroj této teze úvahy Maxe Webera o státě, a další tam citované zdroje.

³² Tvrzení legitimacy vychází podle společenského uspořádání např. z vůle autority (např. císaře a jeho aparátu, okupující mocnosti anebo většinového rozhodnutí těch, kdo normy přijímají, např. demokratických shromáždění), přeneseně též ze společnosti samotné anebo z boží vůle, čímž se právo odlišuje od technických norem a herních pravidel. Legimita je často vyjádřena implicitně (např. použitím slov jako „zákon“).

³³ Tvrzením obecné vynutitelnosti se právo odlišuje od dobrých mravů, poctivého obchodního styku, slušného chování a jiných podobných morálních pravidel, jejichž normy však mohou být přetaveny do zvykového práva, pokud předvídají postup vynucování, např. u stařešiny v případě původních kmenů. Tím netvrdím, že právní řád nemůže obsahovat nevynutitelné normy (*leges imperfectae*), ale právní systém jako celek si vymahatelnost nárokuje.

Domnívám se, že při vymezení pojmu práva je nutné nejprve vyjít z pojmu právního systému, nikoliv naopak.³⁴ Právní systém má blízko ohnisku právního řádu, jak o něm mluví Kelsen.³⁵ Ohnisko není jen abstraktním konceptem, nýbrž i vhodně vystihuje skutečné fungování a setrvačnost právních systémů ve společnosti. Kelsen ohnisko právního systému nazývá *grundnormou*, v praxi jde o novou ústavu, recepční zákony zachovávající kontinuitu nebo akty, kterými si nový ústavadárce osobuje moc. Právní systém počíná tím, že v určité společnosti vzniká právo a začne se uplatňovat, zpravidla ku pomoci nové vlády. Podstatné je, že základní prvky tvrzení vynutitelnosti a legitimacy se vztahují nikoliv k jednotlivé normě nebo právnímu řádu, ale k právnímu systému jako celku.

Oproti dosavadním teoretickým pojednáním, která pojem práva pojí s požadavkem vynutitelnosti, případně ho podmiňují legitimitou, má podle mého názoru charakter práva už i normativní systém, který jen *tvrdí* dva výše zmíněné atributy. Pocit závazku nastává u člověka typicky tehdy, pokud se s mocenským systémem, jehož je právní systém součástí, aspoň částečně ztotožňuje. Z toho vyplývá, že jde o častý, avšak nikoliv pojmově nezbytný znak právního systému.³⁶

Právní systém každopádně vzniká fakticky, např. tím, že ve společnosti začnou společenské autority *tvrdit*, že určité zvyky jsou právo, případně nařízením okupačního nebo revolučního řádu. Lze hovořit o vzniku právního systému zdola a shora, tedy ze zvyku či rozhodnutím autority.³⁷ Následně může vzniknout konflikt o faktické prosazení tohoto právního systému. Právní systém vzniká typicky současně s politickým či politicko-mocenským systémem. Základní parametry vznikajícího právního systému jsou tedy dány mimoprávně v důsledku situace ve společnosti.

Někdy také může být sporné, kdy vzniká nový právní systém a kdy jde pouze o změnu existujícího právního systému.³⁸ Od této otázky je třeba odlišit otázku diskontinuity v *ob-sahu práva*, která může být výrazná, čímž se právní systém vyvíjí, aniž by ovšem vznikal nový právní systém. Současně může být zachován právní systém za současné změny politického systému, např. v Československu v letech 1948 a 1989.

³⁴ Rád bych zdůraznil, že právním systémem zde nerozumíme právní kulturu, jak se často *promiscue* tento pojem používá. (Zařaditelnost určitého právního systému pod určitou právní kulturu a tzv. smíšené právní systémy zde vůbec nezkoumáme.) K vymezení pojmu právního systému srovnej také RAZ, Joseph. *The Concept of a Legal System*. Oxford: Clarendon Press, 1970. Pojem „systém“ je třeba chápat poměrně volně, může být relativně jednoduchý jako v kmenových společnostech, anebo může být v menší či větší míře diferencován v jednotlivých segmentech společnosti, srovnej diskusi v GRIFFITHS, John. What is legal pluralism? *The Journal of legal pluralism and unofficial law*. 1986, Vol. 18, Iss. 24, s. 12. Úroveň právního systému a práva (zákonů) odlišuje na základě historického exkurzu i POSPÍŠIL, Leopold. *Anthropology of Law*, s. 128 an. Ovšem citované zdroje typicky uvažují spíše právo než právní systém jako historickou kontinuitu, přičemž mnou stanovený požadavek, že právní systém si nárokuje legitimitu, je volnější než vztáhnout totéž k právu nebo jeho jednotlivým normám. GRIFFITHS, John. *What is legal pluralism*, s. 38, mluví v případě právního systému o samoregulaci semiautonomního sociálního pole; srovnej též MOORE, Sally Falk. The Semi-Autonomous Social Field as an Appropriate Subject of Study. *Law & Society Review*. 1973, Summer, Vol. 7, No. 4, s. 719–746.

³⁵ KELSEN, Hans. *Ryzí nauka právní. Metoda a základní pojmy*. Praha: Orbis, 1933.

³⁶ Srovnej shodně POSPÍŠIL, Leopold. *Etnologie práva*, s. 18.

³⁷ FIKENTCHER, Wolfgang. *Law and Anthropology*, s. 133; POSPÍŠIL, Leopold. *Anthropology of Law*, s. 193 an.

³⁸ Obecně lze vycházet z kritérií mocenských a faktických, neboť ta jsou pro vznik právního systému rozhodná. Nový právní systém vzniká, pokud je faktickými prostředky nahrazen právní systém předcházející, např. v revoluci 1918, kdy Československo popřelo rakousko-uherské ústavní zákony (platné typicky v Předlitavsku) a začalo se řídit recepční normou a dalšími zákony Národního výboru československého. Specifickou otázkou je vznik nových právních systémů totalitních, které sice měly fasádní demokratické ústavy, ale v praxi byly pramenem práva usnesení orgánů komunistické strany. Tuto situaci lze podle mého názoru nejvýstižněji popsat jako kolizi právních systémů, formálního kontinuálního a neformálního převratového, které spolu soupeří a doplňují se, viz dále. Nejde o záležitost výlučně novověkou, určité paralelní či fasádní působení můžeme posuzovat již v římském období principátu s paralelními republikánskými institucemi.

Právo může pochopitelně existovat také do značné míry nezávisle na státu. Z ideologických a kulturních důvodů se často považují za právní normy pouze takové normy, které vynucuje stát, jsou to tedy normy *státního práva*.³⁹ Mohu se však také stát členem spolku, třeba i mezinárodního, který má vlastní donucovací mechanismy, v nichž typicky nespolehá na státní donucení (např. zednáři, mezinárodní politická hnutí, sportovní asociace, církve), a tedy má vlastní právo, pokud má spolek členstvo natolik četné a jeho aktivita je natolik rozličná, že členstvo tvoří vlastní společnost. Právní pluralismus se vymezuje proti zjednodušování právního systému pouze na státní právo, díky čemuž vystihuje širší okruh jevů obdobné podstaty. Díky vazbě na široký společenskovední pojem „společnosti“ je mnou podané vymezení právního systému slučitelné s právním pluralismem.

