

# Přednáška č. 8-11

## Osnova přednášky:

### Právo jako systém

- a) Kritika tradiční - (právně pozitivistické) právní teorie a filozofie a hledání východisek z krize
- b) Luhmannova systémová teorie práva: základní kategorie
- c) Význam Luhmannovy teorie práva pro současné právní myšlení

# Kritika tradiční právní teorie a filosofie

V 80. letech 20. století se otevřeně konstatuje krize právní teorie a právní filosofie

- odtrženost od reality, neschopnost řešit aktuální otázky moderní postindustriální společnosti
- kritika tradičního způsobu tázání: **hledání odpovědi na to, co je podstatou práva, co je přirozeností práva, zda vlastností práva je mít povahu přirozenoprávní, nebo pozitivně právní, jak má vypadat vztah přirozeného a pozitivního práva, jak je možné překonat rozdíl mezi světem Sein a Sollen, abychom překonali nástrahy právního formalismu atd.**
- Tyto otázky se začínají jevit jako metodicky neproduktivní a vedou samotnou právní teorii a právní filosofii do izolace.

# Příčiny krize právní teorie a filosofie byly viděny :

- - v uzavřenost i tázání do metafyzických (ontologických) problémů- hledání odpovědi na to, co je podstatou práva nebo co je jeho přirozeností;
- - ve snaze o překonání formalismu – tato snaha jen prohlubuje metodickou neplodnost dualismu Sein a Sollen; práva a morálky, pozitivního a přirozeného práva, na kterém byl vybudován právní pozitivismus; tyto témata nejsou aktuální a vedou právní myšlení do slepé uličky
- právní pozitivismus selhává jako teoretické a metodické východisko právního myšlení v období globalizujících se společenských vztahů; resp. postindustriální společnosti

# **Hledání východiska: koncem 80. let až dodnes můžeme zaznamenat celou řadu reakcí a názorů jakou cestou by se měla právní teorie ubírat, aby krizi překonala.**

V této souvislosti můžeme rozlišit tři skupiny pokusů o řešení:

1. první skupina teoretiků pod vlivem postmodernitního myšlení nepovažuje za potřebné, aby se budovala právní teorie, považuje ji za metafyzický přežitek, brzdu pluralitního právního myšlení. Podle těchto představitelů právníci nepotřebují právní teorii, vystačí si z vlastní zobecněnou zkušeností, intuicí a pod.

2. skupina je méně radikální a domnívá se, že není úplně možné mluvit o právní teorii jako vědě, že její obsah je dost nejasný, že vlastně byla vždy jen jakýmsi slepencem jednotlivých částí jako je teorie norem, teorie juristické argumentace, juristická metodologie atd. a tudíž pokud máme nějakou právní teorii rozvíjet tak jen v podobě těchto dílčích teorií

3. Skupinai bychom mohli vymezit právě jako platformu, ze které vzešli dva pokusy o záchranu právně teoretického myšlení a tím je Luhmannova systémová teorie práva, kterou představil v práci "Právo společnosti" (1993) a Habermasova diskursivní teorie práva, kterou představil v práci "Fakticita a platnost" (1992)

**Především Luhmann zastává názor, že cílem právní teorie by mělo být vypracování teorie práva.**

# Argumenty, proč by se měla věnovat pozornost teorii práva?

- Luhmann a k němu si přidává i Habermas chtějí ukázat, že právní myšlení je nutné opět podrobit kritice, ale tato kritická reflexe, toto nové teoretické poznávání se může zdařit jen tehdy když :

a) se změní způsob tázání, již se nebude tázat co je podstatou práva nebo co je přirozeností práva nebo se snažit formulovat pojem právo atd., ale musí se spíše soustředit na otázku:

**Jak právo ve společnosti funguje? Jaké jsou jeho funkce?**

toto by měla být základní otázka moderního právně filosofického a teoretického myšlení

**b) Význam - smysl práva se nedá určit z abstraktních idejí;  
mluvit o smyslu práva není možné, pokud nebudeme znát jeho funkce a ty  
není možné znát bez poznání toho, jak funguje společnost jako systém;**

**Právě Habermas se domnívá, že zkoumat funkce práva je možné jen v  
kontextu kritiky společnosti, jinak je taková právní teorie a filosofie sterilní a  
nekomunikativní. To znamená, že tyto disciplíny není možné rozvíjet bez  
kontextu, návaznosti na určitou teorii společnosti.**

