

Legitimita práva, intimita a „infikce“

JIŘÍ PŘIBÁŇ*

Právnická fakulta UK, Praha

The Legitimacy of Law, Intimacy and 'Infiction'

Abstract: The author seeks to analyse the concept of legitimacy against the background of contemporary sociological and legal philosophical thought – especially that of Habermas, Luhmann, Derrida and Lyotard. He critically analyses Habermas's legitimation theory and Luhmann's concept of *Legitimation durch Verfahren* and attempts to develop a different concept of legitimacy with the support of Derrida's deconstructive approach to justice and with a critical evaluation of Rorty's and Lyotard's pragmatic understanding of politics. The author's reading of these philosophers and social or political thinkers brings him to the conclusion that the legitimacy of law in contemporary societies must come from the outer space of difference between the legal system and its environment. Legitimacy thus remains a kind of narrative with its own heteromorphic rules, not determined by any concept of universal morality, and is an 'infiction' of legal systems with ethical problems and various concepts of justice.

Sociologický časopis, 1997, Vol. 33 (No. 2: 145-156)

I. Úvod

Vztah mezi legalitou a legitimitou byl v první polovině tohoto století jedním z určujících témat právní sociologie a filozofie. Tak například v typologii legitimního panství Maxe Webera se objevuje panství legální, založené na racionální a byrokratické proceduře. Stejně tak přitahuje vztah legality a legitimacy Carla Schmitta a legitimitě jako svěbytnému, byť v rámci čisté právní vědy marginálnímu tématu se věnoval Hans Kelsen. Carl Schmitt, zjednodušeně řečeno, redukuje podmínky legitimacy na legální výkon moci a v obecné a ryze formalisticky definované legalitě spatřuje ospravedlnění státu [Schmitt 1988: 8, 14ff]. Hans Kelsen a spolu s ním naprostá převaha stoupců právního pozitivismu a analytické jurisprudence legitimitu právní normy ve formálním smyslu definují jako skutečnost, že je vydána příslušným orgánem, a obsahově ji ztotožňují s *efektivitou* právní normy uvnitř systému pozitivního práva a společnosti samotné [Kelsen 1960: 212ff]. Z tohoto rámce ve své podstatě nevybočuje ani nedávný pokus Josepha Raze skloubit formálně legalistický přístup s určujícími politickými a morálními principy liberálně demokratické společnosti [Raz 1979]. Analytická jurisprudence jako by i nadále přes Hartovy nebo Razovy pokusy zůstávala „okouzlena“ faktem pozitivivity práva i politického systému a prvotní impuls Benthamův či Austinův jako by zůstával nepřekonatelným paradigmatickým omezením.

V sociologické teorii Maxe Webera je oproti Schmittově nebo Kelsenově právní filosofii respektováno ono neredukovatelné napětí mezi konsensem a řádem společně sdílených hodnot a morálních principů na straně jedné a obecným zákonodárstvím, resp.

*) Veškerou korespondenci posílejte na adresu: Doc. JUDr. Jiří Přibáň, katedra teorie práva a právních učení, Právnická fakulta UK, nám Curieových 7, 116 40 Praha I.

legálními procedurami moderního státu na straně druhé. Otázka legitimacy politického panství je podle Webera vždy otázkou *zevšednění charismatu* a v tomto procesu sehrává právo (a to nejen právo ve formě moderního systému obecného zákonodárství) klíčovou úlohu. Právo totiž umožňuje racionálně *kalkulovat* s původně iracionálními elementy každého politického panství a umožňuje ustavit v rámci politické organizace nezbytné vztahy sociální solidarity. V tom spočívá podle Webera jeho legitimizační funkce [Weber 1925: 142, 642ff]. Pro moderní legální politické panství je podle Webera potom stejně důležitá jeho neosobní struktura, založená v legálních procedurách a obecných právních předpisech, i obecná víra ve správnost obsahu těchto právních pravidel. Občanské přesvědčení a shoda založená ze širšího sociálního kontextu jsou podmínkou legitimacy panství stejně jako jeho legalita. Weber udržuje napětí mezi systémem a vírou či přesvědčením; je mu jasná nedostatečnost konsensuálně a hodnotově založené legitimacy. Zrovna tak ovšem neztotožňuje legitimitu pouze se silou byrokratické správy a neosobních anonymních norem moderního práva. Tento přístup Maxe Webera podstatně odlišuje od všech představitelů analytické jurisprudence a legalistické právní sociologie a filozofie.

II. Komunikativní rozum a intimita

Nedávné polemiky o podmínkách legitimacy práva a politického panství do značné míry ovlivnil dnes již téměř tři desetiletí starý spor mezi koncepcí legitimacy v díle Jürgena Habermase a teorií autopoietických systémů Niklase Luhmanna. V roce 1973 vyšla Habermasova kniha *Legitimationsprobleme im Spätkapitalismus*, která je kritickou odpovědí na Luhmannovu studii z roku 1969 *Legitimation durch Verfahren*. Habermas radikálně odmítá Luhmannovo systémové, ryze procedurální založení legitimacy i Schmittův legalistický decisionismus a vychází ve své knize z předpokladu, že systémové nároky státní organizace, vyjádřené právem, vedou v pozdně kapitalistické společnosti k nedostatku legitimacy politického panství a jeho následné krizi. Systém může do určité míry produkovat konformitu různými odškodněními, ale v jistém okamžiku nároky na tato odškodnění přesáhnou možnosti samotného systému [Habermas 1977: 104ff].

Hodnoty, normy a očekávání vznikající v diskursivním prostředí a sociální komunikaci mají podle Habermase bezprostřední vazbu k pravdě. Podle Habermase také existuje univerzální diskursivní etika, předurčená univerzální platností argumentace a racionálního rozhovoru, jež musí být vkomponována do politických a právních systémů, mají-li uspokojit požadavky na legitimitu. Víra v legitimitu je tedy podle Habermase vždy předurčena vírou v pravdivost existujícího řádu a systému [Ibid.: 131, 134ff].

