

Poznámka k úloze práva v procesu ekonomické transformace

Petr HAVLAN

Reálný vývoj mnoha zemí potvrdil neexistenci obecného důvodu, pro který by skutečnost, že svobodná občanská společnost existuje na spontánním, člověkem *in nuce* nevytvořeném řádu, v jehož základech se mimo jiné setkáváme se soukromým vlastnictvím, principy ekvivalence, konkurence, oprávněného očekávání, apod., měla bránit možnosti spontánní řád uvědoměle doplňovat, korigovat, ba dokonce, byť velmi obezřetně (tedy ne v rozporu s jeho vlastním autoregulačním mechanismem), regulovat či přesněji kultivovat.

V bezprecedentní posttotalitní etapě vývoje je prvořadým úkolem odstranit nános totalitního balastu (institucionálně přímo spjatého s „všezahrnujícím“ centrálním plánem a jeho klíčovým instrumentem tzv. státním socialistickým vlastnictvím), který se v důsledku historicky nezanedbatelné doby existence totalitní moci a zvláště jejího téměř absolutního charakteru nahromadil a ochromil tak autoregulační mechanismus spontánního řádu. Otázkou proto zůstává (a domnívám se, že komplexní seriózní diagnóza nebyla ještě učiněna), zda či do jaké míry došlo nebo nedošlo k poškození samotné podstaty spontaneity řádu (dnes konkrétně např. praktická neexistence bankrotů, ač výkonnost naší ekonomiky by odpovídala počtu bankrotů v řádu tisíců), a proto, zda či v jakém rozsahu jsou nutná „umělá“ oživovací opatření a následně pak případná rekonvalescence postupně přecházející v opatření katalyzující a akcelerující autoregulační mechanismus.

Jestliže obecně závazná pravidla chování, „vynutitelná státní mocí“, sehrála klíčovou úlohu při likvidaci spontánního řádu a při nastolení a upevňování totalitního systému, nemá důvod předpokládat, že stejně významnou ne-li významější (v každém případě však náročnější) roli by neměla sehrát nejen při kontinuální funkční destrukci totalitního systému, ale také a především při oživení a rozvinutí systému spontánního, což jsou nakonec dvě vzájemně se prolínající fáze téhož procesu.

Pro pochopení role práva v transformačním procesu je metodicky vhodné vyjít (s vědomím specifik kontinentálního práva) z přístupu F. A. Hayeka, který rozlišuje mezi univerzálními „pravidly správného chování“ (jež nazývá „nomos“, „právo svobody“) imanentními spontánnímu, „vyrostlému“ řádu (tzv. kosmos) a účelovými „pravidly organizace“ stanovenými autoritou – vládou, státem (které nazývá

„thesis“) imanentními řádu umělému, „vytvořenému“ (tzv. taxis)¹. V zájmu dobré orientace v této terminologii bude namísto uvést též Hayekova slova, že toto rozlišení „... úzce souvisí s rozlišením mezi soukromým a veřejným právem a někdy se mu přímo rovná.“²

Následné prakticky synonymické používání pojmu „pravidla správného chování“ – **soukromé právo** a „pravidla organizace“ – **veřejné právo** ovšem vyžaduje upřesnit i samotné chápání tradičních termínů „soukromé“ a „veřejné“ právo. Klasická Ulpianova definice hovoří o soukromém právu jako o právu, „... které hledí k užtkům jednotlivce“ a o veřejném právu jako o právu, „... které hledí ke stavu římských věcí“³. To pak bylo nejednou interpretováno tak, že soukromé právo je tu toliko na ochranu individuálních zájmů občanů a právo veřejné slouží výlučně k ochraně zájmů „veřejných“, chápaných nadto coby zájmy obecné. Taková interpretace je ovšem v rozporu s realitou. Předně **obecný zájem** na celkovém fungování společnosti, na obecném prospěchu nelze ztotožnit se zájmem veřejným v užším (a dle mého názoru vlastním) slova smyslu. **Veřejný zájem** jako zájem svého druhu (tedy nikoli synonymum zájmu obecného) by měl korespondovat jednotlivým dílčím záměrům, jimž se „vláda“ (stát, obec, ...) takřkajíc přímo věnuje. Ostatně důsledky reálného splynutí obecného a veřejného zájmu a vzniku tzv. zájmu celospolečenského jsou dostatečně známy.