**(Na půdě německé sociologie a sociální filosofie můžeme dnes rozlišit dvě  
základní teorie společnosti: Luhmannovou systémovou teorii a Habermasovou  
kritickou teorii společnosti.)**

**Teorie práva by měla recipovat společensko vědní poznatky do svých výkladů práva**

**c) Závěrem můžeme tedy konstatovat, že zásadní impulsy k rozvoji moderní právní  
teorie a filosofie přicházejí z vnějšku, ze strany sociologie nebo sociální filosofie;**

# **Niklas Luhmann (1928-1998)**

**německý právní teoretik a zakladatel systémové teorie společnosti a právní sociologie**

- **Práce: Legitimizace práva prostřednictvím procedury; Sociální systémy (přeloženo do češtiny) poslední práce Právo společnosti (1993)**
- **Do češtiny je přeložena ještě jedna práce :  
Láska jako vášeň**

## Teoretická východiska Luhmannova pojetí systému:

- **Navázal na pojetí systému, které v 70.-80. letech 20. století rozvíjeli čilští biologové Maturana (1928) a Varela (1946-2001)**
- Živý organismus jako systém, který se rozvíjí autonomně, sám ze sebe a také sám ze sebe generuje „schopnosti učit se“ označili jako „autopoiesis“ - z řeckého slova sebe utváření,

## Příklad, který by nám měl pomoci porozumět Luhmannovu pojetí práva jako systému:

- *"Jeden starý beduín zemřel a jeho pozůstalostí se stalo 11 velbloudů. Beduín měl tři syny. Podle dědictvého práva synové měli nárok na toto dědictví v tomto poměru: Nejstarší na polovinu, druhý na čtvrtinu, a třetí nejmladší na šestinu. Ale velbloudů bylo jen 11, pokud by si první vzal šest dostal by z tohoto množství více než polovinu. Synové navštívili tedy soudce, který vyřešil spor následujícím způsobem. Jednoduše jim jednoho velblouda půjčil a tím jim umožnil dostát dědictvím nárokům; nejstarší syn dostal šest velbloudů, druhý pak tři a třetí dva dohromady to bylo 11 velbloudů a toho půjčeného 12 tudíž mohli klidně vrátit zpátky."*

**Na tomto příkladu můžeme demonstrovat následující souvislosti, které nám mají pomoci pochopit základní tezi, že „právo je autopoietickým (sebereferenčním, uzavřeným) systémem“**

# Jak chápe Luhmann systém?

- **Nejlépe to pochopíme na tom, když si vymežíme, co Luhmann nepovažuje za systém:**
- **Podle něj systém není**
- **a) jednota částí a celku**
- **b) není to ani kybernetický systém, který je vystavěn na „in put“- „out put“- tzn. nějakého „mechanického“ zpracování informace zavedené do určitého operačního systému...**
- **c) není to ani systém nějakých vět, pojmů tak, jak to je např. u jazyka**

**A) Luhmannův systém představuje uzavřenou jednotu reálně fungujících elementů a operací; existují "zda mi chceme nebo ne", tzn. sami se utvářejí a produkují (sebereprodukuje) a to tím, že se vymezují vůči svému okolí;**

**a) z uvedeného příkladu plyne, že pokud máme rodiče stáváme se dědici jejich majetku - tyto vztahy reálně existují a mají vlastní schopnost produkce a reprodukce operací, které jim odpovídají- tzn. dědění na základě závěti, ze zákona atd...**

**b) „zda chceme nebo ne“ - tzn., že struktury, ale i operace systému jsou generovány sami ze sebe, a my jsem součástí těchto funkcí ;**

**c) o tom, že takové vztahy a operace reálně existují zjišťujeme tím, že je pozorujeme; zjišťujeme tak, že systémy mají hranice, které je oddělují od ostatních systémů;**

**(Příklad kružnice na bílé ploše, když namalujeme kružnici na plochu, tak tím zároveň vymezujeme vnější - diferencí vůči okolí a také vnitřní- indikaci )**

# System a prostředí

**System a jeho prostředí, to je základní diferenciacce, ze které systémová teorie vychází**

- tzn., že takový systém se neodmyslitelně vztahuje k něčemu co je „za ním“ - prostředí, (když pozorujeme právo, tak jeho prostředí tvoří ne-právní sociální svět, pokud by takový svět neexistoval, nemohli bychom mluvit o právu;

*(jde zde o analogickou představu- živý organizmus a jeho životní prostředí, které umožňuje jeho fungování);*

# Jak si máme tento vztah představit?

- Prostředí není kategorie, která označuje nějaký zbytek...
- Tato diferenciací je projevem vysoké komplexity společnosti světa ;  
**Komplexita znamená mnohost, to, že je vždy více možností, než je realizováno.**  
Tvorba systému je selekce a výběr z možností, tzn. redukce komplexity, to umožňuje lidem určitou jistotu v jejích vztazích .