Habermas přitom neztotožňuje automaticky podmínky legitimacy s morálními důvody, když ve své knize *Faktizität und Geltung* z roku 1992 říká: „...Platné morální normy jsou ‚správné‘ v diskursivně teoreticky objasněném smyslu spravedlivého. Platné právní normy sice jsou v souladu s morálními normami; legitimní jsou ale v tom smyslu, že nadto ještě vyjadřují autentickou samozřejmost právního společenství, férové zohlednění v něm rozložených hodnot a zájmů, stejně jako účelově racionální volbu strategií a prostředků...“ [Habermas 1992: 193-194]. Hodnoty, zájmy a nakonec i účelově racionální volba strategií a prostředků však vyplývají ze širšího rámce komunikativní racionality, která si nárokuje univerzální platnost (byť nikoli v kantovském transcendentálním smyslu) a z níž jsou všechny instituce, politická moc i samotný systém konstituovány [Ibid.: 230ff]. Výrazy jako dohoda, kompromis, konsens apod. tak mají své pevné založení v univerzálně platné argumentaci, jejích strukturách a vztahu k pravdě. V komunikativní

racionalitě, jež je prvním fundamentem veřejného světa politiky a nezbytnou podmínkou legitimacy a fungování politického panství a práva, musí být založeny všechny diskursy (např. pragmatické, eticko-politické, morální, juristické), které ve společnosti probíhají. Habermas, třebaže neztotožňuje podmínky legitimacy s morálními důvody, přitom říká, že právní rozhodovací procedury musejí být institucionalizovány tak, aby byly přístupné morálním diskursům. Nejdůležitější takovou procedurou je podle něho procedura demokratického zákonodárství [Ibid.: 565, 569ff]. Legální panství je potom legitimní v té míře, v jaké je otevřeno univerzálně platným pravidlům komunikativního rozumu a z něho odvozené diskursivní etiky.

Jürgen Habermas sám sebe někdy označuje za posledního filozofa osvícenské tradice a jeho pojem komunikativní racionality se zdá být opravdu posledním v řadě pokusů vybudovat západní společnosti na racionálně humanistických základech [Habermas 1993: 152]. Hledání univerzálních základů a hodnotových i normativních podmínek fungování politického systému a práva a jejich nalezení ve strukturách komunikativního rozumu a diskursivní etiky se zdá být opravdu posledním z „Velkých vyprávění“ celého moderního věku. Habermasovo vyprávění předpokládá všeobecnou vůli občanů podílet se na komunikaci, která je již bytostně politické povahy a z níž jsou konstruovány instituce politického systému. Jedinec do této komunikace vstupuje, ale musí se podřídit univerzálně platným pravidlům argumentace. Osvícenský paradox jedince, jemuž je přiznáno právo a svoboda za podmínky, že se stane subjektem a podřídí se jistým pravidlům, tak zůstává u Habermase zachováno ve své původní struktuře. Ani odklon od kantovského transcendentálního nemůže tuto skutečnost překonat.

Habermas se snaží anonymitu systému, právních procedur a neosobního odcizujícího konformismu podvázat a spoutat univerzální komunikativní racionalitou, postupující rozmanitými sociálními diskursy a zakládající svět politiky. Habermas chápe lidské bytí jako podřízení se Pravdě, nikoli jako možnost „žít v pravdě“. Tento původně Kafkův obrat přitom neznamená život v jediné Pravdě, jejíž význam by byl objektivně platný a prvořadý. Znamená „pouze“ možnost jedince stanovit si hranice vlastního života, stát se autonomní bytostí s individuálními zájmy a životními cíli v prostředí, které je svou podstatou heteromorfní. Život v pravdě tak předpokládá možnost žít v sociálním prostředí mnoha pravd, společně s nimi a vedle nich, tedy cosi, co vylučuje život v totalitních režimech, ale co ve svých politických důsledcích vylučují také apriorní struktury komunikativního rozumu a diskursivní etiky, z nichž se tvoří politická vůle. Žít v pravdě je možnost vyhnout se zlu, o němž Kundera píše: „...za komunismem, fašismem, všemi okupacemi a invazemi se skrývá základnější a obecnější zlo; obrazem toho zla se pro ni stal pochodující průvod lidí, kteří vztyčují ruce a křičí unisono stejné slabiky...“ [Kundera 1984: 100].

Je to zlo, které odpírá člověku jeho soukromí, které ho neustále měří a poměřuje, které ho vystavuje světlou a soudu okolního světa, které mu upírá možnost *intimity*. Intimita je systematicky potlačována všemi totalitními režimy. Stejně tak ovšem intimitu individuálního života nerozlišuje komunikativní rozum. V oblasti intimity se totiž *ruší protiklad soukromé/veřejné*, protože se zde předpokládá autonomie jednotlivce, jež není založena na podřízení se určité univerzální hře, průběžně kontrolované předem definovaným a podle toho také vybraným publikem. Intimita je oblast lidského života, která nepočítá předem s žádným publikem. Naproti tomu Habermas se ve svém díle snaží především vytvořit určitý typ svrchovaného publika.

III. Autopoiesis a legitimita práva

Možnost intimity a jedinečnosti lidského bytí sice ruší moderní dualitu mezi soukromým a veřejným, ale zároveň vyvolává přirozenou otázku či obavu, zda se náhodou veškerá sféra *sociální* včetně politického a právního systému a institucí nestává na jedincově jednání zcela nezávislá [Willke 1991: 109ff.]. Musíme se ptát, zda právní a politický systém nejsou determinovány pouze svými vnitřními zákonitostmi, zda se jejich hlavním kritériem nestala *funkčnost* a tudíž již jejich pouhá faktická existence bez dalších normativních a hodnotových předpokladů. Musíme se tedy ptát, zda legitimita práva a politiky nevyplývá již z toho, že se jedná o pozitivní sociální systémy, jak tvrdí například Niklas Luhmann a spolu s ním ostatní stoupenci teorie *autopoietických systémů* – teorie značně ovládající systémové paradigma současné sociologie a sociální teorie.