To, co je schopen dát spontánní řád – souhrn jednotlivých mezi sebou soutěžících svobodných občanů, ekonomických subjektů (sféra soukromého práva) – společnosti, je pro obecný prospěch principiálně asi významnější, „... než většina jednotlivých služeb, které může vládní organizace poskytovat ...“⁴ (sféra veřejného práva).

Právě s ohledem na obecný prospěch však nelze podceňovat ani jednu ze zmíněných oblastí. Skutečnost, že veřejné právo vyžaduje od těch, na něž se aplikuje, aby mu „uvědoměle sloužili“⁵, zatímco soukromé právo dovoluje jednotlivcům sledovat vlastní, individuální cíle, by neměla bránit tomu, aby obě sloužila obecnému zájmu a jejich uplatnění bylo jím určováno a limitováno. Jinak řečeno, jako funkce „instrumentální“ (právo coby nástroj vymezení prostoru volného chování) bližší svou podstatou soukromému právu, tak funkce „regulační“, „teleologická“ (právo coby účelový regulátor chování) bližší zase právu veřejnému, by nakonec měly být (a ve vyspělých společnostech také jsou) zajišťovány jejich společnými silami, a to tak, že pro mechanismus fungování společnosti primární sféra soukromého práva je více či méně vhodně „doplňována“ pravidly ze sféry práva veřejného. Můžeme tu pak hovořit o „kultivační“ funkci práva jako celku. Současně lze (zejména jsme-li právníky v posttotalitním státě) leccos pochopit z určitého despektu a obav z veřejného

¹Stov. blíže, včetně vymezení pojmu řád, Hayek F. A.: Právo, zákonodárství a svoboda (Nový výklad liberálních principů spravedlnosti a politické ekonomie), sv.1 Pravidla a řád, Academia, Praha 1991, str.38, 39, 109, 110, 113, 114 a po různu.

²Tamtéž, str. 118.

³Ulpian: Digesta I, 1.1.2.

⁴Blíže dílo cit. v pozn. 1, str. 119.

⁵Tamtéž.

práva, které vyplývají z následujících Hayekových vět: „Úkol organizovat jednotlivé služby nutně produkuje zcela odlišné pojetí pravidel, která mají být stanovena, v porovnání s těmi, jaké produkuje úkol poskytovat pravidla jako základ spontánního řádu. Nicméně je to právě postoj vypěstovaný tím prvním úkolem, který začal pojetí cílů zákonodárství dominovat⁶. Jelikož uvědomělé konstruování pravidel se týká převážně pravidel organizace, přemýšlení o obecných principech zákonodárství, rovněž spadlo téměř zcela do rukou právníků specializovaných na veřejné právo, to jest odborníků na organizaci, kteří mají často tak málo porozumění pro právo právníků, že člověk až váhá označit je za právníky. Jsou to právě oni, kdo v moderní době téměř zcela ovládli filosofii práva a kteří tím, že poskytli koncepční rámec veškerému právnímu myšlení, a též svým vlivem na soudní rozhodnutí, hluboce zasáhli také soukromé právo. Skutečnost, že právní věda (zejm. na evropském kontinentě) byla téměř zcela v rukou právníků specializovaných na veřejné právo, kteří o právu přemýšlejí primárně jako o veřejném právu a o řádu zcela jako o organizaci, je blavní příčinou nejen rozmachu právního pozitivismu (který v oblasti soukromého práva prostě nedává žádný smysl), nýbrž také rozmachu socialistických a totalitních ideologií, které jsou v něm implicitní“⁷.

Základ řešení patrně věčného dilematu – veřejné versus soukromé právo – bude třeba hledat v zásadě, podle níž „veřejné právo pomíjí, ale soukromé právo přetrvává“⁸. Přičemž ono „pomíjení“ by nemělo být trpně přijímáno tak, že jedna víceméně nedokonalá veřejnoprávní úprava je časem nahrazena stejně či jinak nedokonalou veřejnoprávní úpravou jinou, která bude a priori vždy v rozporu se soukromým právem. Naopak je plně oprávněné, aby „vláda“ (stát, obec, ...) byla *in nuce* podřízena univerzálním „pravidlům správného chování“ a aby pravidla, jež zmíněné „vládní subjekty“ vydávají, v maximální možné míře respektovala a šetřila soukromoprávní sféru definovanou pravidly odvozenými z podmínek spontánního řádu.