Společnost se stává diferencovanější tím, že se jednotlivé oblasti sociálního života postupně vydělují ze svého prostředí. Různé subsystémy společnosti (právo, hospodářství, politika) se osamostatňují a stále více specializují (právo soukromé, veřejné, trestní, procesní).

**B) to, co utváří systém jako systém nejsou jeho částí (struktura) ale operace, díky kterým plní určité funkce; jedná se o operativní systém, který se sám ze sebe reprodukuje;**

Luhmann v této souvislosti rozlišuje systémy

a) utvořené člověkem alloprietické např. stroj, robot a b) systémy, které se utvářejí samy ze sebe autoprietické;

K autoprietickým řadí

- organismy, které fungují v médiu života
- systémy, které fungují v médiu vědomí, psychiky- jako je jazyk , teorie- systém idejí apod.
- společnost, která funguje v médiu komunikace tzn. utváření smyslu;  
společnost utváří řada subsystémů, mezi které patří i právo
- *Autoprietické systémy jsou systémy, kterých struktury a také elementy, ze který se skládají jsou utvářeny samy ze sebe, operacemi, které nejsou ovlivňovány vnějškem*

**C) Dostáváme se ke třetí charakteristice, která souvisí s fungováním komunikace;**

**Komunikace systému probíhá na základě principu – potvrzování "toho, co přináleží ke mně";**

- **funkci každého systému je sebeidentifikace, potvrdit sebe sama ve svých funkcích;**
- **informace, které z prostředí přicházejí systém buď zpracuje a tím, potvrdí sám sebe nebo jejich zpracování odmítne;**
- **systém má seberefrenční povahu; vztahuje se sám k sobě, potvrdí to, co patří k systému a vyloučí to, co k němu nepatří;**
- ***(pokud by se nejednalo o problém dědického práva jen o nějaký rodinný spor, tak by tento problém systém neřešil a jednoduše by jej odmítl řešit, ale proto, že jde o právní problém, tak je řešen v systému samotném a sám systém spouští operace k jeho vyřešení;)***

D) o systému, resp. o jeho funkcích se dovídáme tak, že jej pozorujeme jako systém operací, které zabezpečují jeho jednotu;

- tzn. jsou rozpoznatelné a uchopitelné určité operace a pravidla, která jsou nezbytná k tomu, aby systém fungoval;
- *např. pokud se chci domoci svých práv u soudu, tak je nutné, aby jsem vykonal určité operace podal žalobu atd., a tato operace "spustí" systém dalších operací - soudce začne tuto žalobu projednávat, budou předvolání svědci atd., zdůvodní se trestný čin, vynese se rozsudek atd...*
- Díky těmto operacím právo jako systém funguje a reprodukuje se

# Autopoietický systém se tedy vyznačuje :

- **Sebeprodukci** veškerých systémových komponentů ( - perpetum mobile)
- **Sebeudržování** prostřednictvím hypercyklického zřetězení sebeprodukujících oběhů; a to tak že, ty se vzájemně propojují a vytvářejí jeden velký oběh  
( viz znázornění nervové soustavy těla nebo komunikačních kanálů ve světě, utvářejí síť vztahů a kanálů)
- **Sebepozorování** a vlastní popis, který generuje sebeprodukce ; tzn. tento proces je doprovázen také rozvojem poznání – resp. učením

# Systemové pojetí práva znamená:

- **subsystémy jako je i právo slouží ke stabilizaci společnosti (vznikli proto, protože vývoj společenských vztahů si to vyžadoval)**

**To znamená: právo nebylo nikým a ničím vytvořeno, ale je produktem evoluce společenských vztahů, kdy se projevilo takové násilí, takové konflikty, které parazitovaly na neschopnosti jednotlivých systémů bránit se jim- z důvodu stabilizace společnosti jako systému vzniklo právo, resp. právo se vydiferencovalo jako svébytný subsystém;**