Tato teorie právo pojímá jako jeden z autopoietických systémů moderní komplexní společnosti, jenž se během historického vývoje vydiferecoval ze systémů politiky, morálky a hospodářství. Luhmannova teorie autopoietického práva a *legitimity procedurou* [Luhmann 1982: 113-121], jak přiznává i jeho velký oponent J. Habermas, může mít silný kritický náboj spočívající v předpokladu nezávislosti práva na konkrétních podmínkách politického systému, dobové morálce nebo ekonomických zájmech. Luhmann říká, že autopoietické právo vzniká v okamžiku, kdy ve společnosti samozřejmě fungují principy dělby moci a jejího omezení, právo je systematicky uspořádáno na principech obecného zákonodárství a o tom, co právem je a co jím není, se rozhoduje výhradně v komplexním systému pozitivního práva. Právo takové moderní společnosti se z hlediska temporality orientuje výhradně na budoucnost, aby mohlo redukovat rostoucí komplexitu této společnosti a působit jako jeden z rozhodovacích mechanismů.

Autopoietický systém práva je normativně uzavřený, otevřený je pouze kognitivně. To znamená, že může přijímat ze svého okolí informace, ale způsob, jak s nimi naloží, je dán výhradně jeho vnitřními normativními strukturami. Uzavřenost systému autopoietického práva je uzavřeností *komunikační* [Luhmann 1986: 194ff]. Základní diference, které ohraničují právo ve společnosti a umožňují jeho uzavřenost, jsou diference *právní-protiprávní*, tematizující selekci a diferenciaci uvnitř právního systému, a diference *právní-neprávní*, tematizující vztah právního systému a sociálního okolí. Okolí přitom nezahrnuje jen ostatní systémy společnosti, ale i všechny potenciální oblasti rozvoje samotného systému práva. Diference právní-protiprávní tematizuje právní přípustnost sociálního chování, zatímco diference právní-neprávní tematizuje samotné hranice právní regulace ve společnosti. Na základě těchto diferencí je možné, aby právo mohlo v moderní společnosti fungovat jako *struktura očekávání*, která je sama *kontingentní* [Luhmann 1983: 208ff]. Kontingentnost je jedna ze základních vlastností autopoietického právního systému i celé komplexní moderní společnosti. Také proto hovoří Luhmann o tom, že ve vztahu systém-okolí je nejdůležitější právě ona diference a neurčitost, která musí být teprve systémem popsána a tematizována a jež vždy zůstává jako otevřená možnost sociálního vývoje.

Ve vztahu k legitimitě práva je zajímavé hodnocení přirozenoprávní teorie, kterou Luhmann zcela shodně s Weberem chápe jen jako jistou ideologii, jež měla dobový význam pro utváření moderního systému pozitivního práva, když umožnila omezit moc panovníka odvoláním se na zákonitosti přírody [Luhmann 1981: 119-121]. Podle Luhmanna je tedy v moderních společnostech nutné hledat zdroje legitimacy práva výhradně v systému pozitivního práva, ale přitom uznává, že v soudobé sociologii neexistuje

tuje na otázku legitimacy pozitivního práva zcela přesvědčivá odpověď [Ibid.: 132]. Legitimita práva není podle Luhmanna dána ani jeho vazbou vůči pravdě, protože moderní komplexní společnosti údajně nevyžadují právo pravdivé, nýbrž takové právo, podle kterého je možné orientovat sociální chování a rozhodování [Luhmann 1969: 24ff]. Tím se Luhmann velmi podstatně odlišuje od Habermase. Podle Luhmanna nemohou lidé vzhledem k rostoucí komplexnosti a složitosti sociálního světa i práva zaujímat stanoviska ke konkrétním právním případům, nemohou se odvolávat na transcendentálně založené principy a hodnoty, mohou však přijmout určité právní procedury, prostřednictvím kterých se právní případy a konflikty formulují a řeší. Tyto právní procedury ztělesňují moderní politické ideály a principy právního státu, ale jejich přijetí vyplývá čistě z jejich operativní schopnosti.

Luhmann odmítá kromě konsensu založeného komunikativní racionalitou i Weberův pojem přesvědčení nebo víry (*Glaube*) jako podmínku legitimacy legálního panství a omezuje legitimitu na otázku jistých procedur, které jsou vlastní autopoietickému právu. Legalita se stává kritériem legitimacy a je v této vazbě dominujícím prvkem. Přestože Luhmann chápe proceduru mnohem širěji ze sociálně systémového hlediska a hlavním kritériem je u něho sociální funkčnost jednotlivých právních procedur, jeho koncept legitimacy se blíží místy Schmittovým představám o legitimitě legalitou. Jeho definice legitimacy zní: „...legitimita (...) je obecná připravenost přijmout v rámci určitých hranic tolerance obsahově ještě neurčená rozhodnutí...“ [Ibid.: 28]. Závisí na procesech učení a předpokladu akceptace právního rozhodnutí těmi, jichž se týká. Nespočívá na nějakém „svobodném“ uznání, na osobně odůvodněném přesvědčení, nýbrž na vnějším sociálním prostředí, které uznání závazných rozhodnutí institucionalizuje jako samozřejmost a hledí na ně ne jako na důsledky osobního rozhodnutí, ale jako na důsledky platnosti úředního rozhodnutí. Luhmann odmítá psychologismus v otázce legitimacy práva. Legitimita vychází z fungování samotného systému, který legitimituje sám sebe jistými procedurami, přičemž podle Luhmanna je rozhodující okolnost, zda systém umožňuje procesy učení, tj. zda umožňuje občanům jako prvkům systému kognitivně uchopit normativní očekávání obsažená v autopoietickém systému práva. V případě autopoietické teorie bychom mohli vlastně hovořit o jakési *autolegitimizaci práva*.

