

Eugen Ehrlich – zakladatel právní sociologie

Petr Osina*

Abstrakt: Cílem článku je představení významného rakouského právníka a romanisty Eugena Ehrliche. V úvodní části se autor podrobně věnuje hlavním událostem Ehrlichova života, v rámci nichž představuje nejdůležitější etapu jeho působení na Univerzitě Františka Josefa v Černovicích. Další část je zaměřena na rozbor základních prvků sociologické koncepce Eugena Ehrliche. V díle *Základy sociologie práva* Ehrlich identifikoval tři druhy či prameny práva – státní právo, právo právníků a společenské právo. Poté následuje pasáž věnovaná pojmu živé právo a jeho roli v rámci působení práva ve společnosti. Živé právo je právo, které ovládá život sám, i když nebylo v právu stanoveno. Ehrlichova sociologie práva nezpochybňovala právní platnost státního práva, pokud připustila možnost jeho konfrontace s živým právem nebo právem právníků. Další část článku analyzuje kritické připomínky, které vůči Ehrlichově teorii vznesl další rakouský právník Hans Kelsen. Poslední část se soustředí na roli společenského zájmu v kontextu práva. Pro Ehrliche nebyly právní normy neživými konstrukcemi, které by existovaly nezávisle na sociální realitě. Byly součástí fungujícího řádu společenské komunikace, který chrání určité zájmy preferované společností a diskriminuje ty zájmy, které společnost neschvaluje.

Klíčová slova: právní sociologie, státní právo, právo právníků, živé právo, právní skutečnosti, společenský zájem

Místo úvodu

Eugen Ehrlich byl významný rakouský právník a romanista, který je považován za jednoho ze zakladatelů právní sociologie. Narodil se 14. září 1862 jako Elias Ehrlich ve městě Černovice v Bukovině na východním okraji habsburské monarchie (dnes je severní část Bukoviny s bývalým hlavním městem Černovice součástí Ukrajiny, jižní část je součástí Rumunska). Byl synem židovského advokáta Simona Ehrliche a jeho manželky Eleonory Donnerfeld. V roce 1865 se rodina přestěhovala do města Sambor v Haliči a tam strávil dětství spolu se svým bratrem Oswaldem.

V roce 1879 Ehrlich maturoval na gymnáziu s polským vyučovacím jazykem v Samboru a rozhodl se pro studium práva ve svém rodném městě na nedávno (1875) založené Univerzitě Františka Josefa s německým vyučovacím jazykem. Ve druhém roce studia se přesunul do Lvova a po smrti svého otce dokončil svá studia ve Vídni. Dne 8. dubna 1886 byl promován doktorem práv a již v roce 1894 se habilitoval na vídeňské univerzitě jako soukromý docent římského práva na základě spisu *Die stillschweigende Willenserklärung (Konkludentní projev vůle)*.¹ Stal se katolíkem a začal používat jméno Eugen, které bylo inspirováno významným rakouským vojevůdcem princem Evženem Savojským.

Mezi lety 1886 a 1896 působil jako praktikující právník. Poté začal vyučovat římské právo jako mimořádný profesor na Univerzitě Františka Josefa v Černovicích, kde se násled-

* JUDr. Petr Osina, Ph.D., Právnická fakulta Univerzity Palackého v Olomouci, katedra teorie práva a právních dějin. E-mail: petr.osina@upol.cz. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-6514-1048>. Rád bych poděkoval doc. Ondřeji Horákovi za jeho podnětné připomínky k textu.

¹ EHRlich, E. *Die stillschweigende Willenserklärung*. Berlin: Carl Heymanns Verlag, 1893.

ně v roce 1900 stal řádným profesorem. Eugen Ehrlich byl děkanem právnické fakulty v akademickém roce 1901/1902 a 1908/1909 a proděkanem v následujícím akademickém roce 1902/1903 a 1909/1910, jak bylo obvyklé.² Dne 23. června 1906 byl na zasedání senátu Univerzity Františka Josefa v Černovicích jednomyslně zvolen rektorem. Dne 2. prosince 1906 se konala inaugurace, v jejímž průběhu Ehrlich pronesl jako inaugurační přednášku široce uznávaný projev na téma *Die Tatsachen des Gewohnheitsrechtes (Skutečnosti obyčejového práva)*. Rektorem univerzity byl pak v akademickém roce 1906/1907 a prorektorem v následujícím akademickém roce 1907/1908.³

V srpnu 1914 byla Univerzita Františka Josefa v Černovicích uzavřena kvůli příchodu ruských jednotek. Ehrlich odjel do Vídně, kde pokračoval ve vědecké práci. Zároveň se zapojil do mírového hnutí a publikoval několik politických textů. Jako člen studijní komise pro národnostní otázky v rámci Ústřední organizace pro trvalý mír (*Central Organization for a Durable Peace*) napsal zprávu s názvem *Národnostní problémy v Rakousku (The National Problems in Austria)*. Jeho cílem bylo přesvědčit vítězné mocnosti, aby nerozdělovaly poraženou habsburskou monarchii kvůli domnělé neúspěšné národnostní politice, která měla spočívat v potlačování národnostních menšin.⁴

Druhou polovinu roku 1918 strávil Ehrlich ve Švýcarsku, kde také sledoval zánik Rakouska-Uherska. V listopadu 1918 byla Bukovina anektována Rumunským královstvím. Univerzita Františka Josefa v Černovicích byla přeměněna na rumunskou Univerzitu Ferdinanda I. s rumunštinou jako vyučovacím jazykem. Ehrlich požádal vídeňské úřady o penzionování, a když mu nebylo vyhověno, odjel v srpnu 1920 z Bernu zpět do svého rodného města. Když chtěl zase začít vyučovat na univerzitě, čelil silnému odporu tehdejšího rektora Iona Nistora. Kromě formálních důvodů byl Ehrlich obviněn z austrianismu a označen za nepřítele rumunského lidu. Odjel proto vyjednávat do Bukurešti, kde mu bylo nabídnuto vedení nové katedry právní filosofie a sociologie v Černovicích. Podpořil ho dokonce rumunský král Ferdinand I., který uznával Ehrlichovy vědecké úspěchy a mezinárodní věhlas.

Protesty proti Ehrlichovi však pokračovaly také během roku 1921, kdy na podzim dokonce rumunští studenti hrozili, že násilím zabrání tomu, aby se ujal svých výukových aktivit. Ehrlich proto zůstal v Bukurešti, kde napsal texty spíše politického charakteru. Po zhoršení svého zdravotního stavu na jaře 1922 odjel do Vídně, kde 2. května zemřel svobodný a bezdětný v nedožitých šedesáti letech v nemocnici po amputaci nohy v terminálním stadiu tehdy ještě nevléčitelné cukrovky.⁵

1. Ehrlichova sociologická teorie

Eugen Ehrlich je ve světě znám především jako autor knihy *Grundlegung der Soziologie des Rechts (Základy sociologie práva)*. Jeho myšlenky jsou přijímány nebo kritizovány především v kontextu této knihy, respektive jejího anglického překladu.⁶ Další díla jsou

² NEZHURBIDA, S. – DYACHUK, M. – REHBINDER, M. – TOMAŠČÍKOVÁ, S. *Eugen Ehrlich: Bibliographic Index*. Wilmington: Vernon Press, 2018, s. xv.

³ NEZHURBIDA, S. – REHBINDER, M. *Eugen Ehrlich an der Franz-Josephs-Universität in Czernowitz. Beiträge zur Rechtsgeschichte Österreichs. Band 1*. 2021, s. 50.

⁴ PORSCHE-LUDWIG, M. *Eugen Ehrlich interkulturell gelesen*. Nordhausen: Verlag Traugott Bautz, 2011, s. 12.

⁵ NEZHURBIDA, S. – DYACHUK, M. – REHBINDER, M. – TOMAŠČÍKOVÁ, S. *Eugen Ehrlich: Bibliographic Index*, s. xxi.