Optimalizovaná koexistence soukromoprávní a veřejnoprávní sféry je prostě imperativem moderní společnosti. Ekonomově často hovoří o „externalitách“ neboli efektu přelévání, který nastává, když výroba nebo spotřeba vyvolává nedobrovolné

⁶Tady lze připomenout tzv. hospodářskoprávní předpisy (zejm. hospodářský zákoník), které v tzv. socialistickém právním řádu vytvořily podivnou směs soukromého a veřejného práva, kde prvek veřejnoprávní (správně právní), ač patrně ani ne v kvantitativní převaze, výrazně potlačil a zdeformoval prvek soukromoprávní (občanskoprávní) a zaujal prokazatelně určující postavení. Současně je třeba poznamenat, že by bylo chybou hledat analogii mezi totalitní „hospodářskoprávní“ realitou a koncepcemi tzv. hospodářského práva ve vyspělých tržních společnostech. Srov. např. Rittner F.: *Wirtschaftsrecht* (Ein Lehrbuch), Heidelberg 1987. V jádru lze totiž přirovnat diskuse odpůrců a zastánců dichotomie veřejného a soukromého práva v těchto tržních podmínkách k diskusi představitelů „neokynesismu“ a „neokonzervatismu“, která nemůže mít v obecné rovině „vítěze“. Blíže k tomu Havlan P.: *Transformace státního vlastnictví*, MU Brno 1992, str. 50 a násl. a po různu.

⁷Dílo cit. v pozn. 1, str. 120.

⁸„Zkušenost dokazuje, že lidé snáze změni vládu, než zákon.“ Portalis J. E. M.: *Discours préliminaire du premier projet de code civil (1801) in Conférence du Code Civil (Paris 1805)*, sv. I., str. XIV (in: dílo cit. v pozn. 1, str. 130).

náklady nebo přínosy jiným; tj. náklady nebo přínosy jsou přenášeny na jiné, aniž ti, kdo náklady způsobují, nebo ti, kdo přínosy získávají, za to platí. Externalita je dopad (ať už v pozitivním nebo negativním smyslu) chování jednoho ekonomického subjektu na „blahobyť“ subjektu jiného, přičemž se neuplatňuje princip ekvivalence. Jde tedy o pohyb vně trhu, ač trhem vyvolaný⁹. Tento svým způsobem neuralgický bod společnosti je přitom typickým prostorem pro smysluplné soužití, symbiózu soukromého a veřejného práva. Tady zjevně nestačí, aby právo uznalo princip soukromého vlastnictví a svobodu smlouvy, ale musí koneckonců i v zájmu efektivního konkurenčního systému veřejnoprávními prostředky důmyslně dotvořit a dále permanentně přizpůsobovat celkový právní rámec.

Zdůrazňuje se, že pravidla, ve smyslu „pravidel správného chování“, slouží udržování existujícího řádu v jednáních, což implikuje možnost rozlišovat mezi pravidly a výsledným řádem v tom smyslu, že jen některá pravidla individuálního chování budou produkovat celkový řád, zatímco jiná by takový řád znemožňovala. Hlavní úkol „pravidel správného chování“ je pak spatřován ve zvyšování jistoty očekávání. Zvýšení jistoty oprávněných očekávání se neděje tak, že by pravidla určovala konkrétní stav věcí, nýbrž tím, že určují pouze abstraktní řád, který svým členům umožňuje odvozovat z jim známých jednotlivých skutečností očekávání, která „... mají dobrou naději na to, že budou správná“¹⁰. Je zřejmé, že v dynamickém systému abstraktních vztahů nedojdou některá konkrétní očekávání naplnění, přičemž vzniká otázka, která očekávání by mělo právo ochraňovat, aby v co největší míře byla naplněna možnost splnění očekávání obecně. Způsobem, který se dlouhodobě osvědčil při definování prostoru chráněného očekávání, je vymezení každému subjektu prostor dovolených jednání tím, že se stanoví (aplikací obecných pravidel na realitu se učiní zjištělným) prostor věcí, nad nimiž je dovoleno panovat jen konkrétnímu subjektu, prostor, z něhož jsou ostatní vyloučeni. Jde tedy o ona pravidla, která umožňují jasně rozlišit mezi „vlastním“ a „cizím“. Shrňme slovy F. A. Hayeka: „Právo, svoboda a vlastnictví jsou neoddělitelnou trojicí. Nemůže existovat právo ve smyslu univerzálních pravidel chování, které by neurčovalo hranice oblasti svobody tím, že stanoví pravidla umožňující každému zjistit, kde má volnost v jednání“¹¹.