Luhmannovo pojetí legitimacy procedurou provokuje a vyvolává často velmi ostrý nesouhlas.¹ Jeho teorie znamená nejen soumrak přirozených práv, ale vůbec celé tradice právního humanismu, založené na představě člověka, který ve společenství s ostatními jedinci a na základě jisté univerzální pragmatiky stanoví sám sobě pravidla chování, určená ideály svobody a rovnosti. Vedle subjektového pojetí legitimacy však Luhmann zrovna tak boří představy analytické jurisprudence o právo jako produktu suverénní moci a státního donucení, protože je považuje za vnější elementy, které bezprostředně nemohou ovlivnit procedury autopoietického práva.

Z našeho hlediska je důležité, že Luhmann moderní společnost chápe zároveň jako společnost komplexní a kontingentní, ve které mezi jednotlivými systémy neexistují hierarchické, ale právě kontingentní vazby. Takovou společnost tedy nelze spoutat jediným ideologickým rámcem nebo ji ovládat a určovat její vývoj z jediného centra politické moci. Legitimita procedurou potvrzuje nezávislost práva na politice. Luhmann také zcela zřetelně chápe klíčovou roli *diference* mezi systémem a okolím. Problém však spočívá

¹) Ke kritice autopoietických systémů srv. např. [Cotterrell 1995: 107ff].

v tom, že téma legitimacy práva, ale i téma spravedlnosti Luhmann redukuje na oblast systému pozitivního práva. Jakákoli komplexní změna v moderní společnosti, např. revoluce však ukazuje, že téma legitimacy práva a spravedlnosti nemusí být záležitostí procedurální, ale naopak může v těchto okamžicích a historických situacích znamenat rozbití jistých procedur a vnější útok na systém. Luhmannův koncept legitimacy procedurou se zaměřuje pouze na to, co se děje uvnitř systému – nezajímá ji to, co je odlišné-*différend*. Proti tomu je každá komplexní změna a revoluce právě o tom, co je odlišné-*différend* [Lyotard 1988].

Právní procedury jsou důležitým předpokladem legitimního práva i politického panství v moderním právním státě, ale nejsou jediným zdrojem legitimacy. Otázka zní, zda dokonce legitimita práva není primárně podmíněna *vnějším* kritickým pohledem na právo a spravedlnost, který se strukturuje právě v oné oblasti diference a přirozeného napětí mezi systémem a doposud netematizovaným okolím. Jinými slovy, v následující části se budeme zabývat otázkou, zda formální legalita a obecné právní procedury v právním státě generují samy sobě všechny podmínky legitimacy nebo zda některé podmínky vycházejí také z okolí systému, které vůči systému pozitivního práva zůstává jako jiné a odlišné.

IV. Legitimita, fikce a paralogie

Hodnota vlastností systému pozitivního práva, jako jsou předvídatelnost, jistota, opakovatelnost nebo pravidlo „stejně případy posuzovat stejně“, vyplývá z ideje obecného zákonodárství. Vytvořit řád pravidel a norem, jejichž platnost je všeobecně závazná, znamená nepochybně velký průlom a zároveň posun v naplňování ideje spravedlnosti. Ústava a vůbec moderní právní stát konstruovaný jako řád obecně závazných pravidel, přináší také značnou individuální svobodu – svobodu založenou na vědomí hranic vlastního jednání i hranic působení samotné státní moci. V tomto smyslu je legitimní opravdu vše, co se odehrává v souladu s působením obecného legálního pravidla. Univerzalita zákona, spoutání politické autority právem a princip legality přispěly k překonání tradičních omezení lidské svobody [Unger 1976: 56-57, 166-220].

Právní stát ovšem nezná heteromorfní etický svět odvozený z konkrétního bytí člověka pro druhého, z péče o něho, z odpovědnosti za něho. Právní stát, ať zdůvodňovaný formálně legalistickými argumenty nebo přirozenoprávními argumenty a principy univerzální abstraktní etiky, omezuje ideu spravedlnosti na obecný racionálně kalkulovatelný princip [Levinas 1985a, 1985b]. V tomto smyslu se Habermasova diskursivní etika nikerak neliší od Luhmannovy systémové racionality právních procedur. Princip všeobecné platnosti pravidel, na němž je založen i princip legality, je v moderní době absolutně nezbytnou podmínkou legitimacy práva a politického panství v právním státě. Cenou, kterou za tuto podmínku platíme, je ovšem abstraktní definice podmínek a hranic lidství a podřízení života a svobody jedince abstraktnímu režimu pravidel a představ o těchto pravidlech. Moderní právní stát stojí a padá mimo jiné s principem formální rovnosti před zákonem, který vychází z požadavku spravedlnosti – požadavku rovného zacházení. Omezení se na tento princip však s sebou vždy nese hrozbu, že se člověk dostane do situace „před zákonem“, kdy nebude schopen přiřadit žádný význam obecným pravidlům a požadavkům, kdy se ocitne v absurdní a nepochopitelné situaci, jež vede k rezignovanému podřízení se nesrozumitelnému násilí. Usiluje-li právní stát o legitimitu, musí se potom stát *srozumitelným*. Musí vedle formálních legálních procedur také otevřít prostor jedinečnosti bytí každého jednotlivce, musí vystavit abstraktní obecná pravidla kritice

vycházející z okamžité situace, konkrétních podmínek a heteromorfních požadavků spravedlnosti.