Jak bylo nastíněno v úvodu, analyticky výstižné vymezení pojmu právního systému by mělo vést k tomu, že pod právní systém zahrne takové případy, které se tradičně pod právní systém podřazují, a naopak.

Testovací případy:

1) *Rodina není právní systém*. Omezení na „společnost“ nám přirozeně vyloučí pravidla v rodině, vztahu a v jiné společenské skupině, která upřednostňuje úzké osobní vazby a není společností. Ačkoliv někteří autoři tvrdí opak,⁴⁰ vesměs kvůli zmatení normativního systému a práva, u nás doma a myslím v rodinách obecně žádný právní systém neexistuje a nikdo o systému rodinných vztahů jako o právním systému neuvažuje. Je právě přidanou hodnotou práva, že dokáže nahradit bezprostřední vztahy a pravidla, která platí ve skupinách, právem, které reguluje společnost jako mnohem širší skupinu.

2) *Starověké a kmenové kultury měly právní systém*. Mezi jeden z nejstarších právních systémů patří ten, který byl založen babylónským Chammurapiho zákoníkem, který ho přikázal dodržovat a předepsal systém sankcí. Starověká společnost egyptská, v jejímž čele stál faraon, měla právní systém odvozující svou legitimitu z titulu toho, že faraon byl bůh, přičemž dodržení práva se vynucovalo. Židovský národ, který byl vyveden z egyptského zajetí, měl svoje proroky a následně rabíny jako vykladače práva, přičemž za některá porušení božských příkazů sliboval i ukamenování ostatními příslušníky společnosti. Ve všech těchto případech šlo o právní systémy. Právo se rozvíjelo tak, jak se během historie rozvíjela společnost, aby řešilo její aktuální poměry, především s cílem minimalizovat ztráty ze sporů, zvyšovat jistotu a dobré vztahy a zachovat postavení vládnoucí skupině. Mezi základní otázky tehdejšího práva patřilo nástupnictví (ať už vládnoucí dynastie či posloupnost majetku) a rodinné otázky. Již jsem se také zmiňoval o pracích Leopolda Pospíšila, který podrobně mapoval některé právní systémy původních kultur, např. Kapauků.

³⁹ Státním právem máme na mysli právo produkované státem, tedy společností, která má své svrchované území a organizace. Viz dále např. RÖHL, Klaus F. – RÖHL, Hans Christian. *Allgemeine Rechtslehre*. München: Vahlen, 2008; GRIFFITHS, John, a další autoři píšící o právním pluralismu. Příklad popisu sociální kontroly s upozaděnou rolí práva viz ELLICKSON, Robert. *Order without law*, který se nicméně ibidem, s. 137, kloní ke klasickému rozlišení na právo jako produkt vlády na určitém území, na organizační pravidla jako produkt organizace a normy jako produkt působení sociálních sil.

⁴⁰ Srovnej odchylně Santosovo uvažování v článku TAMANHA, Brian Z. A Non-Essentialist Version of Legal Pluralism. *Journal of Law and Society*. 2000, Vol. 27, No. 2, s. 302.

3) *Přirozené právo je právní systém.* Přirozené právo je právní systém, který obsahuje podle Harta „minimum“ vyžadované pro přežití společnosti.⁴¹ Jde v podstatě o argument vycházející z evolučního argumentu, že systémy neobsahující Hartovo minimum by vymřely. Argumentace hrozbou vymřením (bez ohledu na její pravdivost) je bezpochyby dostatečným *tvrzením* legitimacy právního systému. Maxima přirozeného práva umožňující nositeli přirozeného práva ho vykonávat a po právu si ho bránit postačuje k naplnění tvrzení vynutitelnosti způsobem, který přirozené právo předvídá. Vymahatelnost přirozeného práva posiluje ochota společnosti porušení a nevyvádění norem trestat, typicky s vidinou posílení vlastní prestiže či jiné výhody.⁴²

4) *Konkurující si právní systémy.* V další části práce se věnuji problému kolize právních systémů, kdy dva právní systémy soupeří o to, který se prosadí v určité společnosti, tedy v situaci nazývané právní pluralismus.⁴³ Také v tomto případě díky požadavku na *tvrzení* vynutitelnosti a legitimacy umožňuje výše uvedené vymezení vhodně zachytit sporné situace, např. souběžnou existenci právního systému původního a okupačního, aniž bychom zpochybňovali, že některý z nich vůbec není právním systémem.⁴⁴

5) *Církevní právo* ve smyslu práva určité církve⁴⁵ tvoří právní systém, pokud upravuje širokou paletu jednání věřících v každodenním životě a předvídá mechanismy vynuocování. Ostatně by bylo zjevnou historickou chybou tvrdit, že existuje *pouze* právo dané státem, protože představa státu v současném pojetí se v plné míře uplatňuje až v novověku. Tím bychom popřeli požadavek realističnosti. Církevní právo, například kanonické právo katolické církve, se od ryzího náboženství odlišuje tím, že příslušné společenství tvrdí, že pravidla církevního práva jsou vynutitelná postupem, který církevní právo samo upravuje. Takže například církevní právo umožňuje zpochybnit manželství, v extrémních případech hrozí církev exkomunikací. Církevní právo nepochybně nahrazovalo státní právo v časech úpadku států, pokud šlo o společenství, která se značně překrývala se společenstvím církve.⁴⁶ Na příkladu kanonického práva vidíme, že může jít o svébytný právní systém a podobně bychom mohli argumentovat i u jiných společnostech. Atribut společnosti tak umožňuje podřadit pod právní systémy i vnitřní normativní systémy určitých mezinárodních organizací a církví.

6) *Hraničním případem je sicilská mafie.* Mafie v tomto klasickém slova smyslu vycházela z požadavku nezávislosti na státní moci – typicky spojené s okupující mocností (*omerta*).

⁴¹ HART, Herbert L. A. *The Concept of Law*. 2. vydání. Oxford: Clarendon Press, 1994, s. 193 an.

⁴² AXELROD, Robert. *An Evolutionary Approach to Norms*.

⁴³ GRIFFITHS, John. *What is legal pluralism*, s. 38.

⁴⁴ SOBEK, Tomáš. *Právní myšlení*, s. 366.

⁴⁵ Nikoliv tedy část státního práva upravující činnost církví (tzv. konfesní právo).

⁴⁶ Náboženské texty nesly označení „zákon“ a vedle náboženských rituálů obsahovaly i náboženské právní normy. Ostatně původní lidská společenství byla založena na theokracii, a tedy stát a náboženství šlo jen těžko oddělit. Náboženské právní normy (v Tóře/Bibli, Koránu či hinduistických textech) přikazovaly široké společnosti určitý způsob chování a hrozily sankcemi. Tak například v 5. knize Mojžíšově 22,20 se přikazuje potrestat ženu, která se vdá a není panna, stěžuje-li si její manžel: „Jestliže [...] u té dívky nebylo shledáno, že je panna, tedy vyvedou dívku ke vchodu do domu jejího otce, mužové jejího města ji ukamenují a zemře, neboť tím, že smilnila v domě svého otce, dopustila se v Izraeli hanebnosti.“ Proto je při posuzování určitého normativního systému potřeba brát jeho zamýšlené působení ve společnosti. Zatímco historicky mohlo takové ustanovení skutečně fungovat jako právo, postupně se jeho normativní síla oslabovala a v rámci systému se vytvořily jiné převládající normy. Z biblického textu se pak stalo spíše svědectví o historických společenských poměrech. Charakter a kontinuita právního systému se musí zkoumat individuálně.