⁶ EHRlich, E. *Fundamental Principles of the Sociology of Law*. Cambridge: Harvard University Press, 1936.

dostupná z větší části pouze v němčině a jsou z tohoto důvodu přístupná poměrně úzkému okruhu badatelů, ačkoli tyto práce zachycují velmi důležitý vývoj Ehrlichova sociologického pojetí. Základy sociologie práva byly navíc pouze částí ambicióznější série publikací o soudním rozhodování. V dalším díle této řady, která tvoří nedokončenou trilogii, Ehrlich rozvíjí problémy výkladu zákonů a soudcovské tvorby práva a pečlivě zkoumá roli teoretické činnosti právníků (právní doktríny) v rámci fungování společenské mašinérie práva.⁷

V kontextu plánované série prací jsou Základy sociologie práva pouze úvodní částí, kde si autor klade za cíl podkopat sebevědomí těch právníků, kteří se zdráhají vzít v úvahu cokoli jiného než státní právo a prameny státem akceptované. Není zřejmé, zda byl sám Ehrlich připraven na ohlas, který Základy sociologie práva vyvolají v rámci tehdejší právní vědy. Většina právníků dílo prostě ignorovala, protože Ehrlich útočil na státní právo, které bylo tehdy v ohnisku zájmu středoevropské právní vědy. A kritika těch, kteří dílo četli a chtěli vyjádřit svůj postoj, byla často spíše zlomyslná, což je dobře viditelné na prvních útocích Hanse Kelsena.⁸

Na první pohled se ostrost této kritiky nezdá být přiměřená. Teze o spojení právní vědy s empirickým výzkumem formuloval Ehrlich už krátce před zveřejněním *Základů sociologie práva* během kongresu německých právníků v roce 1911⁹ a ve třech dalších významných publikacích.¹⁰ Samotné myšlenky o neúplnosti státního práva a o nemožnost soudce zůstat v úzkých mezích zákonných norem byly běžné v rámci hnutí volného práva, do kterého Ehrlich patřil na přelomu 19. a 20. století (a sympatizoval s ním ještě dříve).¹¹

Ehrlich rozlišoval mezi volným nalézáním práva (*freie Rechtsfindung*) a technickým nalézáním práva (*technische Rechtsfindung*). Technické nalézání práva znamená vynášení rozhodnutí na podkladě pevně stanovených pravidel, zatímco volné nalézání práva znamená nacházení spravedlivých rozhodnutí odpovídajících okolnostem jednotlivých případů, při zohlednění oficiálního práva, zvykového práva a předchozích rozhodnutí. Při technickém nalézání práva výrazně kritizoval především používání analogie, různých právnických technik a konstrukcí, ale také výkladových metod, v jejichž důsledku se soudce při rozhodování vlastně nedrží textu zákona, pouze se tak tváří.¹²

⁷ EHRLICH, E. *Die juristische Logik*. Tübingen: J. C. B. Mohr, 1918.

⁸ KELSEN, H. Eine Grundlegung der Rechtssoziologie. In: KELSEN, H. – EHRLICH, E. *Rechtssoziologie und Rechtswissenschaft. Eine Kontroverse (1915/1917)*. Baden-Baden: Nomos Verlag, 2003, s. 3–54.

⁹ EHRLICH, E. Gutachten über die Frage: Was kann geschehen, um bei der Ausbildung (vor oder nach Abschluß des Universitätsstudiums) das Verständnis des Juristen für psychologische, wirtschaftliche und soziologische Fragen in erhöhtem Maße zu fördern? In: EHRLICH, E. *Recht und Leben. Gesammelte Schriften zur Rechtstatsachenforschung und zur Freiheitslehre*. Berlin: Duncker & Humblot, 1967, s. 61–79.

¹⁰ EHRLICH, E. Die Erforschung des lebenden Rechts. In: EHRLICH, E. *Recht und Leben. Gesammelte Schriften zur Rechtstatsachenforschung und zur Freiheitslehre*, s. 11–27 (původně publikováno in: *Schmollers Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft im Deutschen Reich*. 1911, 35); EHRLICH, E. Ein Institut für lebendes Recht. In: EHRLICH, E. *Recht und Leben. Gesammelte Schriften zur Rechtstatsachenforschung und zur Freiheitslehre*, s. 28–42 (původně publikováno in: *Juristische Blätter*, 1911); EHRLICH, E. Das Lebende Recht der Völker in der Bukovina. In: EHRLICH, E. *Recht und Leben. Gesammelte Schriften zur Rechtstatsachenforschung und zur Freiheitslehre*, s. 43–60 (původně publikováno in: *Recht und Wirtschaft*. 1912, 1).

¹¹ EHRLICH, E. *Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft, Vortrag gehalten in der juristischen Gesellschaft in Wien am 4. März 1903*. Leipzig: Verlag C. L. Hirschfeld, 1903; EHRLICH, E. Über Lücken im Rechte. In: EHRLICH, E. *Recht und Leben. Gesammelte Schriften zur Rechtstatsachenforschung und zur Freiheitslehre*, s. 80–169 (původně publikováno in: *Juristische Blätter*. 1888).

¹² EHRLICH, E. *Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft, Vortrag gehalten in der juristischen Gesellschaft in Wien am 4. März 1903*. Leipzig: Verlag C. L. Hirschfeld, 1903, s. 26.

Je třeba zmínit, že hlavním vědeckým cílem Eugena Ehrlicha bylo zavést do přípravy studentů práv aplikované empirické metody. Formuloval to jako hlavní úkol ve svém inauguračním rektorském projevu v roce 1906 v Černovicích.¹³ Již v roce 1909 byl do učebního plánu zařazen nový vyučovací kurz „Živé právo“. Nicméně po organizačním neúspěchu projektu empirického výzkumu v Bukovině byl Ehrlich odrazen do té míry, že popíral jakoukoli heuristickou hodnotu empirického výzkumu práva. Mezitím právnická obec Rakousko-Uherska stále ignorovala nové komponenty, které chtěl Ehrlich přidat do nauky hnutí volného práva.

Drsný, ironický a do jisté míry kategorický tón *Základů sociologie práva* může být vysvětlen Ehrlichovým zklamáním z dlouhotrvajícího mlčení rakouské právnické obce a snahou probudit tuto komunitu. Pokud to byl cíl, který Ehrlich sledoval, když na Štědrý den roku 1912 dokončil své dílo, pak jej bylo dosaženo. Někteří nicméně tvrdili, že jeho práce přitáhla daleko více pozornosti ve Spojených státech, Japonsku a některých dalších zemích mimo německy mluvící svět, kde toto dílo zůstalo po mnoho let bez uznání.¹⁴

V celém svém díle Eugen Ehrlich zpochybňoval to, co nazýval „vulgární, státně zaměřené pojetí práva“.¹⁵ Z jeho pohledu by toto pojetí práva uznávalo pouze právo vyprodukované (respektive sankcionované) státem. Je to jednoduše zákonné právo, v rámci něhož jsou zákonodárcem stanoveny základní právní normy, které společnost řídí, a role soudnictví je omezena na aplikaci těchto norem v jednotlivých případech v souladu s původním záměrem zákonodávce. V ojedinělém případě, kdy je stávající zákon nejasný nebo mlčí, se soudce může obrátit na společenské normy a uznat je jako zvykové právo, které jinak neexistuje. Podle této koncepce, kterou Ehrlich považoval za zvláště rozšířenou v německé právní vědě své doby, je právo nástrojem v rukou státu, ale nikoli v rukou lidí. V podstatě sestává z příkazů jiným státním orgánům, aby v případě nedodržení norem uplatňovaly určité předepsané sankce.