Legitimita práva má velmi blízko k ideji spravedlnosti. Přesto bychom neměli legitimitu práva ztotožňovat s kritériem spravedlnosti. Podle Derridy je diference mezi právem a spravedlností určena tím, že právo je kalkulovatelné a naproti tomu spravedlnost náleží do oblasti nekalkulovatelného. Derrida také říká: „...Spravedlnost i nadále zbývá teprve přijít, *á venir*, má určitou a je jistou *á-venir*, nejvlastnější dimenzí událostí, které neredukovatelně přijdou. Vždy ji bude mít, tuto *á-venir*, a vždy ji má. Snad z tohoto důvodu spravedlnost, pokud se nejedná pouze o právnícký nebo politický pojem, otevírá pro *l'avenir* transformaci, znovuuspořádání nebo znovuzaložení práva a politiky. „Snad“, člověk vždy musí říkat snad o spravedlnosti. Existuje *avenir* pro spravedlnost a neexistuje spravedlnost kromě toho stavu, kdy některá událost je možná, která, coby událost, se vymyká kalkulaci, pravidlům, programům, předpovědím a tak dále. Spravedlnost jako zkušenost absolutní alterity je neprezentovatelná...“ [Derrida 1992: 27]. Derrida takto přisuzuje spravedlnosti nekalkulovatelnost a možnost vykročení z jakéhokoli horizontu, čímž se jeho pojetí zcela liší například od Kantova pojetí, jež znamená právě stanovení určitého horizontu a kalkulovatelnost jednání.

V Derridově textu *Force of Law* se pojem legitimacy objevuje velice marginálně. Legitimita podle Derridy náleží do oblasti kalkulovatelného a je tak blíže právu než spravedlnosti. Jako by legitimita i legalita byly již výkonem a převedením spravedlnosti do systému regulujících a kodifikovaných předpisů – spravedlnosti, již je původně vlastní heterogenita, nekonečnost, nekalkulovatelnost, rebelantství vůči jakémukoli pravidlu a absence symetrie [srv. např. *ibid.*: 22]. Jistě, Derrida má pravdu v tom, že legitimita není spravedlnost. Legitimita však není ani stejného žánru jako legalita. Jaké místo bychom potom mohli legitimitě práva připsat v topografii soudobých diferencí mezi právem a spravedlností?

Zdá se, že legitimita práva stojí vně legálních pravidel, přestože s nimi počítá a tato pravidla podmiňují vůbec možnost o legitimitě hovořit. Zrovna tak legitimita stojí vně každé spravedlnosti – Derridově konceptu spravedlnosti, vycházejícímu spíše z Levinasovy etiky jedinečného, anebo Lyotardově konceptu, navazujícího na Kantovo pojetí spravedlnosti jako regulativní ideje. Legitimita práva a politického panství je určitým převyprávěním spravedlnosti do konkrétních dobových, sociálních a právních podmínek. Proto se pravidla legitimizace práva a panství, která jsou svou podstatou pravidly *vyprávění*, mohou dobově a místně odlišovat, třebaže jejich jednou z hlavních funkcí je vždy ospravedlnění práva, tj. vztážení legálních pravidel a procedur vůči spravedlnosti.

V tomto smyslu je *legitimita vykonáním spravedlnosti ve formě vyprávění*, které se však narozdíl od výkonu práva bezprostředně nemůže odvolat na státní násilí a které náleží do sféry mínění a rétorické zručnosti. Legitimita práva není možná převodem nekalkulovatelné spravedlnosti na procedury autopoietického systému práva. Legitimní panství a systém práva není možné založit ani z komunikativních procedur a univerzálních pravidel diskursivní etiky, protože o legitimitě je možné hovořit i mimo rámec požadavků aktivní spoluúčasti na politickém životě a diskursivní praxi, podřízené režimu Pravdy. Legitimita práva vzniká právě kdesi v onom prostoru diference mezi kalkulovatelným právem a nekalkulovatelnou spravedlností, vzniká jako snaha dočasně překlenout zdánlivě nepřekročitelnou propast mezi etickými požadavky spravedlnosti, založenými v jedinečnosti bytí každého člověka, a neosobním systémem obecných právních pravidel

a procedur. Úkolem každého legitimizačního vyprávění je vytvořit dočasné spojení a překlenout diference mezi přednormativní etikou, založenou z konkrétního asymetrického vztahu k druhému a heideggerovské odevzdanosti (*Gelassenheit*), a normativními strukturami systému práva.

Oblast diference mezi právem a spravedlností, kterou bychom mohli nazvat *oblastí strategií legitimizace práva*, nás vede k závěru, že mnoho z podmínek legitimacy soudobého práva náleží do oblasti podmínek existence možnosti vyprávění a *fikcí* o právu. Vrátime-li se ještě na okamžik k Derridově textu *Force of Law*, zjistíme, že autor cituje na jednom místě Montaigne, který odlišuje právo od spravedlnosti a přitom říká, že každé právo má legitimizační fikce, na kterých zakládá pravdu své spravedlnosti. Tyto fikce, jež Montaigne přirovnává k ženským umělým zubům ze slonoviny, tak umožňují legitimizovat právo z hlediska spravedlnosti, což je jinak nemožné ze samé vnitřní podstaty práva, dané politickou autoritou a mocí [Ibid.: 12]. Legitimita práva je potom dána mimo jiné i jeho otevřeností, která připouští možnost formulovat fikce o něm samém – fikce, jež jsou dobově a místně ohraničeným vyprávěním a zdaleka nemusí mít bezprostřední vazbu k Pravdě jako například přirozenoprávní diskurs. Legitimizační fikce jsou jakýmsi testem práva zvnějšku, jsou zkouškou, v jaké míře systém pravidel pozitivního práva umožňuje, aby byl podřízen vnější kritice jiných slovníků a pravidel.