Sicilská mafie byla (je) rozsáhlá organizace s organizační strukturou a sociálními institucemi pro řešení sporů. Zejména pro mafií platí významné pravidlo povinnosti mlčenlivosti a vynutitelnosti podle zákona odvety (*vendety*). Právě příslib vymahatelnosti ji odlišuje od pouhého společenského úzu. Mafiánské normy chování nelze z komparativního hlediska považovat za příliš rozvinuté; obsahují typicky pouze několik pravidel (např. desatero) a jsou v zásadě srovnatelné s vývojovou fází tradičních kmenových společností. Mafie navazovala na předchozí systémy, které vycházely ze zákona krevní msty jako aktu odvety mezi rodinami či klany, který byl až v průběhu věků postupně nahrazen peněžitou náhradou za život (*wergeldem*). Pospíšil odvetu ani nepovažuje za projev práva, nýbrž za jeho antitezi.⁴⁷ Stejně tak Raz uvádí, že instrukce osob vykonávajících pouhou moc nelze považovat za právo.⁴⁸ Limitujícím znakem v případě mafie bude patrně charakter fundamentálnosti práva, protože kromě několika citovaných zásad a základních pravidel je mafie postavena spíše na operativních mocenských příkazech než na normování společenského života.

7) *Decentralizovaná platforma pro smart kontrakty*. Novodobým příkladem smlouvy, která nemusí být zasazena do žádného klasického právního systému, je tzv. *smart contract*.⁴⁹ *Smart contract* je počítačový kód, který zachycuje podmínky smlouvy, je zaznamenán v *blockchainu* a strojově se neustále spouští v *cloudu*. Jistě není třeba pochybovat o tom, že jde podle povahy věci o smlouvu, kterou vzniká právní vztah ve výše uvedeném obecném smyslu. Právní nauka zkoumá, zda je tento právní vztah podřaditelný pod určitý právní systém (a v případě českého práva dospívá k odpovědi, že jde o platné právní jednání). Nicméně otázka není až tak podstatná, protože *smart contract* se prakticky jistě vykoná sám a není třeba jeho nuceného výkonu. O systému pro *smart kontrakty* můžeme říci, že jde o právní systém z pohledu naší definice,⁵⁰ neboť tvrdí vynutitelnost z povahy samotné konstrukce a tvrdí i legitimitu, neboť strany vstupují na tento systém dobrovolně a podřizují se jeho společným pravidlům. Společností, ve které tento právní systém funguje, je skupina uživatelů dané platformy, kteří spolu tímto způsobem obchodují.

Lze shrnout, že navrhované vymezení pojmu právního systému běžným příkladům vyhovuje.

Nyní bych doplnil několik poznámek k atributům, které si právo *nárokuje*.

1.5 Legitimita práva

Již jsem vyložil výše svou tezi, že právo vyžaduje aspoň *tvrzení* legitimacy. Právo je totiž soubor příkazů a příkaz musí být míněn jako *vážné vyjádření požadavku na legitimní sociální kontrolu*, například jako projev vůle jednotlivce (vladaře, který je z Boží milosti pověřen rozhodovat, diktátora, který si společnost podmanil), privilegované skupiny osob (většiny zákonodárského sboru, který je lidmi zvolen), které vydávají zákony, anebo ustálené právo vzniklé z obyčejů soustavnou aplikací, a to podle charakteru daného právního řádu.

⁴⁷ POSPÍŠIL, Leopold. *Etnologie práva*, s. 20, nicméně opačně v *Anthropology of Law*, s. 344.

⁴⁸ RAZ, Joseph. *Between authority and interpretation: On the theory of law and practical reason*, s. 128.

⁴⁹ ZÁBRANSKÝ, Adam. *Právní aspekty smart kontraktů*. Studentská vědecká odborná činnost. Univerzita Karlova, Právnická fakulta, 2017; KRUPÍČKOVÁ, Petra. *Smart contract – revoluce v smluvním právu 21. století? Revue pro právo a technologie* [online]. 2017, č. 15, s. 19–31 [cit. 2018-08-17]. Dostupné z: <<https://journals.muni.cz/revue/article/view/6647>>.

⁵⁰ Jádrem tohoto právního systému není autoritativní právo, nýbrž pouze základní podmínky potřebné pro kontraktaci.

Realistický a prakticky užitečný pojem právního systému však nemůže podle mého názoru nutně vyžadovat uznání ani legitimitu, protože na tu má ve společnosti každý člověk vlastní názor, a to přesto, že výše uvedené vymezení pojmu právního systému s legitimitou v rovině tvrzení pracuje. Analyticky vhodná definice má umožňovat i analýzu nelegitimních právních systémů.⁵¹ Podmiňovat právní systém legitimitou samotnou by však vyvolalo nekonečnou diskusi o legitimitě, jejíž jádro však leží úplně někde jinde než v existenci a důsledcích práva.⁵² Navíc existuje několik různých rovin vymezení pojmu legitimity a jejich podrobný přehled přesahuje možnosti tohoto článku.

1.6 Vynutitelnost práva

Uvedené vymezení má praktické důsledky i pro tuzemské právo. Absence vynutitelnosti totiž sama o sobě neznamená, že právní systém zaniká. Tak například obsazení Československa jistě vedlo k tomu, že právo se stalo nevymahatelným, nicméně nebylo možné tvrdit, že by z tohoto důvodu přestalo jít o právní systém.⁵³ Tento právní systém nadále *tvrdil* svou vynutitelnost a toto tvrzení nabylo vážnosti zdůrazňováním ze strany exilové vlády a bylo také potvrzeno kontinuitou po osvobození republiky (ratihabicí ústavním zákonem č. 57/1946 Sb., kterým se schvalují a prohlašují za zákon dekrety presidenta republiky).

Tím, že se právní systém stane nevynutitelným, může přestat ve společnosti působit, ale nepřestane jít pojmově o právní systém. Jistě nelze pochybovat o tom, že antické římské právo si dnes již nečiní nároky na vynutitelnost, v dané době však šlo o vzorový příklad právního systému, a i dnes musí studenti na právnických fakultách analyzovat případy z hlediska římského práva. Římské právo řadíme mezi zaniklé právní systémy. Jeho působení se promítá do pozdějších právních systémů a jeho aplikace se modeluje zpětně.

1.7 Relace mezi právními systémy a právním vztahem

Podobně jako jsme viděli u problému morálky v právu, právní systémy bez dalšího nerespektují autonomii a svobodu člověka. To je obsahová maxima specifická pro západní civilizační okruh, která není samozřejmá, ale muselo se o ni stovky let bojovat. Už pouhá praktická nemožnost ekonomicky efektivní regulace celé společnosti však typicky vede k tomu, že právní systémy prostor pro autonomní jednání zohledňují a chrání. Pokud ne, tak se autonomní chování prosazuje fakticky, protože takové právo vykonává sociální kontrolu neefektivně.