Pro Ehrlicha příběh práva nekončí státem a jeho úředníky. Jeden z hlavních důvodů, proč nekončí u státu, je právě to, že tam ani nezačíná. V díle *Základy sociologie práva* Ehrlich identifikoval tři druhy či prameny práva. První dva druhy práva jsou stále úzce spojeny se státem, a proto jsou jako takové obecně uznávány také přívrženci „vulgárního“ pojetí práva – zaprvé je to státní právo (*Staatsrecht*) vznikající pouze prostřednictvím státu a za druhé právo právníků (*Juristenrecht*) vytvořené soudci a právními vědci.¹⁶

Veřejné právo v širokém slova smyslu je tvořeno na jedné straně právními normami, které vytvářejí stát a jeho instituce (správní právo), a na druhé straně normami, které obsahují obecná ustanovení (především trestní a procesní právo), jejichž cílem je ochrana veřejného práva v užším smyslu a také práva soukromého, tedy norem vytvořených ve společnosti. Na základě těchto obecných ustanovení právníci navrhuji na konkrétnější úrovni právní normy pro rozhodování, o které se soudci opírají při řešení konfliktů ve společnosti.

¹³ EHRlich, E. Die Tatsachen des Gewohnheitsrechts. Inaugurationsrede. In: REHBINDER, M. (ed.) – EHRlich, E. *Gesetz und lebendes Recht. Vermischte kleinere Schriften*. Berlin: Duncker & Humblot, 1986, s. 104–132 (původně publikováno in: *Die feierliche Inauguration des Rectors der k. k. Franz-Josephs-Universität in Czernowitz für das Studienjahr 1906/1907*. Czernowitz: Selbstverl. der k. k. Universität, 1906, s. 25–66).

¹⁴ VOGL, S. Eugen Ehrlich's Linking of Sociology and Jurisprudence and the Reception of his Work in Japan. In: HERTOGH, M. (ed.). *Living Law. Reconsidering Eugen Ehrlich*. Portland: Hart Publishing, 2009, s. 95–124.

¹⁵ EHRlich, E. *Die juristische Logik*, s. 82.

¹⁶ EHRlich, E. *Grundlegung der Soziologie des Rechts*. München, Leipzig: Duncker & Humblot, 1913, s. 110.

Pro Ehrlicha byl důležitější třetí druh práva – společenské právo, o kterém tvrdil, že existuje nezávisle na dvou výše uvedených typech, a za jehož zdroj považoval právní skutečnosti (*Tatsachen des Rechts*).¹⁷ Podle jeho názoru je hlavní funkcí práva vytvářet řád uvnitř sdružení lidí a mezi sdruženími navzájem v rámci společnosti. Činí tak tím, že poskytuje normy, podle kterých lidé mohou regulovat a koordinovat své jednání, většinou bez zásahu státních úředníků. Navíc ve většině případů tyto normy vytvářející řád nejsou produkovány státem, ale plynou z institucí a struktur, jejichž součástí jsou lidé.

Právní skutečnosti jsou tudíž společenské vztahy, které jsou také právními vztahy. Jako takové jsou zdrojem společenského řádu.¹⁸ Ehrlich je označoval jako skutečnosti, protože jejich existenci lze zjistit pozorováním skutečné každodenní praxe ve společnosti. Tyto právní skutečnosti rozdělil do čtyř kategorií – zvyk (*Übung*), panství (*Herrschaft*), držba (*Besitz*) a projev vůle (*Willenserklärung*).¹⁹ Podle Ehrlicha normy obsažené v těchto právních skutečnostech mají mnohem větší dopad na životy lidí než normy státního a soudcovského práva. Zde sídlí živé právo – právo vytvořené a udržované samotnými lidmi. Naproti tomu oficiální právo vždy riskuje, že se stane pouhou mrtvou literou v důsledku ztráty kontaktu se společností, ve které působí. V pozdější publikaci Ehrlich srovnával pokus zachytit rozmanitost života v právních předpisech k marné snaze zachytit dravý proud potoka do rybníka.²⁰

2. Živé právo jako právo společenské

Můžeme si klást otázku, jak by se dala nakreslit alespoň prozatímní rozlišovací linie mezi státem a společenským právem. Efektivita a společenský význam nemohou poskytnout žádné kritérium. Oficiální právo může v některých situacích dokonce předběhnout jiné druhy práva a být efektivnější, což znamená být v souladu se společenským vývojem. Ani sankce nemůže sloužit jako rozlišovací kritérium, jelikož také ostatní společenské normy (etika, náboženství) mají donucovací charakter. Ehrlich říká, že by byly zcela bezvýznamné, kdyby nevyužily určité množství donucení.²¹

Každý způsob rozlišování může mít také dvě verze podle toho, zda rozdíl spočívá ve způsobu, jakým zákon upravuje svůj předmět, nebo v předmětu samotném. Ehrlich zastával názor, že oficiální státní právo je evidentně jedním ze společenských řádů a představuje pouze fázi v dialektice práva jako společenského fenoménu. Tento postoj je patrný, když rozšiřuje společenské právo mimo oblast vnitřních společenských řádů a připouští, že normy státního práva jsou svým obsahem společenské – tyto normy jsou efektivní prostřednictvím stejných druhů sociálního tlaku, který používají menší sdružení při prosazování svých norem vůči jednotlivci.²²

Ehrlich se často zdráhal používat termín „právo“ pro státní regulaci, jelikož „*stát nenalézá právo, může pouze vydat státní právo, které se skládá z příkazů nařízených státem jeho vlastním institucím*“.²³ Rozdíl je však způsoben spíše mnohovýznamovostí slova

¹⁷ Ibidem, s. 67.

¹⁸ REHBINDER, M. *Die Begründung der Rechtssoziologie durch Eugen Ehrlich*. Berlin: Duncker & Humblot, 1986, s. 32.

¹⁹ EHRLICH, E. *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, s. 69.

²⁰ EHRLICH, E. *Die Soziologie des Rechts*. In: REHBINDER, M. (ed.) – EHRLICH, E. *Gesetz und lebendes Recht. Vermischte kleinere Schriften*, s. 243.

²¹ EHRLICH, E. *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, s. 50.

²² Ibidem, s. 122.

²³ Ibidem, s. 152.

„právo“, které implikuje jak spontánní faktický řád vztahů mezi lidskými bytostmi, tak příkazy státních orgánů, společenských institucí a právní vědy. Čtenář knihy *Základy sociologie práva* může vnímat váhání jejího autora mezi záměrem vyhradit toto slovo pouze institucím přímo zplozenými společnostmi, a naopak používat toto slovo také pro státem vytvořená pravidla a struktury. Toto kolísání může být jedním z hlavních důvodů pozdějšího rozporuplného vnímání klíčových myšlenek jeho sociologie práva.²⁴

Přehodnocování rozdílu mezi státním právem, právnickým právem a živým právem vedlo Ehrlicha k závěru, že veškeré právo je tvořeno stejným materiálem jako společenský život obecně. Materiál práva je stejný v různých oblastech sociální reality, ať už jde o vnitřní řady sociálních skupin, státní organizace nebo rutinní interakce vedené smyslem pro spravedlnost. Ve skutečnosti ústřední místo v díle *Základy sociologie práva* zaujímá živé právo, v pozadí stojí právo právníků a státní právo se zkoumá pouze potud, pokud má význam pro charakteristiku obou výše uvedených druhů práva. Toto schéma prošlo kritickým zkoumáním kvůli zřetelné převaze živého práva nad právem právnickým i státním.²⁵