Uvědomíme-li si a přijmeme-li za svůj poznatek, že soukromé právo slouží formování spontánního řádu v jednáních, či je jeho nutnou podmínkou, že není prostředkem k nějakému určitému účelu, ale podmínkou k naplnění většiny dílčích účelů a že onen řád v jednáních je faktickým stavem věcí odlišným od pravidel, která přispívají k jeho utváření, což umožňuje chápat takový abstraktní řád jako záměr těchto pravidel chování, jako záměr soukromého práva¹², bude nám jen více jasné, že bez

⁹K tomu blíže např. Samuelson P. A., Nordhaus W. D.: *Ekonomie, Svoboda*, Praha 1991, str. 770 a násl.

¹⁰Dílo cit. v pozn. 1, str. 98.

¹¹Tamtéž, str. 99.

¹²Blíže tamtéž, str. 102 – 104.

fungujícího trhu (představuje ten spontánní řád, který nás zde zajímá) není naše situace záviděníhodná. Jestliže u soukromého práva se nejedná ani tak o podřizování se pravidlům, jako spíše o to, aby „pravidly správného chování“ byl zajištěn soulad jednání různých subjektů, tak tu nejprve tržně jednající subjekty (těmi samozřejmě nejsou subjekty aktivní na tzv. černém trhu) musí být. Proto obecný cíl transformace, záležející ve vytvoření podmínek pro vznik skutečných ekonomických subjektů – vlastníků (pouze v menší míře může jít o zapojení již existujících – zpr. zahraničních – tržních subjektů), je tak naléhavý. Tímto stavem věci se také výrazně liší transformace v posttotalitních státech od privatizace ve státech s tržní ekonomikou, kde jde vlastně jen o nalezení efektivnějšího (ale již existujícího) vlastníka v rámci rozvinutých tržních vztahů.

Vzhledem k uvedeným okolnostem je patrné, že v právním zajištění transformace v posttotalitním prostředí bude po jistý čas „dominovat“ veřejné právo, ač se bytostně sledují transformačním procesem důsledky soukromoprávní. Dochází k pozoruhodné situaci, kdy veřejné právo, které coby nástroj organizování jednotlivých účelů, postupně ovládlo scénu, reálně potlačilo právo soukromé a sehrálo tak klíčovou úlohu při přeměně spontánního řádu svobodné společnosti v totalitní organizaci, musí být účelně (jak je mu ostatně vlastní) použito při zpětném pohybu od totalitního systému k řádu svobodné společnosti.

Jestliže např. N. E. Algra při své přednášce na Právnické fakultě MU v Brně v říjnu 1990 uvedl, že Holandsko mělo ještě dvacet let po druhé světové válce direktivní hospodářství (directed economy), což zdůvodnil jeho zničením válkou¹³, lze předpokládat, že právě veřejné právo muselo po celou tuto dobu kultivovat podmínky, aby se poté mohlo „ujmout vlády“ právo soukromé. Aniz bych se zde chtěl pokoušet o nějakou zjednodušující parabolu, jde v dnešních posttotalitních státech v jistém smyslu o obdobu, resp. se ukazuje, že situace je zde ještě složitější. V každém případě určit míru a charakter „poškození“ ekonomiky je značně obtížné.

Kdy se tedy u veřejného práva projeví ona tendence destruovat spontánní řád (autoregulační mechanismus trhu), pramenící z jeho teleologické podstaty a kdy nikoli? Kdy nám hrozí *circulus vitiosus* a kdy máme šanci se mu vyhnout? Je to patrné tehdy, když dáme od samého počátku maximální šanci také soukromému právu, tj. nenahrazujeme-li ho, či lépe nesuplujeme-li ho veřejným právem důsledně všude tam, kde je to jen trochu možné. Jinak řečeno, snažíme se mu nechávat nezbytný prostor v oblastech, kde je to běžné ve standardních tržních ekonomikách. Extrémně náročné ovšem ve většině případů bude přesně zjistit, kdy jsou skutečně dány podmínky pro „stažení se“ veřejného práva z určité oblasti a kdy ještě takové podmínky dány nejsou. Zdá se totiž, že oním kritickým momentem, možná i spolurozhodujícím o úspěchu nebo neúspěchu celého transformačního procesu, je právě tato okolnost. To znamená, že nebezpečné není pouze dlouhodobé a výrazně dominující postavení

¹³K tomu blíže Algra N. E.: The relations between law and economics (syllabus), Utrecht 1990, str. 4 – 6.

veřejného práva v průběhu transformace¹⁴, ale i situace, v níž uvolnění prostoru pro uplatnění soukromého práva anticipuje realitu, tj. když soukromé právo se snaží, slovy F. A. Hayeka, „o řád v jednáních“, aniz jsou pro tento řád (jeho fungování) vytvořeny základní předpoklady¹⁵. Resumé je proto asi následující: v závislosti na realitě, na konkrétním stavu společnosti **permanentně optimalizovat vztah soukromého a veřejného práva**, což předpokládá praxeologicky vyhodnocovat průběžně dosažený stav a uvědomovat si, že žádného ideálu nebude nikdy dosaženo, ba naopak, že není vyloučen ani „zpětný chod“.