Není pochybností o tom, že vedle veřejného práva, jehož prapůvodcem byla mimo jiné vůle vládnoucí skupiny osob a její snaha uchovat si moc, se autonomně vyvíjelo i soukromé právo, jehož prapůvodcem byla směna zboží a obchod. Z ekonomického hlediska soukromé právo přispívá k efektivitě směny a dělby práce.

Právní vztah se vyznačuje tím, že si strany vztahu osobují určení práv a povinností mezi sebou, a to vzhledem k určité záležitosti ve společnosti. Například si dohodnou povinnost odevzdávat díl obilí výměnou za svěření pozemku k obhospodařování.

⁵¹ Srovnej shodně SHAPIRO, Scott J. *Legality*. Cambridge (USA, MA) – London: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011, s. 16.

⁵² Srovnej diskusi, která se táhne knihou SOBEK, Tomáš. *Právní myšlení*.

⁵³ Srovnej podobný závěr POSPÍŠIL, Leopold. *Etnologie práva*, s. 30.

Právní vztah mezi dvěma lidmi nezakládá sám o sobě nový autonomní právní systém, a to už proto, že nezahrnuje tvrzení legitimacy vzhledem k celé společnosti, nýbrž pouze vzhledem k těmto dvěma jednotlivcům. Tvrzení legitimacy se opírá o souhlas stran. Za porušení si aspoň implicitně hrozí sankcemi, např. uznávanou povinností nápravy práva, tedy uvedení v předchozí stav před porušením pravidel vyplývajících z právního vztahu nebo odčiněním vzniklého porušení. Jde o soukromoprávní vynutitelnost, jejíž základem je svépomoc. Na vymezení právního vztahu se lze tedy dívat tak, že se u něho lokálně replikují pojmové znaky vymezení právního systému.

To platí šířeji, například i pro otázku rodinných vztahů. Dohodne-li se matka se synem, že vynesou odpadky, syn pak místo toho hraje na počítači a matka mu dá „zaracha“, nepůjde o právní vztah, byť jsou splněny znaky tvrzení legitimacy i vykonatelnosti, ale „jen“ o klasickou výchovu, která kvůli své bezprostřednosti postrádá povahu práva.

Relace mezi konkrétním právním systémem a konkrétním právním vztahem není v nejšířší obecnosti nijak předurčena. Typické právní vztahy jsou zasazeny do právního řádu určitého právního systému, například smlouva se výslovně dovolává určitého ustanovení zákona určité země (což ještě neznamená, že ji ten právní řád uzná za platnou). Ale právní vztahy také nemusí být zasazeny do žádného právního systému – pak mohou být v rovině přirozeného práva – nebo naopak mohou být uznávány více právními systémy, případně jejich kolizními normami.

Je zcela na daném právním systému, zda určitému právnímu vztahu poskytne ochranu (vynutitelnost) či nikoliv – podle toho se mluví o platnosti či neplatnosti právního jednání, a to vždy vzhledem k danému právnímu systému.⁵⁴ Pokud vznikne nejasnost ohledně vynutitelnosti či existence právního vztahu, zvyšuje podřazení pod určitý právní řád právní jistotu.

2. Model rozvinutého právního řádu

V předchozí části jsem pracovně vymezil *pojmem právního systému* a právních vztahů. V této části pojem právního systému využiji k vymezení *pojmu práva*, modelování práva a konečně několika poznámkám k metanormám čili normám, které upravují právo samotné. Právě na jejich popisu lze testovat praktickou použitelnost vymezeného pojmu právního systému.

2.1 Vymezení práva a právního řádu

Právem (v objektivním a materiálním smyslu) v této práci nazývám normativní obsah právního systému v určitém okamžiku. Specifickým druhem práva je právní řád, který se vyznačuje tím, že je formulován pomocí abstraktních pravidel, tedy základem práva jsou interpretované právní předpisy nebo jiné soupisy či prameny práva.⁵⁵

⁵⁴ Platnost má samozřejmě různé modalitativní podmínky, ale to zde pro vysvětlení relace mezi právním systémem a vztahem není podstatné.

⁵⁵ KÜHN, Zdeněk. *Judikatura a precedent v kontinentálním a angloamerickém právu*. In: ŠÁMAL, Pavel – RAIMONDI, Guido – LENAERTS, Koen. *Závaznost soudních rozhodnutí – vnitrostátní a mezinárodní pohled*. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2018, s. 30, cituje Evropský soud pro lidská práva, věc *Kruslin proti Francii*, č. 11801/85, rozsudek ze dne 24. 4. 1990, odst. 29, podle něhož „Ve sféře regulované psaným právem je [materiální] ‚právo‘ účinný právní předpis v podobě, jak jej soudy interpretovaly, a to popřípadě i ve světle společenského vývoje, pokud to bylo nezbytné,“ tedy i ESKP uznává roli judikatury a fakticity.

Ukázali jsme si, že právní antropologie zná i kazuistické právní systémy, tedy nutno právní řád z právních názorů právních autorit vyabstrahovat (např. dovést právní věty z judikatury, z rozhodnutí pohlavára), což je ovšem už proces umělý. V kazuistickém právu se totiž s normami nepracuje a právo se aplikuje čistě odvozením precedentů na nové kauzy. Zatímco právo bez právního řádu si tak představit lze, naopak to neplatí. Proto každý právní řád v rámci daného právního systému v praxi chtě nechtě doplňuje kazuistika. Individuální právní rozhodnutí podmiňují výkon práva. Zpětný faktický normotvorný účinek právních rozhodnutí nemůže vyspělý právní řád plně vyloučit, neboť se v něm manifestuje pojmový znak abstrakce právních pravidel. V tomto článku však pojmy práva a právního řádu často používám zaměnitelně, neboť u vyspělých právních řádů prakticky splývají a zmíněná drobná nuance většinou nemá podstatný význam.

Takto podané vymezení lze však v praxi zřídka přímo použít. Právo jakožto systém totiž vnímáme jako abstrakci či symbol, aniž by kdokoli z nás znal plný obsah platného práva. Při čtení zákonů pozorujeme jen kostru práva, aniž bychom dohlédli všechny důsledky jiných právních předpisů, judikatury a dalších prvků bohaté struktury právního systému. Je to jako při přemýšlení o realitě, kde v praxi také pracujeme pouze s vymezenou situací (mentálním modelem části reality), nikoliv s celým vesmírem. V konkrétním rozboru právního problému je nutné si vybrat pouze jednu ohraničenou část právního řádu (při respektování jeho obecných principů). Nutná selekce je jednou z mnoha příčin požadavku na diskurzivitu moderního práva,⁵⁶ chceme-li popsat i model práva zahrnující složité případy.⁵⁷

2.2 Modelování práva

Při popisu jednoho právního řádu a srovnání více právních řádů nepracujeme s právním řádem samotným, ale s jeho modelem. Model je zjednodušená reprezentace skutečnosti v rozsahu potřebném pro praktické použití, ať už jde o model pro účely výuky studentů, pro rozhodnutí advokáta ve sporu, pro simulaci střetu argumentů či – v tomto případě – pro tvorbu nástrojů počítačové asistence při některých rozhodovacích procesech.