Ehrlich zastával pozici skepticismu nebo alespoň nevšímavosti vůči státnímu právu. To je první dojem, který zůstane po přečtení *Základů sociologie práva*, kde se soustředil na zkoumání obyčejového práva a starověkého římského práva, které bylo předmětem jeho profesního zájmu spolu se středověkým anglickým a německým právem. Státní právo je zmíněno pouze tehdy, když Ehrlich potřeboval ukázat, že na stát zaměřené pojetí práva se mylí, když považuje státní právo za primární nebo dokonce jediný zdroj platných právních norem. V kondenzované podobě tuto myšlenku vyjadřuje slavná a často citovaná věta z předmluvy *Základů sociologie práva*: „*Těžiště vývoje práva nespočívá v legislativě, ani v právní vědě, ani v soudním rozhodování, ale ve společnosti samé.*“²⁶

Ehrlich útočil na etatistické pojetí práva, které redukuje veškeré právo na to, které vydává nebo uznává stát. Toto je neuralgický bod jeho hlavního díla. Aby svůj postoj podpořil, důkladně zkoumal zvykové a obchodní právo, právní doktrínu, právní a soudní praxi různých epoch a zemí. Všechna jeho zjištění odhalovala nedostatky etatistického pojetí práva. Není dokonce třeba odkazovat na nějakou konkrétní pasáž *Základů sociologie práva*, která by naznačovala tato zjištění – jakákoli náhodně otevřená stránka by přinesla přímý nebo nepřímý důkaz tohoto postoje. V nejvíce zhuštěné podobě mohou být tyto úvahy nalezeny v sedmé kapitole, kde se Ehrlich zabýval vztahem mezi státem a právem.²⁷

V Ehrlichově době žilo v rámci vévodství Bukovina vedle sebe devět etnik – Arméni, Němci, Židé, Rumuni, Ukrajinci, Poláci, Slováci, Maďaři a Romové. Právník tradiční školy by bezpochyby řekl, že všechny tyto národy měly jen jedno v celém Rakousku platné rakouské právo. A přesto by nás pouhý letmý pohled přesvědčil, že každá z těchto skupin v právních vztazích každodenního života dodržovala často zcela jiná pravidla. Prastarý princip personality v právu tedy nadále působil, pouze na papíře byl nahrazen principem teritoriality.²⁸

²⁴ REHBINDER, M. *Die Begründung der Rechtssoziologie durch Eugen Ehrlich*, s. 112.

²⁵ RHEINSTEIN, M. *Sociology of Law: Apropos Moll's Translation of Eugen Ehrlich's Grundlegung der Soziologie des Rechts. International Journal of Ethics*. 1938, Vol. 48, No. 2, s. 232–239.

²⁶ EHRLICH, E. *Grundlegung der Soziologie des Rechts*.

²⁷ *Ibidem*, s. 110–137.

²⁸ EHRLICH, E. *Das Lebende Recht der Völker in der Bukowina*. In: EHRLICH, E. *Recht und Leben. Gesammelte Schriften zur Rechtstatsachenforschung und zur Freiheitslehre*, s. 43.

Pojetí živého práva je do značné míry také součástí obecné koncepce. Ehrlich trvá na nezávislosti tohoto práva: „Živé právo je právo, které ovládá život sám, i když nebylo v právu stanoveno. Zdrojem našich znalostí tohoto práva je za prvé právní dokument, za druhé přímé pozorování života, obchodu, zvyků a obyčejů všech sdružení, a to nejen těch, které zákon uznal, ale i těch, které přehlédl, a dokonce i těch, které neschválil.“²⁹

Ehrlichův koncept jde nad rámec dobře známého rozlišení amerického právního teoretika Roscoe Pounda (1870–1964) mezi právem v knihách a právem v praxi,³⁰ se kterým je často zaměňován. Živé právo není pouze v praxi nejednotně uplatňovaným právním předpisem, ale také odkazuje na pravidla, která se státem stanovenými a vynucovanými normami nemusí mít příliš mnoho společného.

Mnohé pasáže *Základů sociologie práva* naznačují, že Ehrlich dal zjevně přednost společenskému právu a předřadil jej před oficiální právo, což by logicky vedlo k úvahám o platnosti státního práva v případech rozporu mezi nimi. Taková tvrzení se rovnala zásahu do samotných základů evropské právní vědy, která byla založena na oficiálním „rozumném“ právu určeném k překonání tradičního „barbarského“ zvykového práva. Právní věda nemohla takový zásah tolerovat a výsledkem tudíž bylo, že Ehrlichovo jméno se přinejmenším v evropské právní vědě před polovinou 20. století téměř nezmiňovalo.

Pochybnosti o správnosti tohoto postoje přetrvávají dodnes, kdy autoři jako Roger Cotterrell,³¹ Klaus A. Ziegert³² nebo Stefan Vogl³³ předkládají přesvědčivé argumenty na obranu Ehrlichovy teorie. Někteří badatelé se odvolávají na Ehrlichovy myšlenky ve snaze podložit vlastní úvahy o současném vývoji práva. Významným příkladem je pokus Günthera Teubnera představit Ehrlicha jako průkopníka právního pluralismu,³⁴ což podnítilo živé polemiky a množství kritické literatury.³⁵

Je pravda, že Ehrlich kritizoval právní vědu své doby za necitlivost k sociální realitě práva a za to, že se k právu chovala pouze jako k nástroji státní politiky. Toto chybné stanovisko mělo podle něj za následek redukci právní vědy na činnost státních úředníků. Z hlediska této kritiky si byl Ehrlich jistý, že hlavní část života práva probíhá bez zásahů státních úředníků, přestože ve velkém množství reálných situací právní řád umožňuje státu realizovat zprostředkovatelskou roli.

Jedna z výhod etatické teorie práva spočívá v její zdánlivé schopnosti jasně vymezit hranici práva, která se víceméně shoduje se suverénní vůlí. Jestliže tuto teorii opustíme, k identifikaci předmětné oblasti právních studií jsou zapotřebí jiná kritéria, která je nutné oddělit od kritérií náboženských nebo etických. Ehrlich se s tím zjevně snažil vyrovnat

²⁹ Ibidem, s. 45.

³⁰ POUND, R. Law in Books and Law in Action. *American Law Review*. Vol. 44, 1910, s. 12.

³¹ COTTERRELL, R. Ehrlich at the Edge of Empire: Centers and Peripheries in Legal Studies. In: HERTOGH, M. (ed.). *Living Law. Reconsidering Eugen Ehrlich*. Portland: Hart Publishing, 2009, s. 75–94.

³² ZIEGERT, K. A. World Society, Nation State and Living Law in the Twenty-first Century. In: HERTOGH, M. (ed.). *Living Law. Reconsidering Eugen Ehrlich*, s. 223–236.

³³ VOGL, S. Eugen Ehrlich's Linking of Sociology and Jurisprudence and the Reception of his Work in Japan. In: HERTOGH, M. (ed.). *Living Law. Reconsidering Eugen Ehrlich*, s. 95–124.

³⁴ TEUBNER, G. Global Bukowina: Legal Pluralism in the World Society. In: TEUBNER, G. (ed.). *Global Law Without a State*. Dartmouth: Aldershot, 1997, s. 3–28.