Příklad, díky kterému bychom tomu měli lépe porozumět:  
jedná se o příklad, který uvádí právní antropolog Hoebel

Hoebel uvádí, že Eskymáci znají manželství, ale chybějí u nich jasné ukazatele, „podle nichž by bylo možné, určit počátek a konec manželského vztahu“.  
Výsledkem je, že to, v čem jeden muž spatřuje čestné soupeření o přízeň ženy, druhý může hodnotit jako cizoložný vpád do svého domu;  
Podle Hoebela neexistují u Eskymáků žádná kulturní zařízení, která by označovala manželství tak, aby odradila jeho narušitelé“. V důsledku toho je eskymácká společnost sužována nadměrným množstvím hádek, vznikajících z pohlavní žárlivosti, přičemž tyto hádky vedou k vysokému počtu zabití. Nápravu zde jistě nemůže zjednat modlitba, nýbrž jasná právní úprava, která definuje manželství a stanoví jeho viditelné hranice .

Eskymákům prostě chybí sociální mechanismus, nutný ke splnění tohoto úkolů; lze říci, že z toho plynoucí neexistence potřebného práva vážným způsobem snižuje kvalitu jejich života.

***Funkci práva je sebe potvrzení sebe -identifikace jako práva: "Právo je právo"***

**Právo nepotřebuje ke své existenci žádný jiný systém, ekonomii, morálku nebo politiku on jen tyto systémy pozoruje a pokud nazná, že nastaly v pozorovaných systémech zásadní změny, tak přistoupí také ke své změně;**

***Právo je normativně uzavřený systém, který se sám reprodukuje z vlastních složek;***

***tvorba norem je procesem právního systému, tzn.***

***normy jsou produkovány jen na základě „požadavků“ tohoto systému***

## **Právo funguje v médiu komunikace, která utváří síťové vztahy- (Luhmann nechápe právo jako hierarchický uspořádaný systém)**

- - **právní komunikace zde probíhá na základě binárního kódu  
právo- neprávo**

***Jak si máme toto kódování představit?***

***Jeden ze stoupců této teorie uvádí příklad s orientací nevidomého  
prostřednictvím hole. Hůl mu zaručuje určitou stabilitu, jistotu- na  
základě kódu stabilní/nestabilní, tak konstruuje operativně uzavřený  
orientační systém vjemů a představ; tento systém si vytvořil na  
základě „ohmataní“ toho, co činí okolí jeho světa)***

**Tento příklad ukazuje, že kód nám umožňuje redukovat komplexitu  
světa- nemůžeme uchopit všechny možnosti světa a tak je nutná  
jejich redukce abychom získali určitou jistotu – kódy nám umožňují  
přístup k okolí;**

# Právní komunikace se vztahuje na konfliktní případy

Tyto případy jsou s ohledem na obecné normy rozhodnuty kódovány způsobem: kdo má a kdo nemá právo;

- v takových případech jsou očekávání jednoho potvrzeny a očekávání druhého nenaplněny;
- právní rozhodnutí jako akt komunikace tak činí normu zřetelnou, je objeven její smysl nebo se stává jasnější;
- *(Právní jazyk zde neslouží k porozumění práva ale jen k označení toho, co je právo;)*

# Právní komunikace předpokládá:

- podobnou formu rozhodovací procedury, tzn. forma této procedury musí být opakovaně použitelná a musí zůstat indiferentná
- viz soudcovo řešení dědictví, tato forma rozhodovací procedury musí zůstat stejná i v podobných případech, v opačném případě vede ke tvorbě nových pravidel
- (viz řešení dědictví, kdy soudce přistoupil k použití nového pravidla; jde o to, aby se podmínky právního rozhodování nestaly předmětem rozhodování)

# Správnost právu zaručují jeho operace:

Právo se tedy vztahuje samo na sebe; právní vztahy jsou zde potenci k dalším právním vztahům; Otázka legitimacy práva zde nehraje žádnou roli, prostě právo je právo a tudíž není nutné prozkoumávat jeho správnost/platnost

**- co je právo je rozhodnuto právním systémem**

*(Příklad velbloudů ukazuje, že na řešení svých problémů si stačí právo samo, samo ze sebe ze svých paradoxů vytváří mechanismy řešení problémů - neodkazuje se na morálku, na politiku apod.)*

Tento fatalismus pochází z tautologie systému teoretické argumentace, resp. ze struktury práva, která se projevuje prostřednictvím paradoxů;