Modely práva se odlišují na různé úrovni abstrakce, ať už jde o různé právní filosofie či teorie,⁵⁸ nebo i zcela konkrétně na úrovni právního názoru. Měli bychom si vybrat jeden metodologický přístup k popisu obsahu práva tak, abychom mohli konzistentně zaznamenat změny ve zkoumaném obsahu v různých vrstvách, například sledovat změny právního řádu a právních metod či sjednocování různých názorů v judikatuře. Tím samozřejmě není vyloučeno, aby si jiný teoretik vybral odlišný metodologický přístup a vycházel z jiných právních názorů, nicméně podstata spočívá v tom, že se tak děje vědomě a přezkoumatelně. Výše jsem se v rámci metodologické preference přiklonil k inkluzivnímu pozitivismu.

Model práva v širokém slova smyslu by měl reprezentovat, jak v mezích použitelnosti modelu právo funguje, tedy zejména jak zjišťovat právo a jak na základě práva dospět

⁵⁶ Viz např. ALEXY, Robert. *A Theory of legal Argumentation: The Theory of Rational Discourse as Theory of Legal Justification*. Oxford: Clarendon Press, 1989.

⁵⁷ KÜHN, Zdeněk. *Aplikace práva ve složitých případech*, s. 41.

⁵⁸ Viz například DWORKIN, Ronald M. The Model of Rules. *The University of Chicago Law Review*. 1967, Vol. 35, No. 1, s. 14–46.

k právním rozhodnutím. Realistický a prakticky použitelný *model moderního právního řádu* musí zahrnovat aspoň:

- zachycení zdrojů, ze kterých se zjišťují přímo právní normy (prameny práva) či související právní rozhodnutí,
- metanormy ovlivňují selekci použitelných normativních vět (platnostní, kolizní metanormy),
- interpretační metanormy použitelných normativních vět a jiných pramenů práva, čímž nevylučují jiné vlivy na právní rozhodování (viz výše),
- postupy pro zjišťování faktického stavu věcí, aplikaci práva obecně a řešení omylů.

Model moderního právního řádu musí zachycovat také model diskurzu, který v potřebné míře podstatných aspektů umožňuje prezentaci a zachycení různých právních názorů, které v dané věci vedou k (finálnímu) právnímu rozhodnutí, včetně opravných procesů.

2.3 Možnosti automatizace modelu práva

Vedle schematické a textuální reprezentace modelu práva lze uvažovat o jeho programovatelnosti, tedy schopnosti v definovaném rozsahu uchovávat znalosti o právu a automatizovaně vyvozovat odpovědi na právní otázky pomocí počítačového programu.

Někteří antropologové ostatně už dříve uvažovali o počítačovém modelování práva zejména z důvodu, že není kulturně předpojaté a není svázáno s pojmovým aparátem odvozeným z některého klasického právního systému. S jistou nadsázkou zmiňovali Fortran, tehdy oblíbený jazyk pro matematické výpočty, jehož nepraktičnost pro reprezentaci práva již dnes bereme s humorem jako očividnou.⁵⁹ Takový mechanicismus je nerealistický a úvahy o možnostech reprezentace práva plně programovatelných případů musí být daleko hlubší, abychom je mohli relevantně zvažovat. Dodávám, že i takový model části práva bude v konečném důsledku spočívat na znalostech a rozhodnutí tvůrce modelu a osoby aplikující právo, kteří nesou odpovědnost za to, že je model dostatečný a jsou splněny předpoklady jeho použití.

Pomocí pramenů práva a interpretace charakteristické pro daný právní systém lze vyvodit vzájemně provázaný soubor právních norem, kterými je určen obsah práva v plně *programovatelných případech*⁶⁰ a dále méně deterministickou, textuální reprezentací popsat metody, kterými lze dospět k výsledku v jednoduchých a případně složitých případech. Praktický význam programovatelných případů spočívá v tom, že je jich velký počet, a ačkoliv nejsou předmětem zájmu právníků, z velké části vytěžují osoby aplikující právo.⁶¹ Navíc tento model kompenzuje skutečnost, že právo na řadě úřadů aplikují osoby bez právního vzdělání. Vedle toho kostra vzniklá reprezentací programovatelných případů (čistých stavů) může sloužit jako vizuální pomůcka pro aplikaci práva ve složitějších případech.

⁵⁹ BOHANNAN, Paul J. *Ethnography and Comparison in Legal Anthropology*. In: NADER, Laura (ed.). *Law in Culture and Society*. Chicago: Aldine, 1969, s. 415, cit. dle POSPÍŠIL, Leopold. *Etnologie práva*, s. 10.

⁶⁰ KÜHN, Zdeněk. *Aplikace práva ve složitých případech*, s. 42.

⁶¹ Právě takové programovatelné případy pomáhají řešit podpůrné počítačové nástroje, jako je aplikace APSTR využívaná většinou českých soudů, která umožňuje generovat šablony argumentu např. v procesním právu s využitím údajů z informačních systémů soudnictví, čímž se významně zvyšuje efektivita justice.

Ačkoliv model práva umožňuje vystihnout obecně různé právní názory, při konstrukci programovatelného modelu konkrétní ohraničené části právního řádu musí právník-konstruktor rozhodnout o právním názoru, z něhož model práva vyjde anebo který v interpretaci převládne, pokud nejde o programovatelné případy. Programovatelný model práva je tak v podstatě *automatizovaný právní komentář*, ve kterém autor v určité oblasti zpracovává a samostatně interpretuje právo, judikaturu a literaturu za účelem automatizované aplikace právních norem.

Aplikace práva v neprogramovatelných případech je nutně spojena s vnitřním nastavením subjektu aplikujícího právo, který není předem určen. Obsah práva v takovém případě není určen jednoznačně, zejména z důvodu různorodých používaných interpretačních metod a v realitě také v důsledku různého kontextu a času aplikace práva. Tím vznikají různé soupeřící právní názory, které mohou eskalovat do právních sporů. Představy o použitelnosti počítačových nástrojů v oblasti interpretace práva považují za velmi naivní a při současné technologické úrovni zjevně nedosažitelné.

Z hlediska právní vědy i praxe však nejzajímavější a nejpodstatnější část obsahu práva tvoří případy, které nelze naprogramovat. Proto může automatizovaný právní komentář sloužit pouze jako pomocný nástroj, nikoliv jako náhrada práva.

2.4 Role právních rozhodnutí v pramenech práva

Není smyslem zde reprodukovat pojednání o pramenech práva z teorie práva; současně je určitý stručný náčrt role pramenů práva pro model práva zcela nezbytný. Různé právní systémy mají různý okruh pramenů práva, které jsou podkladem pro interpretaci práva a tvorbu právních názorů. Vymezení pramenů má nepochybně i hluboké ideologické a kulturní důvody, zejména ve vztahu k soudním rozhodnutím v kontinentálním a angloamerickém právu. Z hlediska modelu konkrétního právního systému je vhodné tuto kulturní odlišnost reflektovat a studovat roli právních rozhodnutí v daném systému práva, kterou podrobně popisuje již Pospíšil.