³⁵ NELKEN, D. An e-mail from Global Bukowina. *International Journal of Law in Context*. 2007, No. 3, s. 189–202; TAMANAHA, B. A Vision of Socio-Legal Change: Rescuing Ehrlich from “Living Law”. *Law and Social Inquiry*. 2011, No. 1, s. 297–318; HERTOGH, M. Rescuing Living Law From Jurisprudence. *Jurisprudence. An International Journal of Legal and Political Thought*. 2012, No. 1, s. 135–152.

a zřejmě nevěřil, že by mohla existovat nějaká definitivní identifikace. Ve svém textu z roku 1911 napsal, že „každý právník ví, že je nemožné rozlišovat mezi morálkou a právem – něco, co bylo včera morálkou, se dnes stává právem – právo je morálka včerejška“.³⁶

Ehrlich je v jednom z následujících článků dokonce ještě horlivější: „Nechávám na těch, kteří mohou ztrácet čas s neplodnou terminologií, aby rozhodli, zda budeme jednat v souladu s právem nebo s morálkou.“³⁷ V *Základech sociologie práva* psal: „Obecně řečeno, mimoprávní normy morálky, etických zvyků a slušnosti se tak snadno stávají právními normami, že ve většině případů je rozlišení zcela nemožné.“³⁸ Zdůrazňoval, že vzhledem k tehdejšímu stavu nauky o právu je obtížné přesně označit, v čem se právní norma liší od ostatních norem, a proto nelze vymezit rozdíl mezi právem a morálkou ve stručné a jednoduché podobě.³⁹

Řešení navržené Ehrlichem spočívalo v rozlišení různých druhů společenské regulace prostřednictvím rozdílu v psychologických emocích – předpokládal, že porušení zákona navozuje „pocit vzpoury“, porušování mravních pravidel vede k „rozhořčení“, porušování etikety vzbuzuje „pocit znechucení“.⁴⁰ Ehrlichova kritéria pro kategorizaci společenské normy se Hansi Kelsenovi jevily jako „nejsměšnější ze všech“.⁴¹ Nicméně zarámování těchto kritérií do obecného vývoje společenských věd v první polovině 20. století může vést také k jinému hodnocení, jelikož podobné pokusy podnikl polský právní teoretik Leon Petrażycki (1867–1931)⁴² a pokračovali v nich jeho stoupenci, zejména francouzský právní sociolog ruského původu Georges Gurvitch (1894–1965)⁴³ a americký sociolog ruského původu Nicholas Timasheff (1886–1970).⁴⁴

Ehrlich si nebyl jist základní terminologickou otázkou právní filosofie – co je právo a jak jej definovat. Jeho nedůsledné vyjadřování v *Základech sociologie práva* je z velké části způsobeno touto nejistotou. Zdánlivě přesvědčivý pokus o konfrontaci státního práva s právem společenským zcela nevyšel. Ehrlich nevyklučoval možnost, že se státní právo stane společensky efektivním. Pravidla státního práva totiž nemohou být „nespolečenská“, pokud se vytvářejí v průběhu společenského vývoje.⁴⁵

Osvícený zákonodárce se podle Ehrlicha může stát nejlepším hlasatelem živého práva. Rozšířením vhledu do společnosti a jejich sil, pro něž je znalost lidské přirozenosti základem, můžeme realizovat kontrolu společnosti legislativou právě jako inženýr, který řídí parní stroj pomocí znalostí jeho mechanismu.⁴⁶ Nic nebrání tomu, aby se státní právo stalo společenským právem (nebo živým právem). Zvláště proto, že státní právo může

³⁶ EHRlich, E. Die Erforschung des lebenden Rechts. In: EHRlich, E. *Recht und Leben. Gesammelte Schriften zur Rechtsstatsachenforschung und zur Freiheitslehre*, s. 20.

³⁷ EHRlich, E. Das Lebende Recht der Völker in der Bukowina. In: EHRlich, E. *Recht und Leben. Gesammelte Schriften zur Rechtsstatsachenforschung und zur Freiheitslehre*, s. 48.

³⁸ EHRlich, E. *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, s. 104.

³⁹ *Ibidem*, s. 134.

⁴⁰ *Ibidem*, s. 132.

⁴¹ KELSEN, H. Eine Grundlegung der Rechtssoziologie. In: KELSEN, H. – EHRlich, E. *Rechtssoziologie und Rechtswissenschaft. Eine Kontroverse (1915/1917)*. Baden-Baden: Nomos Verlag, 2003, s. 34; COTTERRELL, R. Ehrlich at the Edge of Empire: Centres and Peripheries in Legal Studies. In: HERTOIGH, M. (ed.). *Living Law. Reconsidering Eugen Ehrlich*, s. 85.

⁴² PETRAŽYCKI, L. *Law and Morality*. Cambridge: Harvard University Press, 1955.

⁴³ GURVITCH, G. *Sociology of Law*. New York: Philosophical Library and Alliance Book Corporation, 1942.

⁴⁴ TIMASHEFF, N. *An Introduction to the Sociology of Law*. Cambridge: Harvard University Committee on Research in the Social Sciences, 1939.

⁴⁵ EHRlich, E. *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, s. 315.

⁴⁶ EHRlich, E. Montesquieu and Sociological Jurisprudence. *Harvard Law Review*. 1916, Vol. 29, s. 591.

uvést v činnost nebo zastavit společenský vývoj – přímá akce státu je mnohem efektivnější než norma pro rozhodování.⁴⁷

Hlavní rozdíl, který Ehrlich nachází mezi živým právem a státním právem, se nezdá být zející propastí, která by je zcela oddělovala. Tento rozdíl ukazuje, že normy státního práva nepředstavují vnitřní řád sdružení, ale vnitřní řád společnosti, který je vnucován menším sdružením jako vnější řád. Tento vnější řád v mnohem větší míře než vnitřní řád sdružení nese znaky řádu nadvlády.⁴⁸

Další typické nedorozumění souvisí s námitkou nerozlišování mezi tím, co je, a tím, co má být, mezi fakty a normami, mezi společenským a právním. Tuto námitku poprvé formuloval Hans Kelsen.⁴⁹ Ehrlich se ze všech sil snažil odmítnout interpretaci z pohledu dualismu bytí a mětí. Zdůrazňoval, že tento dualismus není efektivní při zkoumání sociální reality práva. Trval také na tom, že popírání originálního původu a všemocnosti státního práva nemusí nutně znamenat jeho absolutní negaci či znevažování. Ehrlich nebyl tak krátkozraký, aby ignoroval to, do jaké míry je oficiální právo schopno restrukturalizovat společenský život. Zároveň nebyl nakloněn tomu, aby bylo stanoveno jasné rozhranění mezi různými druhy práva, protože věřil, že ve společenské realitě nemůže být tak jednoduchá dělicí linie.⁵⁰

Některé pasáže *Základů sociologie práva* by mohly vést k obvinění Ehrliche ze směšování faktů s normami.⁵¹ Hlavním důvodem těchto obvinění je, že popisuje určité právní skutečnosti, které bezprostředně upravují společenské vztahy, bez zprostředkování jakýchkoli institucí nebo kodifikovaného práva. Ehrlich tvrdil, že úkolem sociologie práva je zjišťovat fakta, ale nikoli je hodnotit. Vzhledem k tomu, že řešení konfliktu nutně implikuje hodnocení, soudci nejsou povinni uplatňovat fakta místo norem, když řeší konkrétní případy.⁵² Kritikou státně orientovaného pojetí práva Ehrlich nehodlal nahradit státní právo konkurenčním právním řádem nebo právem živým, jehož platnost se logicky nemůže časově ani prostorově shodovat s platností státního právního řádu.⁵³

3. Kritika Ehrlichovy teorie

Ehrlichův útok na převládající pozitivistické myšlení nezůstal samozřejmě bez jakékoli reakce. Hans Kelsen, tehdy mladý a nadějný právní vědec, vydal v roce 1915 (tedy dva roky po prvním vydání *Základů sociologie práva*) velmi kritickou recenzi. Tvrdil v ní, že Ehrlich ve svém pojetí práva smísil skutečnosti a normy, což je rozdíl, který se později stal základním kamenem jeho ryzí nauky právní.

Kelsen ve vzájemné diskusi v letech 1915–1917 obvinil Ehrliche, že teoreticky izoluje stát od tvorby práva a jeho skepticismus vůči státnímu právu je naprosto podvrtný. Jeho

⁴⁷ VOGL, S. Eugen Ehrlich's Linking of Sociology and Jurisprudence and the Reception of his Work in Japan. In: HERTOGH, M. (ed.). *Living Law. Reconsidering Eugen Ehrlich*, s. 102.

⁴⁸ EHRLICH, E. *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, s. 122.