Každá právní procedura a formální pravidla musí existenci těchto fikcí teprve umožnit, podporovat možnost tvorby každých nových fikcí a zajistit existenci stávajících fikcí. Můžeme formulovat tezi, že *právo je potenciálně legitimní tehdy, když jeho formální struktury umožňují tvořit nové legitimizační fikce, které ho testují co do obsahu a konstitutivních principů*. Fikcí potom není, jak se domnívají Weber nebo Luhmann, pouze přirozenoprávní ideologie, ale zrovna tak i teorie autopoietických systémů nebo Habermasova diskursivní etika. V tomto kontextu opět vidíme, že legalita je podmínkou legitimacy, ale také, že legitimizace práva může a musí být podřízena i zcela jinému než ryze legálnímu slovníku.

Legitimita práva je potom dána především autonomií a nezávislostí vůči politické moci a síle či dokonce násilí stojící v pozadí právních pravidel – je dána možností autonomně a nezávisle formulovat legitimizační fikce o právu. Zároveň to, co je považováno v právu za legitimní, je podřízeno pravidlům vyprávění a slovníku určité legitimizační fikce. Vzhledem k existující mnohosti, pluralitě a tudíž omezené platnosti těchto fikcí potom nemůžeme legitimitu odvozovat od „fiktivního“ všeobecného přesvědčení či konsensu, jehož možnost, jak říká například Lyotard, se v postmoderní situaci vytratila [Lyotard 1984: kap. XIV].

Legitimita práva a politického panství však není ani záležitostí hodnotového relativismu nebo pouze soukromého individuálního přesvědčení a nepodléhá pouze nahodilému slovníku a pravidlům určitých řečových her, jak bychom se mohli domnívat například z liberálně ironického přístupu Richarda Rortyho. Rorty chápe svou liberální ironii jako definitivní zpochybnění a relativizaci všech výpovědí a představ o realitě. Dále například interpretuje zcela relativisticky Kunderovu ironii a melancholickou skepsi. To je ovšem omyl, protože v Kunderových románech vždy existuje reálný svět, který je nezávislý na „produkci“ slov, vůči němuž je možné vztáhnout vlastní bytí a v němž je možné hledat autenticitu a obnovit intimitu a jedinečnost vlastního já. Rortyho sympatické združňování literární intimity a kritika agresivně uzurpátorského filozofického slovníku zahrnuje radikální odmítnutí každého konečného slovníku, jenž by mohl ospravedlnit politickou

moc [Rorty 1989: 115]. Jediným účelem politické moci má být podle Rortyho ochrana individuálních svobod. Všechny slovníky ospravedlňující tuto moc mají mít pouze kontingentní povahu. Jediným kritériem, podle kterého ten či onen kontingentní slovník momentálně vysvětluje a organizuje politickou moc, je jeho přesvědčovací schopnost. Potom by ovšem v pozadí každého slovníku byla rozhodující síla, s jakou bude ve veřejných diskurzech prosazován. Nejsou to však právě slovníky fanatiků, které se kromě síly spoléhají i na násilí a které by proti liberálně ironickým slovníkům okamžitě ovládly prostor politiky a tak předurčily charakter politické moci? Rorty si je tohoto problému vědom, a proto se nakonec uchyluje ke konstrukci, že veřejný svět musí být chráněn před fanatiky a že musí existovat jistý soubor „elementárních slov“ (jedná se o pojem převzatý od Martina Heideggera), jejichž síla spočívá kromě užití v jejich „obecném pochopení“ a jejichž povaha přesto zůstává bytostně soukromá [Ibid.: 116ff]. Problém, kdo a v jakém diskursu definuje fanatika a jaká bude platnost slovníku, jehož bude použito k vyloučení fanatiků z veřejného světa liberálně ironické společnosti, Rorty opomíjí, přestože má z hlediska konstituování veřejného světa politiky i práva zcela zásadní význam.

Rortyho ve své podstatě utopický projekt liberálně ironické společnosti zůstává založen na představě, že ve vzájemném přesvědčování můžeme dospět k „dobrému kompromisu“, který je hlavním stabilizačním prvkem kontingentního prostředí politiky. Rortyem hlášaná nová morálka z „moudrosti románu“ tak zůstává v zajetí některých typicky moderních schémat. V této souvislosti lze připomenout Lyotardovu poznámku, že relativismus je jen negativním momentem modernismu, který si podržuje jeho metajazyk [Reading 1991: 65ff].

Lyotarda s Rortyem i přes tuto obecnou kritiku relativismu spojuje mnoho znaků jako např. úzká vazba mezi uměním a politikou, důraz na pragmatickou performativitu a přesvědčování, odpor k teoretickému metajazyku a „racionalistickému terorismu“ [srv. např. Lyotard 1985: 73-74] a teoriím vůbec či kritika vědění jako „objektu vlastnictví a reprezentace“. Lyotard se však od Rortyho odlišuje jednak zpochybněním konsensu, a dále také tím, že usiluje právě o podrobný popis veřejného politického rámce v postmoderní situaci.

Podle Lyotarda politika v této situaci zůstává nezakotvena v nějakém diskursu Pravdy a začíná právě tam, kde nám chybí předem určené základy pro rozhodování a soudy. Lyotard vychází z priority ontologického diskursu před epistemologickým [Reading 1991: 111] a namísto Pravdy staví do popředí Spravedlnost jako regulativní ideu v aristotelsko-kantovském smyslu. Mezi spravedlivým a pravdivým neexistuje spojení, naopak veškerá nespravedlnost a politický teror vzniká z předpokladu, že spravedlnost a pravda mohou být sjednoceny. Politika se tak musí stát výlučně záležitostí spravedlnosti a potažmo etiky. Politický odpor se posouvá z opozice k diferenci. Spravedlnost je vždy tím, co teprve musí být učiněno, o čem musí být rozhodnuto. Nikdy není předem daným výkladem a schématem významů.