- **Systém podle Luhmanna funguje jen tehdy pokud je založen na paradoxech;**

# Luhmann svým pojetím zpochybnil řadu tradičních názorů

- **Především:**
- **a) systémové pojetí práva nehledá nějaký zdroj (centrum) práva a vede ke zpochybnění vůle zákonodárce jako zdroje práva; destruuje hierarchickou strukturu práva a vede k představě „síťových vztahů“ mezi jednotlivými prvky, centry atd.**
- **b) vůle – právní autorita je přirozeným prvkem, který patří do právního systému, sám systém si tento prvek vytvořil, nikoli naopak, že by právní autorita byla původcem právního systému**

# Normativita podle Luhmanna

- c) **normativita není výsledkem lidské vůle, ale je které jsou utvářeny v komunikaci. Lidé se prostě vždy podřizují nějakým pravidlům a to je fakt, který není třeba dokazovat; je nutné se spíše tázat, jak funguje ve společnosti normativita**
  
- d) **Luhmann nás velmi správně upozorňuje, že právo nemá účelný charakter, ten mají jen zákony, nebo právní normy**
  
- e) **Smyslem právní normativity je zde to, že funguje jako očekávání, tzn. právo selektuje ty očekávání, která vedou k nápravě zklamání;**

# Spravedlnost podle Luhmanna

f) Luhmann vychází z názoru, že sociální systém, který musí garantovat rozhodování ve všech možných problémech nemůže zároveň dosahovat správnosti. Materiální spravedlnost a pravda jsou nestabilní hodnotové představy, které nemohou zatěžovat rozhodování. Soudcovské rozhodování nezískává legitimitu díky uskutečnění zákona, ale na základě procesu skutečného dění, které probíhá podle právních pravidel.

Luhmann se domnívá, že procedury nevedou k nalézání objektivní pravdy, protože žádná taková není, ale procedury prostřednictvím rozhodování utvářejí vlastní formální pravdy. Ty jsou pak účastníky přijímány nebo odmítány jako skutečnosti, které orientují naše budoucí jednání

# Procedura jako náhrada materiální spravedlnosti

**Stručně: akceptace procedury je dnes enormní; má se za to, že procedury jsou garantem nestrannosti, nezaujatosti, objektivnosti, snahy po nalézaní spravedlnosti. Protože to, co je materiálně stanoveno jako správné, se nedá objektivně určit, vyžaduje si to stanovení kritérií rozhodování, která jsou vždy vágní a zpochybnitelná.**

# Slabiny systémové teorie práva

**1. určitý typ formalismu, který je jiný než formalismus právního pozitivismu "právo žije jen samo pro sebe".**

- **Luhmannovy je vyčítáno**

**a) že není schopen určit smysl právní normativity, nezajímá jej otázka závaznosti, přesněji toho, zda je daná závaznost správná,**

**Podle Luhmanna není třeba zdůvodňovat význam právních norem jsou to všechno jen fikce; jinými slovy, Luhmannovy se vyčítá, že odtrhl- izoloval právo od ostatních sociálních systémů,**

# Další slabiny systémové teorie práva

**2. Právo je uzavřený systém a je jen souborem operací, které potvrzují právo jako právo, takto probíhá i komunikace;  
jinými slovy, z tohoto systému Luhmannovy "vypadává" člověk jako subjekt komunikace, uživatel jazyka, který vždy již nějak světu rozumí;**

**Právo je zde představeno jako mechanický svět a právníci jako ti, kteří se naučili právní kódování; tzn. vytvořit zákon, sepsat smlouvu, podat žalobu, vynést rozsudek**

**Ale tak to není- právníci přece mluví běžným jazykem a jejich právní jazyk vznikl transformací tohoto běžného jazyka;**

**Právě používání právního jazyka ukazuje, že právo není uzavřeným, ale jen autonomním systémem**

# Význam systémové teorie práva

- - lepší porozumění současných globalizačních a integračních procesů
- Vazby a vztahy mezi aktéry jednání nejsou utvářeny kauzálně, ale jako jednotlivé „komponenty“ jsou nezávislé a komplementárně se doplňují s cílem zachovat funkčnost systému;
- Utváření síťových vazeb, které mají větší dynamiku a utvářejí nové komunikační toky- probíhají v nadnárodním prostoru a překračují geografické hranice
- Vzniká složitá infrastruktura, kterou není možné kontrolovat z jednoho centra