⁴⁹ KELSEN, H. Eine Grundlegung der Rechtssoziologie. In: KELSEN, H. – EHRLICH, E. *Rechtssoziologie und Rechtswissenschaft. Eine Kontroverse (1915/1917)*. Baden-Baden: Nomos Verlag, 2003, s. 46.

⁵⁰ EHRLICH, E. *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, s. 132.

⁵¹ VAN KLINK, B. Facts and Norms: The Unfinished Debate between Eugen Ehrlich and Hans Kelsen. In: HERTOGH, M. (ed.). *Living Law. Reconsidering Eugen Ehrlich*, s. 133.

⁵² EHRLICH, E. *Die juristische Logik*, s. 389.

⁵³ VAN KLINK, B. Facts and Norms: The Unfinished Debate between Eugen Ehrlich and Hans Kelsen. In: HERTOGH, M. (ed.). *Living Law. Reconsidering Eugen Ehrlich*, s. 134.

argumenty byly podle Kelsena založené na primitivní záměně časových a logických vztahů. Obvinil také Ehrlicha z nepochopení toho, že právní normy logicky předcházejí jakékoli konkrétní právní skutečnosti nebo vztahy.⁵⁴

Tato otázka byla ústředním tématem debaty a dotýká se kantovského rozlišení mezi „je“ a „má být“. Pro Ehrlicha se tvrzení, že státní právo je odvozené ze společenského řádu, nerovnálo tvrzení, že společenské živé právo má přednost před státním právem. Kelsen považoval tuto myšlenku odvoditelnosti práva od společnosti za „zjevně špatnou“ a trval na tom, že z toho, co „má být“, nelze odvodit to, co „je“. Potom lze obtížně mluvit o právu a povinnosti.⁵⁵

Kelsen navíc vytýkal Ehrlichovi to, že nevysvětlil, proč jsou skutečnosti, se kterými pracuje, právními skutečnostmi. Kladl otázku, v jakých ohledech se normy, které plynou z těchto skutečností, liší od etických, morálních, náboženských nebo jiných norem. Ehrlichův návrh, že právní normy lze odlišit od jiných norem pomocí pocitů, které vyvolávají, pomocí *opinio necessitatis*, které je doprovází, a důležitosti jejich obsahu, nebral Kelsen vážně. Pokud se Ehrlich při definování práva záměrně zdržel odkazu na stát, jeho pojetí práva by zůstalo bezbřehé a k nerozeznání od jiných společenských norem nebo pravidel obecně. V důsledku toho ze sociologického hlediska Ehrlichův projekt podle Kelsena sehlává ve ztotožnění práva a společnosti.⁵⁶

Proto má sociologie práva velké problémy etablovat se jako samostatná disciplína nezávislá na obecné sociologii. Kelsen naopak prosazoval jasné oddělení právních norem od dalších typů norem, což mělo vést ke ztotožnění práva a státu. Z jeho pohledu je stát zvláštní forma společnosti, sociální jednota nebo právní organizace, se kterou lze spojit všechny právní normy, ať už jsou produkovány státními úředníky nebo členy asociací.⁵⁷ Je úkolem právní vědy popsat soubor platných právních norem na určitém území v určitém čase, bez ohledu na jejich etickou hodnotu a empirické působení.

S ohledem na tento rozdíl Kelsen rozhodně odmítl Ehrlichovy argumenty o tom, že vnímání práva a právního vztahu je vytvořeno z materiálu, který extrahujeme ze smyslově vnímatelné reality. Ehrlich se bránil Kelsenovým útokům, ale nepodařilo se mu přesvědčit své současníky, takže jeho sociologie práva zůstala po mnoho let stigmatizována jako teorie, která směšuje normativní a faktické aspekty. Sociologicko-právní studie nicméně získaly status vědecké disciplíny a získaly větší pozornost v Evropě, USA a také v Japonsku.⁵⁸

I když výsledek debaty mezi Ehrlichem a Kelsenem je historicky vnímán jako Kelsenovo vítězství, Ehrlichův přístup se postupem času nakonec prosadil. V tomto kontextu je velmi zajímavé Kelsenovo prohlášení z roku 1965, podle kterého tehdy Ehrlichovi křivdíl a lituje, pokud jemu samotnému a také sociologii práva svými ostrými polemikami ztížil cestu k všeobecnému uznání.⁵⁹

⁵⁴ KELSEN, H. Eine Grundlegung der Rechtssoziologie. In: KELSEN, H. – EHRLICH, E. *Rechtssoziologie und Rechtswissenschaft. Eine Kontroverse (1915/1917)*, s. 16.

⁵⁵ *Ibidem*, s. 14.

⁵⁶ *Ibidem*, s. 46.

⁵⁷ *Ibidem*, s. 42.

⁵⁸ REHBINDER, M. Einleitung. In: EHRLICH, E. *Gesetz und lebendes Recht. Vermischte kleinere Schriften*. Berlin: Duncker & Humblot, 1986, s. 7–9.

⁵⁹ REHBINDER, M. *Die Begründung der Rechtssoziologie durch Eugen Ehrlich*, s. 101.

4. Společenský zájem v kontextu Ehrlichovy právní sociologie

Ehrlich se nemohl smířit s deduktivistickým obrazem vynucování práva, kde se předpokládá, že soudce automaticky odvozuje rozhodnutí z norem. V návaznosti na Jheringa se pokoušel objevit v pravidlech práva určité společenské zájmy, kterými se zákonodárci domněle řídili a které vyplňují případné mezery v právní úpravě. Z tohoto úhlu pohledu Ehrlichova sociologie práva nezpochybňovala právní platnost státního práva, pokud připustila možnost jeho konfrontace s živým právem nebo právem právníků. Konečným cílem sociologie práva mělo být propojení soudce se skutečnou vůlí zákonodárce.⁶⁰ Tuto skutečnou vůli je třeba zjišťovat nikoli metafyzickými spekulacemi (o účelech práva nebo objektivních zákonech dějin), ale prostřednictvím sociologického zkoumání empirických faktů.

Pro Ehrlicha nebyly právní normy neživými konstrukcemi, které by existovaly nezávisle na sociální realitě. Naopak, byly součástí živého, fungujícího a efektivního řádu společenské komunikace, který chrání určité zájmy preferované společností a diskriminuje ty zájmy, které společnost neschvaluje a odsuzuje. Společnost sama vytváří obecný řád společenských vztahů, který je později přetvořen do právního řádu společenskými skupinami a jednotlivci, kteří tak jednají v postavení zákonodárců v širším významu.⁶¹

Ehrlich zároveň nesdílel „naivní“ návrhy sociální filosofie Charlese Montesquieu, který si myslel (v Ehrlichově interpretaci), že společnost řídí sama sebe a organizuje svůj vývoj autonomně; že je to „živé tělo vytvořené přírodními silami a do určité míry existující nezávisle na státní moci“, které je řízeno „duchem zákonů“. ⁶² Kritické poznámky, které učinil Ehrlich o filosofii tohoto vlivného francouzského myslitele (kvůli jejímu spoléhání se na kauzální vysvětlení právních jevů a pro její selhání při vymezení ostré hranice mezi právem, jaké by mělo být, a právem, jaké je), jsou velmi užitečné při obraně jeho vlastních myšlenek před podobnými interpretacemi.⁶³

Z tohoto pohledu kritika vznesená proti Ehrlichovi kvůli přehnanému spoléhání na kauzální vysvětlení mašinerie práva (s akcentem na obyčejové právo) nezní dostatečně přesvědčivě. Na rozdíl od historické školy a naturalismu Ch. Montesquieu věnuje Ehrlich větší pozornost individuálnímu úsilí při tvorbě práva. Nejen zákonodárci, kteří chápou společenské potřeby a regulují je v právních rádech, ale také právníci a obyčejní lidé, kteří sledují své vlastní strategie, svou každodenní praxí zároveň přispívají k právnímu vývoji.⁶⁴

Ehrlichovi zřejmě nelze vyčítat, že zaměňuje normy a hodnoty s fakty. Právní skutečností popisuje jako do určité praxe vykrystalizované společenské vztahy, kterým je lidským rozumem přiřazen právní význam.⁶⁵ Ale pokud také zdůrazňuje myšlenku o „*normativní síle skutečnosti*“, ani zdaleka nenaznačuje, že fakta jsou donucovací sama o sobě bez společenské autority, která by vytvořila odpovídající sociální instituce. Síla zde může být interpretována jako tlak, který sociální prostředí vyvíjí na zákonodárce, jako pocit nutnosti,

⁶⁰ VOGL, S. Eugen Ehrlich's Linking of Sociology and Jurisprudence and the Reception of his Work in Japan. In: Hertogh, M. (ed.). *Living Law. Reconsidering Eugen Ehrlich*, s. 119.