Veškerá založení legitimizace politických činů se vždy nalézají časově ve stadiu, že o nich musí být teprve rozhodnuto. Lyotard hovoří o nutnosti *legitimizace paralogií a performativitou*, tj. možnosti činit kroky s předem neznámým významem. Moderní legalita je údajně produkt osvícenského racionalismu, a proto zaniká zároveň s ním. Legitimizace podle Lyotarda napříště nemůže přijít odjinud než z řečové praxe a vzájemné komunikační aktivity. Moderní legalita a právní stát se stává jen jednou z mnoha jazyko-

vých her, kterou rozhodně není možné legitimovat společnost jako celek, resp. její politický systém a panství [Lyotard 1984: kap. X]. Legitimita je podmíněna heteromorfností jazykových her a je údajně nutné dospět k určité ideji a praxi spravedlnosti, která by nebyla spjata s idejí a praxí konsensu. Je nutné vytvořit určitou politiku, při níž bude stejnou měrou respektována touha po spravedlnosti a touha po neznámém. Lyotard ztotožňuje nárok na spravedlnost s avantgardním nárokem na nepoznané [Ibid.: kap. XIV]. Spravedlnost potom spočívá v možnosti rovné participace v systému heteromorfních jazykových her a v možnosti říkat doposud nevyčtené a naslouchat tomu, čemu byl doposud odpirán sluch, a tak i měnit pravidla různých vyprávění.

V. Závěr: legitimní právo, intimita a „infikce“

Lyotardovo a ostatně i Rortyho chápání soudobé situace v západním myšlení, společnosti a její politice nám ukazují možná východiska kritiky legalistického pojetí systému pozitivního práva a jeho legitimacy. Přes myšlenkový obrat, jaký Rortyho nebo Lyotardova filozofie představují, zůstává však ústřední problém, zda chápání sociální reality na pozadí plurality a heteromorfnosti jazykových her, malých vyprávění a kontingentních slovníků představuje preskriptivní nebo deskriptivní vyprávění. Tento problém zůstává otevřený i v Lyotardově knize *Au Juste* (angl. *Just Gaming*), kde je nastolen jako jedno z ústředních témat. V deskriptivní rovině bychom museli dospět k závěru, že postmoderní situace je určena neustálým soupeřením mnoha vyprávění a ideologií, kterým nikdo nemůže z žádného titulu zabránit, aby se sama považovala za „velká“ nebo „fanatická“. Politika by potom byla neustálým bojem mezi jednotlivými vyprávěními a slovníky, které se budou snažit dokázat svou převahu a sílu a budou se chtít prosadit jako výlučná vyprávění a slovníky. V preskriptivní rovině naproti tomu musíme řešit problém, že legitimita paralogií i liberální ironie mají normativní sílu, a tudíž předem stanoví rámec přijatelných a legitimních vyprávění a slovníků, omezují heteromorfnost a definují si meze diferencí.

Lyotard se toto dilema snaží překlenout tím, že zdůrazňuje regulativnost spravedlnosti, úzce ji váže také k estetickým soudům [Reading 1991: 87] a odmítá chápat ji v legislativním smyslu. Snaží se tedy zachytit spravedlnost v obdobné diferencii vůči právu jako Derrida, přestože se odvolává na (Derridou kritizovanou) Kantovu kritickou filozofii.² Tím se ovšem ani v postmoderní situaci nemůžeme zbavit celého problému legislativních a normativních témat, protože právo a ostatní normativní systémy nadále zůstávají důležitými strategiemi a jejich vnitřní pragmatika tvoří součást života společnosti. Práva se nezbavíme tím, že politiku podřídíme pouze regulativní spravedlnosti. Naopak, jak tvrdí Derrida, spravedlnost, aby se vůbec v konkrétních sociálních podmínkách projevila, musí být obvykle z nekalkulovatelného převedena do kalkulovatelného režimu pravidel. Legalita a zákonodárství nemohou potom stát v jednoduché opozici k legitimnímu založení politiky, jak by se mohlo zdát z některých Lyotardových myšlenek.

Zdůraznili jsme již, že legalita je nezbytnou podmínkou legitimacy. Zdůraznili jsme také, že o tom, zda legální panství bude považováno za legitimní, se rozhoduje nikoli podle formálních právních procedur a kritéria funkčnosti systému práva, nýbrž vně tohoto

²) Lyotard také originálním způsobem interpretuje Kantovo pojetí estetických soudů. K tomu srv. [Lyotard 1994].

systemu. System práva může zdánlivě fungovat nezávisle na vnějším legitimačním rámci, ale v tom případě zůstává neosobním anonymním mechanismem a člověk vždy zůstává „před zákonem“. Legitimním se každé právo a legální procedury stávají teprve v té míře, v jaké umožňují sociálnímu okolí tvořit fikce o právu a zákonodárství. Kdybychom se měli kriticky vrátit k Luhmannově teorii, řekli bychom, že legitimita není záležitostí autopoietického systému, ale naopak se generuje z difference mezi ním a jeho okolím. Možnost tvořit legitimizační fikce o právu a politickém panství však vzniká teprve tehdy, když ve společnosti existuje prostor, v němž jedinec může prožívat svou autenticitu a v němž si může uchovat a chránit *intimitu* svého vlastního bytí. Právě tato intimita zaručuje možnost volně si stanovit pravidla pro určitou fikci a tvořit ji v rámci libovolně zvolené pragmatiky určité řečové hry.