V moderních právních systémech právo tvoří a dotváří široká škála aktérů s různorodými zodpovědnostmi a zájmy (např. parlamenty, soudy⁶² a správní úřady), a právo tak nutně nemá žádnou centrální autoritu, která by vydávala všechna právní rozhodnutí.⁶³ Realistický model práva tak musí zachytit tuto roli právních rozhodnutí při dotváření práva, a to v kontextu významu, který je v daném právním systému přikládán judikatuře. Zatímco v České republice soudy dotvářejí předpoklady právních norem včetně mezi správního uvážení, vyjasňují ontologii pojmů a realizují vlastní uvážení tam, kde to zákon předvídá, v právních systémech postavených na *common law* mohou být soudní rozhodnutí jako precedenty přímo pramenem práva. Z povahy práva jako informačně neúplného systému vyplývá, že právní rozhodnutí budou vždy právo dotvářet. Pokud si nárokují legitimitu z titulu konzistence a stát na nich setrvává a tvrdí, že je bude vynucovat, lze je podle výše podaného vymezení považovat za součást právního systému, i když jsou tvoře-

⁶² Soudních rozhodnutí s fakticky precedenčními účinky a dotváření práva předvídájí § 10 a 13 nového občanského zákoníku o legitimním očekávání a nalézání práva. Výslovné zmocnění v zákoně má pak spíš potvrzující charakter než konstitutivní.

⁶³ To ovšem způsobuje i problémy v odlišné interpretaci právního předpisu. Příkladem je spor o rozsah informací, které mají být poskytovány o příjemcích veřejných prostředků (§ 8b zák. č. 106/1999 Sb.), kde dochází k opakované prezentaci různých názorů Ministerstva vnitra, Úřadu pro ochranu osobních údajů (včetně jeho různých předsedů), Ústavního soudu (včetně jeho různých senátů) a Nejvyššího správního soudu na výklad zákona.

ny autonomně mimo politický systém. Sekundární pravidla k těmto normám jsou upravena zákonem a rovněž judikaturou. Účinek judikatury tak lze charakterizovat jako méně formální a vyznačující se oproti právním předpisům zvláštním druhem závaznosti, jejíž přesné chápání je pro daný lokální právní systém specifické.⁶⁴ Přitom má však judikatura nezpochybnitelnou informační hodnotu, a proto nutno proces dotváření práva v jeho modelu zohlednit.

2.5 Metanormy platnosti – vznik práva

Další charakteristikou právního řádu je určení způsobu, kterým vznikají právní normy v již existujícím právním systému. Společnost se vyvíjí, a tedy bez dynamiky by právní systém za vývojem společnosti zaostával, až by se stal překážkou dalšího vývoje. Přesto řada právních systémů postulovala svou formální nezměnitelnost (např. Chammurapiho zákoník, do jisté míry ve vztahu k právním rozhodnutím tento étos přebírají Justiniánova *Digesta*, částečně i civilní kodex po Velké francouzské revoluci). Proto z opatrnosti nezmiňují dynamiku mezi nutnými znaky práva v úvodní části.

Příkladem vzniku práva v rámci některého náboženského právního systému je objevení nového proroka, jehož proroctví se kodifikuje (např. historické odlišnosti mezi školami práva *šaría*). Jiný příklad z novodobého právního systému je výrok nejvyššího soudu země, který autoritativně řeší nejasnou otázku. Stejně jako právo vzniká ze společenského kontextu, i otázky autority k jeho změně (kompetenční kompetence, pokud taková autorita existuje) a výkladu mohou být založeny společenským kontextem, pokud s nimi právní řád původně nepočítá, např. osvojení si pravomoci některými orgány soudního typu k rušení zákonů, zavržení tzv. *fixace významu právní normy*, a naopak přizpůsobení významu společenské změně při zachování původního obsahu pramene práva.

V rámci právní praxe dochází k objasňování sekundárních pravidel včetně definování nutných znaků např. pro vznik obyčeje, které jsou ovšem v konečném důsledku dány tvrzením ze strany oficiálních autorit, že jde o právo v materiálním smyslu, a to v důsledku toho, že se s ním jako právem fakticky nakládá (dále mluvím jen o „fakticitě“). Samotným vznikem prvních obyčejů ve společnosti nevzniká pouze primární pravidlo obyčejové, ale následně také sekundární pravidlo (metanorma), které definuje možnost a podmínky vzniku nových obyčejů. Není vyloučeno, že tímto způsobem může vzniknout i celý nový právní systém, který se třeba později sloučí s paralelním systémem, kterým se organizuje vláda ve společnosti (srovnej historický vývoj práva v Anglii).

Kritéria vzniku (platnosti) právních norem jsou součástí právního systému jako sekundární pravidla⁶⁵ a mohou být v konečném důsledku rovněž dána fakticitou, nikoliv pouze normami právního řádu. Diskuse o obsahu sekundárních pravidel upravujících platnost norem je specifická pro konkrétní právní systém, a tedy ji v konkrétním případě zkoumá právní dogmatika, v obecnějším případě právní filosofie. Nepochybně velká část sekundárních norem upravujících vznik práva může být stejně jako u interpretace neformální, přičemž neformální jsou pochopitelně i neformální pravidla, podle nichž neformální pravidla vznikají (zejména *opinio communis doctorum*). Právo jako vrstevnatý systém nemusí

⁶⁴ Viz publikace ŠÁMAL, Pavel – RAIMONDI, Guido – LENAERTS, Koen. *Závaznost soudních rozhodnutí – vnitrostátní a mezinárodní pohled*, kde Zdeněk Kühn mluví o právu v materiálním smyslu (s. 29 an.) a Jan Wintpr odkazuje na výraz diskurzivní závaznosti judikatury (s. 90).

⁶⁵ HART, Herbert L. A. *The Concept of Law*, s. 94.

v rovině závazného právního textu připouštět změny (viz citované příklady), ale ve vrstvě aplikace práva si právní instituce musí chtít nechtít vypomáhat konstrukcemi, které právo minimálně dotváří.

Není bez zajímavosti, že u některých kmenů není právní autorita vynucující právo, ale pouze zprostředkovávající řešení sporů vyjednáváním, přičemž právní autorita pouze argumentuje svým právním názorem a vyvíjí sociální tlak na aktéry sporu.⁶⁶ Nicméně i taková praxe jistě může v určité společnosti vést k faktickému vzniku právního systému, neboť prvek vynutitelnosti spočívá např. v tom, že je v rámci takového právního systému akceptován výkon výsledku negociace svépomocí. A v takovém systému mohou při tomto svérázném způsobu aplikace práva vznikat precedenční účinky. Pokud chybí dostatečné vynucovací instituty, lze očekávat, že část rolí právního subsystému společnosti přebírá souběžný systém mocenský a morální.

Otázka fakticity je významná, protože právo je lidský výtvar, který ve společnosti vždy působí prostřednictvím lidí. Proto se lze v důsledku spokojit i s tím, že se určité právní rozhodnutí autority prosadí v praxi, i když neodpovídá dosavadnímu právu, a tak dojde k faktické změně práva. V budoucnu může být přijatý názor vyšší autoritou efektivně rozporován. Nikdy nelze zcela zaručit bezrozpornost právních rozhodnutí, byť z hlediska kvality jde o ideální stav. Pokud právo umožňuje různý výklad, a navíc deleguje pravomocí na lidi, kteří jsou omylní a někdy rozhodují v rozporu s právem, přičemž jejich rozhodnutím může vznikat precedenčním způsobem nové právo, zákonitě je nutné v popisu práva takový faktický vznik zachytit (např. dva konkurující si názory koexistují vedle sebe, institucionální konflikty) a nelze se spokojit s jeho popíráním.