⁶¹ EHRLICH, E. *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, s. 317.

⁶² EHRLICH, E. Montesquieu and Sociological Jurisprudence. *Harvard Law Review*. 1916, Vol. 29, s. 585.

⁶³ *Ibidem*, s. 589.

⁶⁴ EHRLICH, E. *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, s. 399.

⁶⁵ *Ibidem*, s. 27.

který zažívají soudci, členové parlamentu a další osoby zmocněné v tomto právním řádu tvořit právní normy. Je to tato síla, která tlačí zákonodárce k poskytování právní ochrany některým společenským vztahům.

Ne každý vztah a ne každý zájem dosáhne právní ochrany. To je podmíněno tím, že jsou považovány za společensky relevantní a cenné, takže se stanou právní skutečností. Mnoho zájmů může zůstat alespoň zpočátku (některé dokonce trvale) mimo právo a právní pravidla. Poslední slovo při udělení ochrany takovým zájmům patří příslušným autoritám. Mohou buď jednat podle svého uvážení, nebo být vedeni metafyzickými ideály. To nejlepší, co mohou udělat, je využít vědeckou metodu – tedy sociologii práva nastíněnou Ehrlichem.

Tato vědecká metoda může být stanovena následujícím způsobem. Nejprve se objeví jistý společenský zájem, který má tendenci být platný v konkrétní situaci. Pak tento zájem postupně krystalizuje a získává status společensky uznávaného a projevuje se ve formě obyčeje, držby nebo projevu vůle. V poslední fázi jsou některé společensky uznávané zájmy zakotveny v právních pravidlech (státní právo, právo právníků). Vytváření právních norem ze společenských praktik proto vyžaduje další intelektuální úsilí, neboť je třeba z těchto praktik vytáhnout to, co je všeobecně platné, a vyjádřit to náležitým způsobem.⁶⁶

Ehrlichovi bylo zřejmé, že masa společenských zájmů zůstává (alespoň zpočátku a některé z nich neustále) mimo právo a jeho pravidla.⁶⁷ Zdůrazňuje, že právní instituce existující ve společnosti mohou tvořit právní řád bez ohledu na to, jestli jsou upraveny právními předpisy. Tyto instituce jsou závislé na právu pouze tehdy, pokud jsou pravidla práva schopna určit, jak je má posuzovat soudce, konkrétně zda soudce musí případně poskytnout ochranu protichůdným zájmům v nich obsaženým.⁶⁸

Jinými slovy, pokud soudce zjistí, že nějaké vztahy nebo zájmy stojí za ochranu, ale ve skutečnosti nejsou chráněny, jeho povinností je předefinovat rozsah právní ochrany s přihlédnutím nejen ke znění příslušných právních předpisů, ale také k právní doktríně, pocitu spravedlnosti a idejím, které ve společnosti převládají. Tímto způsobem soudce nejedná na vlastní pěst, ale vykonává vůli zákonodárce. Na rozdíl od dalších představitelů hnutí volného práva, kteří věřili, že právník by měl porovnávat své abstrakce s intuitivním pochopením živé reality, Ehrlich trval z několika důvodů na tom, že existují určité objektivní hranice soudního uvážení.

Soudní uvážení je přípustné pouze v situacích, kdy zájmy nejsou právně vyvážené. To znamená, že neexistují žádné použitelné právní normy a na jejich základě nelze sestavit žádnou jasnou hierarchii souvisejících zájmů. I v těchto situacích má soudce vyvážit zájmy podle řádu stanoveného v právních pravidlech.⁶⁹ Úkolem soudce je odhalovat sociologická fakta, která dosvědčují existenci určitých zájmů, a najít pro ně místo mezi jinými právně chráněnými zájmy.

Při neexistenci platných právních norem soudce vytváří „normy rozhodování“ z existujícího právního a sociologického materiálu, který je relevantní pouze pro daný případ. Norma rozhodování může být v rozporu s jinými normami a pravidly tohoto právního řádu. Formálně tento rozpor vylučuje platnost této normy a její další aplikaci, i když politické

⁶⁶ EHRlich, E. *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, s. 141.

⁶⁷ *Ibidem*, s. 275.

⁶⁸ *Ibidem*, s. 324.

⁶⁹ EHRlich, E. *Die juristische Logik*, s. 191.

a jiné konstelace mohou být příznivé pro její přežití. Pokud je splněno kritérium přiměřenosti, rozhodnutí a vhodná „norma rozhodování“, která byla použita k dosažení tohoto rozhodnutí, mohou být považovány za spravedlivé. Toto spravedlivé rozhodnutí a příslušná norma zůstávají pouze iniciativou právníka, který musí projít názorovým bojem, aby se norma stala právní normou – to znamená, aby se začlenila do právního řádu.⁷⁰

Soudní nalézání práva není odvozeno z intuice. Ehrlich nesouhlasil s tvrzením Hermannu Kantorowicze (1877–1940) a dalších představitelů hnutí volného práva, kteří věřili, že soudní rozhodování je plně diskrečním aktem pouze ozdobeným právními argumenty poté, co bylo skutečné rozhodnutí přijato na základě soudcovy intuice.⁷¹ Ehrlich nicméně souhlasil s tím, že soudní rozhodnutí může být výsledkem uvážení nebo intuitivního vhledu. Zároveň dodával, že nic nebrání soudci v tom, aby nahradil své přesvědčení vědeckými poznatky, které jsou založeny na faktech. Abychom dospěli k vědecky přijatelnému rozhodnutí, soudce musí najít a porovnat protichůdné zájmy se zájmy chráněnými pravidly práva. Společným jmenovatelem pro hodnocení je tedy zájem. Právní norma, která nechrání zájem před zásahem, není právní normou nebo alespoň kompletní právní normou.⁷²

Toto srovnání zájmů poskytuje měřítko pro určení jejich relativní hodnoty. Soudce se má ujistit, že zájem, který se domáhá ochrany u soudu, se neliší od zájmu, který byl zakotven v právní normě.⁷³ Zájmy hájené zákonodárci v době, kdy formulovali právní normy, nemusí být totožné se zájmy, které uplatňovali účastníci řízení před soudem. Situace je víceméně jasná, když dotčený zájem buď odporuje zájmu chráněnému právní normou, nebo je s ním v souladu. Povinností soudce je buď žalobu zamítnout, nebo jí vyhovět. Jelikož je podle Ehrliche funkcí sociologické právní vědy (jako každé jiné vědy) zaznamenávat fakta, ne je vyhodnocovat, nemůže mít tendenci zavést v aktuální fázi lidského vývoje doktrínu, která by mohla umožnit soudci porušit svou soudcovskou přísahu.⁷⁴

Může se ukázat, že zájmy účastníků řízení nejsou v souladu se zájmy stanovenými v pravidlech práva. V tomto případě soudce nemůže odepřít přístup ke spravedlnosti z toho důvodu, že neexistuje odpovídající pravidlo k urovnání konfliktu a musí případ vyřešit i v případě nepřítomnosti takového pravidla. Soudce přitom nemůže žalobu zamítnout nebo připustit pouze na základě svého uvážení. Dokud soudce vykládá právní normy, musí se odvolávat na zájmy jejich tvůrce, nikoli na svůj vlastní zájem.⁷⁵

Dilematu mezi úmyslem soudce a úmyslem zákonodávce se lze vyhnout podle Ehrliche prostřednictvím nezávislého vyvažování protichůdných zájmů a poskytnutí soudní ochrany zájmu, který soudce považuje za vyšší.⁷⁶ A přesto to není síla zájmu, která je zde rozhodující. Vědecky přesné vyvážení by mělo vycházet ze zkoumání společenského kontextu, v rámci něhož zákonodávce vytvořil odpovídající právní text. V případě, kdy v právním řádu neexistuje relevantní text, soudce musí určit okamžik, od kterého zájem

⁷⁰ EHRLICH, E. *Soziologie und Jurisprudenz. Die Zukunft*. 1906, Bd. 54, s. 231–240.