Míra legitimacy práva a panství není potom mírou souhlasu subjektů moci a práva, nýbrž vyplývá z paradigmatického vztahu mezi právním systémem a jeho okolím. Právo je totiž legitimní v míře, v jaké je otevřeno kritice zvnějšku, jinými slovníky a pragmatikami jiných řečových her. Legitimizace práva vždy zůstává otevřeným projektem, jenž závisí na okamžitém množství a síle existujících fikcí a míře, v jaké se nabízí možnost intimního bytí člověka. Fikce, ačkoli velmi často pramení z individuální zkušenosti, není omezená na soukromý svět. Jejím určením je vždy veřejný svět vyprávění.

Legitimita práva rozhodně neznamená nějaký stav nebo institucionální zajištění politické participace. Můžeme dokonce parafrázovat výrok Williama S. Borroughse, že jazyk je virus z vnějšího prostoru, a říci: *legitimizace práva je infikce zdánlivě hodnotově neutrálního systému práva etickými problémy a tématem spravedlnosti*. Infekcí jsou fikce – budeme hovořit o „infikcích“ práva. System pozitivního práva se musí neustále potýkat s „infikcemi“, a tak čelit své vlastní krizi. Anonymní neosobní struktury pravidel musí čelit výzvám intimního světa občanů-vypravěčů. Je patrné, že v současnosti potřebujeme co nejvíce legitimizačních fikcí, které by nám umožnili reflektovat a kritizovat právní systémy z pozice „outsiderů“ – fikcí, jež nemají doktrinární povahu, nenutí jedince mluvit ve stejných slabikách, ale naopak se blíží literární ironii vzhledem k tomu, že jsou vyprávěny s vědomím odstupe od tématu.

JIRÍ PŘIBÁŇ je docentem Právnické fakulty UK, kde vyučuje sociologii a teorii práva. V roce 1996 mu vyšla kniha *Sociologie práva (Praha: SLON)* a v letošním roce kniha *Hranice práva a tolerance (Praha: SLON)*.

Literatura

- Cotterrell, Roger 1995. *Law's Community*. Oxford: Clarendon Press.
- Derrida, Jacques 1992. „Force of Law: The Mystical Foundation of Authority.“ In *Deconstruction and the Possibility of Justice*, ed. by D. G. Carlson, D. Cornell and M. Rosenfeld. New York: Routledge.
- Habermas, Jürgen 1977. *Legitimationsprobleme im Spätkapitalismus*. Frankfurt: Suhrkamp.
- Habermas, Jürgen 1992. *Faktizität und Geltung*. Frankfurt: Suhrkamp.
- Habermas, Jürgen 1993. *Justification and Application*. Cambridge: The Polity Press.
- Kelsen, Hans 1960. *Reine Rechtslehre*. Wien: F. Deuticke Verlag.
- Kundera, Milan 1984. *The Unbearable Lightness of Being*. New York: Harper and Row.
- Levinas, E. 1985a. *Time and the Other*. Pittsburgh: Duquesne University Press.
- Levinas, E. 1985b. *Ethics and Infinity*. Pittsburgh: Duquesne University Press.

- Luhmann, Niklas 1969. *Legitimation durch Verfahren*. Neuwied: Luchterhand.
- Luhmann, Niklas 1981. *Ausdifferenzierung des Rechts*. Frankfurt: Suhrkamp.
- Luhmann, Niklas 1982. *The Differentiation of Society*. New York: Columbia University Press.
- Luhmann, Niklas 1983. *Rechtssoziologie*. Opladen: Westdeutscher Verlag.
- Luhmann, Niklas 1986. *Soziale Systeme*. Frankfurt: Suhrkamp.
- Liotard, J. F. 1984. *The Postmodern Condition*. Manchester: Manchester University Press.
- Liotard, J. F. 1985. *Just Gaming*. Manchester: Manchester University Press.
- Liotard, J. F. 1988. *The Differend*. Manchester: Manchester University Press.
- Liotard, J. F. 1994. *Lessons On the Analytic of the Sublime*. Stanford: Stanford University Press.
- Raz, Joseph 1979. *The Authority of Law*. Oxford: Clarendon Press.
- Reading, Bill 1991. *Introducing Lyotard*. New York: Routledge.
- Rorty, Richard 1989. *Contingency, Irony, and Solidarity*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Schmitt, Carl 1980. *Legalität und Legitimität*. Berlin: Duncker und Humblot.
- Unger, R. M. 1976. *Law in Modern Society*. New York: Free Press.
- Weber, Max 1925. *Wirtschaft und Gesellschaft*. Tübingen: J. C. B. Mohr Verlag.
- Willke, H. 1991. „The Autopoietic Theory of Law: Autonomy of Law and Contextual Transfer.“ In *Controversies about Law's Ontology*, ed. by P. Amselek and N. MacCormick. Edinburgh: Edinburgh University Press.

Summary

In the first part of the essay, the author summarises classical meanings and theoretical approaches of the concept of legitimacy, as developed in social and legal sciences at the beginning of this century, mostly in the works of Weber and Schmitt. He then criticises the Habermasian concept of legitimacy and discursive ethics, which cannot sufficiently explain the changing nature of contemporary western societies. Turning to the brief analysis of Luhmann's concept of autopoietic law and legitimation by procedures, the author emphasises the concept of difference between a system and its environment. The author suggests that legitimation cannot be limited to the world of general procedures, as it is in Luhmann's theory. The concept of difference, which is somehow 'forgotten' in Luhmann's description of legitimate law, appears to him to be of essential importance in exploring certain ideas from Derrida's essay *Force of Law* and Lyotard's concepts of justice and narratives. He comes to the conclusion that legitimacy is a sort of fiction which comes from the 'outside' of a legal system. It has its own narrative rules which are independent legal rules and procedures. It is a constant challenge to the law, it is a fiction which becomes an 'infiction' of law. It infects it with notions of justice and morality, although at the same time it can hardly be reduced to these notions. The space of legitimacy is then just the space of the difference between law and justice.