Analytický popis speciálně vyžaduje, aby kvaziprecedenčně účinkující judikatura, která v právu fakticky plní funkci pramene práva, byla obdobně jako pramen práva dané společnosti zachycena a aby byl při interpretaci práva vyjasněn její vztah k jiným pramenům práva.

2.6 Metanormy kolizní – interakce právních systémů

Normy právního systému organizace určité zájmové společnosti mohou být v některých ohledech i v rozporu se státním právem, ovšem takový rozpor nemá bez dalšího žádné normativní důsledky v těchto dílčích právních systémech.

Obecně se jedná o *kolizi dvou právních systémů*, jak ji historicky známe např. ze sporů o investituru, kde vznikla mezi světským a církevním právem kolize ohledně toho, kdo je oprávněn jmenovat biskupy do úřadu, tedy vykonávat zásadní kreační pravomoc. Jiným příkladem kolize tří právních systémů je kolize na území Československa v roce 1941. Jednak platil původní právní řád československý, jednak nacistický řád založený výnosem o zřízení protektorátu Čechy a Morava vydaným pod č. 75/1939 Sb. a řád zavedený dekretem prezidenta Beneše v exilu. Ke sjednocení kolidujících právních systémů došlo teprve po válce a do výsledného právního systému byly recipovány části všech zmíněných systémů. Na to, který systém se v praxi uplatní, mohou mít vliv i ekonomické podmínky.⁶⁷

⁶⁶ POSPÍŠIL, Leopold. *Etnologie práva*, s. 35.

⁶⁷ Např. ELLICKSON, *Order without law*, s. 283, ukazuje, že farmáři v Shasta County si problémy týkající se dobytka vyřeší podle zvyklostního práva v komunitě s výjimkou případů, kdy jde o srážku vozu s dobytkem na dálnici. Srovnej také teoretický úvod a příklady společného působení právních systémů či úrovní, např. tyrolského farmářského práva a rakouského občanského zákoníku dle POSPÍŠIL, Leopold. *Anthropology of Law. A comparative theory*, s. 101 an.

Pokud právní systémy kolidují a osoba realizuje práva vyplývající z jedné kolidující normy, může tím porušit povinnosti vyplývající z druhého kolidujícího systému (nemá-li tento druhý systém pro kolizi zvláštní normu). Právním důsledkem kolize je zkrátka jen to, že nastupují sankční důsledky porušené právní normy v druhém kolidujícím systému.

2.7 Metanormy výkladu – interpretace práva

Požadavek činit právní rozhodnutí podle práva zákonitě vede k požadavku jeho interpretace, neboť jinak nelze abstrakci (zhuštěný informační obsah typicky vystižením nezbytných znaků obecniny či stanovením postupu jejího určení nebo předchozí kazuistiku) převést do konkrétní nové situace.

Kdo používá právo, má za úkol zpracovat prameny práva a vyvodit z nich interpretaci právní názor odpovídající platnému právu (řešení otázek práva, tzv. *questiones iuris*).⁶⁸ Různé právní systémy mohou mít různé způsoby interpretace a i interpretační metody jsou předmětem různých právních názorů. Interpretace obecně může mít také podobu hledání blízkého precedentu či jeho adaptace, jak je to běžné v angloamerickém *common law* i u různých tradičních přírodních kmenů. Pramenem práva jsou zde přitom často autoritativní sbírky právních rozhodnutí.

Interpretaci právního předpisu (či obecně pramene práva) rozumíme postup, ve kterém se ze znění právního předpisu (sbírky právních rozhodnutí) a kontextu formuluje právní norma takovým způsobem, aby byla v řetězci vyplývání přímo použitelná pro konkrétní otázku práva.

Interpretace může sledovat různá hlediska, např. hledisko vůle autora (*intencionalismus*), cílů norem (*instrumentalismus*) anebo pohled příjemců norem (*textualismus*).⁶⁹ Podle mého názoru není žádný z těchto přístupů automaticky správný, nicméně převážné zásady výkladu jsou charakteristické metanormy pro daný právní řád v daném čase, přičemž tyto metanormy jsou zakotveny jak formálně, tak neformálně v doktríně.

V klasické diktatuře dává smysl, že právníci vykládají výnosy diktátora spíše s ohledem na jeho vůli, v demokracii naopak upřednostníme obecné chápání textu předpisů lidmi.⁷⁰ Často jen soud anebo jiná právní autorita rozhodne, který právní názor se prosadí, v různých odvětvích mohou být převládající interpretační postupy různé. Podstatné je to, že autoritativní právní rozhodnutí má vycházet z nalezení práva, při kterém je nová norma fakticky vzniklá činností soudu nebo jiné autority jednoduše zachytitelná, je vyjasněn její status vzhledem k právu a závaznosti judikatury (*ratio decidendi*, právní věta) a následně může být zohledněna při budoucí aplikaci práva za předpokladu, že z rozhodnutí dokážeme správně identifikovat hypotézu.⁷¹

V souvislosti se zjišťováním obsahu norem je v modelu právního řádu vhodné zvolit metodu časového výkladu právních předpisů. Z hlediska modelování práva považuji za nejvhodnější *aktualismus*, který právní předpis vykládá podle aktuálního nikoliv histo-

⁶⁸ GERLOCH, Aleš. *Teorie práva*, s. 187.

⁶⁹ SOBEK, Tomáš. *Argumenty teorie práva*, s. 218.

⁷⁰ *Ibidem*, s. 223.

⁷¹ Ovšem i právní věty mají svoje doktrinárně vymezené zásady tvorby a použitelnosti, srovnej např. KRÁLÍK, Lukáš. Tvorba a publikace judikatury. *Právník*. 2018, roč. 157, č. 4, s. 320–332. Zejména je třeba přihlídnout ke správnému vymezení hypotézy dle logiky argumentace v daném případě (která je však vyvratitelná relevantní námitkou) a k tomu, že nejde o autoritativní tvorbu práva, často ji dokonce tvoří autoři článků v časopisech či zaměstnanci právních informačních systémů.

rického kontextu. Je tomu tak proto, že výklad dotvářející právo má rovněž časovou působnost, kterou může soud v případě nutnosti v konkrétním případě přesněji vymezit. Trvání na fixaci významu právní normy by vedlo k tomu, že v důsledku řady novel by bylo akceptovatelné přikládat stejným pojmům v zákoně různý význam podle dobového vnímání, což by výrazně komplikovalo logickou strukturu práva, popřelo základní požadavek, že právo tvoří systém a prakticky by znemožňovalo adresátům ho pochopit. Proto podle mého názoru kvalitní právní řád upřednostňuje ve výkladu před fixací aktualismus. Tato otázka je ovšem pro každý právní systém specifická.