⁷¹ KANTOROWICZ, H. *Der Kampf um die Rechtswissenschaft*. Heidelberg: Winter, 1906.

⁷² EHRLICH, E. *Die juristische Logik*, s. 187.

⁷³ *Ibidem*, s. 192.

⁷⁴ *Ibidem*, s. 389.

⁷⁵ EHRLICH, E. *Die richterliche Rechtsfindung auf Grund des Rechtssatzes: vier Stücke aus dem in Vorbereitung begriffenen Werke: Theorie der richterlichen Rechtsfindung*. In: EHRLICH, E. *Recht und Leben. Gesammelte Schriften zur Rechtstatsachenforschung und zur Freiheitslehre*, s. 226.

⁷⁶ *Ibidem*, s. 223.

dosáhl stupně, který je způsobilý právní ochrany. Zde lze vidět jemný rozdíl mezi pozicí Ehrlicha a tím, co je stanoveno ve švýcarském občanském zákoníku pro případy mezer v zákonech.⁷⁷

Ehrlich sdílel přesvědčení své doby, že zákonodárci nemohou plně předvídat vývoj společnosti, a proto nemohou vytvářet právní pravidla pro všechny možné situace. Dokonce pokud připustíme, že může existovat právně dokonalý (úplný a konzistentní) soubor právních norem, také tyto normy rychle zastarají a budou zaostávat za tempem života. Ani soudce nemůže zastavit vývoj společnosti a nemůže přestat aplikovat dříve stanovené normy, které by mohly být v okamžiku, kdy musí být aplikovány, již zastaralé.

Jestliže stojí před tímto dilematem, musí soudce sladit plynulost společenského života s rigiditou pravidel práva. To je možné odhalením a analýzou zájmů, které původně sledoval zákonodárce, a jejich srovnáním s těmi, které jsou v konfliktu v rámci případu, který leží před soudcem. Pokud soudce zjistí, že se zákonodárce snažil chránit určité společenské zájmy, ale nepovedlo se mu to z důvodu nedokonalého znění předmětné právní normy, je soudce zmocněn překonat doslovný význam tohoto pravidla a poskytnout ochranu zájmu, který měl být chráněn. Zde opět soudce nejedná diskrečně, ale má využívat vědeckých metod sociologie práva.⁷⁸

Bez tohoto vědeckého základu nemůže soudce správně řešit spory, které mu předloží žalobci. Naivní pojetí vymáhání práva, které dominovalo v německé a rakouské právní vědě na počátku 20. století bylo pro Ehrlicha nepřijatelné, neboť zde ideologie přísné věrnosti liteře zákona zakrývala svobodu uvážení soudce. Byl přesvědčen, že deduktivistický obraz vymáhání práva nemá nic společného se skutečným fungováním práva.⁷⁹

Závěr

Určitě nebude přehnané tvrdit, že Eugen Ehrlich přesáhl rámeček své doby. Základy, na kterých vybudoval svou filosofii práva, odolaly společenským změnám a vytvoření mnohem komplikovanější společnosti. Na těchto základech potom další právní teoretici (např. Roscoe Pound nebo Benjamin Cardozo) vybudovali nové sociologické teorie. Ehrlichovo hlavní dílo zachytilo ducha a historicko-sociologický význam významné éry evropských dějin, která začínala Francouzskou revolucí a trvala až do vypuknutí 1. světové války. Došlo k velkým technologickým změnám, probíhala průmyslová revoluce, monarchie se hroutily a obyčejní lidé se začali dožadovat sociální spravedlnosti. Bylo třeba vytvořit nový systém právní vědy.

Ehrlich dokázal uchopit tuto pocíťovanou potřebu nového právního přístupu – jeho odpovědí bylo živé právo. Účinně zpochybil vládnoucí právní myšlení, když se postavil proti převládající představě, že státní legislativa je dokonalý systém. Posledních sto let po Ehrlichově smrti rozhodně nebylo obdobím bez existence společenského neklidu, otřesů a zásadních změn. On sám ale věřil, že z tohoto potenciálního právního chaosu lze vybudovat pořádek pouze tehdy, pokud ti, kteří se potýkají s těmito podmínkami, plně přijmou živé právo. Někdy se uvádí, že trendy posledního století v soudnictví potvrdily

⁷⁷ Čl. 1 al. 2 ZGB: „Nelze-li v zákoně nalézt žádné ustanovení, rozhodne soud podle obyčejového práva, a pokud takové není, podle pravidla, které by jako zákonodárce stanovil.“

⁷⁸ EHRlich, E. *Die juristische Logik*, s. 2.

⁷⁹ EHRlich, E. *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, s. 382.

Ehrlichovy předpoklady. Ti, kdo rozhodují, se zcela jistě nemohou izolovat od světa nebo společnosti. Zvláště viditelná je aplikace živého práva v těch zemích, kde hraje významnou roli precedenční právo.

Vědecké metody podléhají zdokonalování a výzkum v přírodních vědách daleko předčí pokrok vytvořený ve společenských vědách. Člověk a lidské vztahy jsou daleko složitější než atomy nebo elektrony, a proto nelze vymyslet žádné pevné vzorce, které by tyto vztahy popisovaly. Přírodovědec pouze pozoruje fakta, zatímco právní sociolog se zabývá fakty ve vztahu k tomu, co by mělo být. Žádné elektronické zařízení nemůže předpovědět, jaký by měl být cíl a účel práva. Mohli bychom skončit konstatováním, že Eugen Ehrlich udělal první krok, přestože mnoho dalších kroků bude teprve třeba podniknout.

Eugen Ehrlich – Founder of Legal Sociology

Petr Osina (<https://orcid.org/0000-0001-6514-1048>)

Abstract: The aim of the article is to introduce the important Austrian lawyer and Roman law teacher Eugen Ehrlich. In the introductory part, the author deals in detail with the main events of Ehrlich's life, in which he presents the most important stage of his work at the Franz Josef University in Czernowitz. The next part focuses on the analysis of the basic elements of Eugen Ehrlich's sociological conception. In *Fundamentals of the Sociology of Law*, Ehrlich identified three types or sources of law – state law, lawyers' law, and social law. This is followed by a passage devoted to the concept of living law and its role in the operation of law in society. Living law is a system of rules that governs life itself, even if it has not been established in law. Ehrlich's sociology of law did not call into question the legal validity of state law if it accepted the possibility of confronting it with living law or the law of lawyers. The next part of the article analyzes the critical remarks made by another Austrian lawyer, Hans Kelsen, on Ehrlich's theory. The last part focuses on the role of public interest in the context of law. For Ehrlich, legal norms were not inanimate constructions that existed independently of social reality. They were part of a functioning order of social communication that protects certain interests preferred by society and discriminates against those interests that society does not approve of.

Keywords: legal sociology, state law, lawyers' law, living law, legal facts, social interest