Myšlenkový proces interpretace práva je sám o sobě regulován metanormami výkladu. Např. čl. 9 odst. 3 Ústavy je pramenem formální výkladové metanormy: „*Výkladem právních norem nelze oprávnit odstranění nebo ohrožení základů demokratického státu.*“ Jiné režimy měly svoje vlastní interpretační maximy, například § 143 Ústavy 9. května stanovil jinou formální metanormu, že „*soudce má vykládat zákony v duchu lidově demokratického zřízení*“, anebo nacistický režim považoval za prameny práva vůli vůdce a program NSDAP, což logicky vyžadovalo řešit výkladem případné rozpory s právním řádem.

Neformálním pramenem metanorem výkladu jsou interpretační pravidla dobře zakotvená v právní teorii a praxi (která ovšem na rozdíl od citované praxe v totalitních státech nenesou prvky libovůle, ale naopak za sebou mají staletí stability). Jde například o pravidla derogace (zvláštní zákon má přednost – *lex specialis* apod.). V rámci výkladu lze jako inferenční pravidla použít i právnícké argumenty, které jsou rovněž dobře známy (např. *a fortiori*). Při výkladu je třeba respektovat i předpoklady použití argumentů právnícké logiky, které vedou k použitelnosti jejich dispozic (např. chybně se často používá argument *a contrario*). Je zřejmé, že tyto argumenty nejsou nutně logickými důsledky, nýbrž zažitými konvencemi úsporné a sdělné komunikace, kterou vyžaduje proces abstrakce. Lze je nicméně chápat jako závazné metanormy právního systému, jakými určitý pramen práva vykládat, abychom zbytečně nedovozovali ze sdělného vyjádření v zákoně nepatřičný obsah právní normy. Tato pravidla právní dogmatiky, jejichž systematizaci se věnuje právní doktrína,⁷² jsou interpretační metanormy, které se staly součástí právního systému faktickou cestou.

Podstatné je, že kvalitní právní systém má nástroje a mechanismy, kterými sjednocovat různé právní názory a které tak vnášejí do systému práva větší konzistenci a předvídatelnost.

K autoritativnímu výběru jednoho právního názoru z více právních rozhodnutí dochází také při tzv. sjednocování judikatury, pro které bývají obsaženy mechanismy v procesním právu. Pochopitelně může ve státě nastat situace, ve které vrcholné instituce mají různé právní názory. Například v otázce poskytování informací o platech úředníků Úřad pro ochranu osobních údajů právní závěry Nejvyššího správního soudu plně nepřevzal a Ústavní soud k tomu vydal vlastní judikát.⁷³ Autoři právního komentáře mají zodpovědnost za seznámení osoby aplikující právo se všemi relevantními názory právních autorit, za racionální vypořádání vzniklého interpretačního sporu a doporučení dalšího postupu, a to platí i pro automatizovaný právní komentář.

Interpretace se také zabývá rozporem mezi právními normami uvnitř jednoho právního řádu, kdy např. právní řád jedné osobě něco přikazuje a zároveň jí to zakazuje. Napří-

⁷² Pro současné české právo srovnej např. WINTR, Jan. *Metody a zásady interpretace práva*. Praha: Auditorium, 2013.

⁷³ Nález Ústavního soudu ze dne 17. 10. 2017, sp. zn. IV. ÚS 1378/16.

klad přikazuje člověku dodržovat smlouvy se všemi lidmi, ačkoliv tato osoba uzavřela smlouvy s různými lidmi, které se navzájem vylučují. Jiný příklad je, když policie někomu pravomocně uloží ze země vycestovat, protože nemá povolení k pobytu, a zároveň stejnému člověku soudce uloží zákaz vycestování, protože je jeho přítomnost třeba pro trestní řízení.⁷⁴ Obecně je považován rozpor uvnitř právního řádu za nežádoucí, ale bez dalšího z něho patrně nelze dovozovat neplatnost některé normy, není-li zde kolizního pravidla nebo jiného zvláštního důvodu, proč by právní autorita ustoupila od některého kolidujícího pravidla. Platí totiž obdobně to, co zaznělo u kolize právních systémů, tj. že po porušení kolidující povinnosti nastupuje právní odpovědnost s ní spojená.

Závěr

Pro účely modelování práva jsem navrhl vymezit pojem právního systému jako normativní systém určité společnosti, který je fundamentální v tom smyslu, že reguluje život dané společnosti v širokém rozsahu, a dále tvrdí, že je legitimní, aby zajistil sociální kontrolu této společnosti, a tvrdí, že je obecně vynutitelný postupem, který předvídá. Pro účely definice právního systému není podstatné, zda je tomu tak ve skutečnosti, ale zda to systém aspoň implicitně tvrdí. Na několika případech jsem ukázal, že takové vymezení je realistické a praktické a že pojmové znaky lze dovést z obecného požadavku na zdůvodnění normy jako regulativu chování. Vyjasnil jsem, že právní vztahy nemusí být nutně ukotveny v jednom právním systému, a poskytl jsem funkční model pro právní pluralismus a kolizi právních systémů např. v době nacistické okupace české země.

V návaznosti na takové vymezení právního systému jsem popsal základní schéma modelu práva. K modelování kontinentálního práva doporučuji volit inkluzivní pozitivismus s textuálním nebo instrumentálním aktualismem. Podstatné je, aby byl model realistický a praktický k danému účelu, z čehož vyplývá i požadavek na to, aby model transparentně zachycoval, co se v systému děje. Dále jsem se soustředil na zvláštnosti, které by měl model rozvinutého právního řádu vedle modelu právních norem obsahovat: je zejména nutné, aby model dokázal reprezentovat názory právních autorit a status těchto právních názorů v rámci systému včetně diskurzivního prostředí, metanormy platnosti a interpretace i metanormy kolizní. Specificky pokud jde o metanormy platnosti, měl by model vyjasnit konkrétní mechanismus dotváření právního řádu vydáváním právních rozhodnutí.

Pokud jde o použitelnost tohoto modelu k zamýšlenému cíli, konstatoval jsem, že automatizovatelnost práva přichází v úvahu zejména u tzv. programovatelných případů. V případě programovatelných a jednodušších případů připadá v úvahu tvorba nástroje právní asistence v podobě automatizovaného právního komentáře, jehož závěry jsou však již výsledkem interpretace, za kterou odpovídají autoři komentáře. Představy o použitelnosti počítačových nástrojů v oblasti interpretace práva, ať už u jednodušších, či složitých případů, považuji v dohledné době za velmi naivní a při současné technologické úrovni nedosažitelné.

⁷⁴ Jde o skutečný případ, se kterým jsem se setkal ve své praxi.

What is Law and How Can We Make Legal Models

Jakub Michálek

Abstract: The aim of this article is to present the characteristics of a possible model of a legal system, which could be used for modeling of law by automatic systems. For such purpose I define the concept of a legal system, defined as fundamental normative system, which claims to be legitimate and enforceable. I describe several examples that such definition is both realistic and practical. I show how the attributes of such a concept follow from a general requirement for justification of a norm as a behavior regulation. Based on the definition of legal system, I introduce the basics of the model of law. I recommend inclusive positivism with textual or instrumental actualism for the modeling of continental law. I describe how the defined model of law represents phenomena such as collision of legal systems, metanorms, legal pluralism and the case law of judges.

Key words: model of law, legal system, legal pluralism