Předchozí řádky, snažící se přiblížit toliko jeden z řady možných úhlů pohledu na úlohu práva v transformující se posttotalitní ekonomice, jsou samozřejmě diskusní. Jejich cílem však není nic víc, než naznačit na jedné straně přece jen poněkud odlišnou roli soukromého a veřejného práva v tomto procesu a na straně druhé připomenout, že v žádném případě nelze tyto dvě základní komponenty právního řádu od sebe násilně oddělovat, resp. rýsovat mezi nimi jakousi dělicí čáru, či dokonce prostě jen podceňovat veřejné právo.

Koneckonců dnes a denně se potvrzuje, že jak ve standardním evolučně se vyvíjejícím tržním organismu, tak i v přechodném transformačním období je třeba brát v leccems vážně myšlenku ekonomické teorie (srov. např. názory jednoho ze dvou posledních nositelů Nobelovy ceny za ekonomiku Douglase C. Northa), že „trhy jsou zapuštěny (vlozeny) do institucí“ („markets are embedded in institutions“) a skutečný trh vlastně nemůže mimo ně existovat. Přitom jde nejen o instituce hospodářské, ale také politické, sociální a právní, resp. samo právo je *hoc sensu* institucí. Stupeň rozvinutí, charakter těchto institucí se tu přímo promítá do charakteru a fungování samotného trhu. O nezastupitelné úloze nejen soukromého, ale i veřejného práva pak snad nelze pochybovat.

* * *

¹⁴Tento dojem má např. i G. Török ze zákona č. VII/1990, ve znění zákona č. LXXII/1990 o Agentuře státního majetku. Srov. cit. autor: Organizácia privatizácie v Maďarsku, Právny obzor č. 3/1991, str. 128.

¹⁵Zde přitom najdeme jak oblasti důvěrně známé většině občanů, tak sféry „dostupné“ jen odborníkům specialistům. V prvním případě o těchto věcech nejednou probíhají vzrušené diskuse (např. problematika rozsahu veřejnoprávní ochrany nájmu bytn v podmínkách, kdy se ještě nevytvořil tzv. trh s byty) v druhém pak, pokud tyto diskuse vůbec probíhají, tak spíše na setkáních expertů nebo stránkách odborných časopisů (např. problematika některých institutů obchodního práva příznačných pro rozvinutou tržní ekonomiku, které se někdy poněkud mechanicky a neorganicky implantují ekonomice se sotva zárodečnými stadii trhu).

SUMMARY

Comment on the Role of Law in the Process of Economic Transformation

The reality of many countries confirms that, in a free civil society based upon a fully developed spontaneous (in nuce not created by a man) order, apparently there is no general reason due to which it is not possible to complete, correct, or more exactly cultivate the operating of spontaneous (market) forces purposefully.

However, the problem can be seen from another point of view in a post-totalitarian stage of a social development in contemporary the Czech Republic. The fact, that due to the previous long-lasting, nearly absolute, programmatic negation of the market, the impairment of the essence itself in the spontaneity of the order cannot be excluded, means, that neither the need for "artificial" reviving measures aimed at starting and accelerating autoregulation mechanism can be excluded.

It is particularly this role of law in a historically unique phase of the development that is described in the paper. The author - inspired by F. A. Hayek distinguishing between general "rules of proper behaviour" (immanent to the spontaneous, "grown up" order) and purposive "rules of organization" (immanent to the artificial, "created" order) - investigates the position, mutual relationship and the possibilities of their nearly synonyms, i. e. of private law ("rules of proper behaviour") and public law ("rules of organization") in the process of transformation.

It is generally stated that both the "instrumental" function (law as an instrument for determining the space of free behaviour) being more close in its essence to private law and the "regulation" function or "theological" one (law as a purposive regulator of behaviour) being more close to public law should be finally (and so they are in developed market societies) ensured by their joint endeavour in a way that the primary sphere of private law is more or less suitably supplemented by the rules from the sphere of public law for the mechanism of the functioning of the society. The author speaks about the cultivational function of law as a whole.

However, public law is "dominating" in non-market, post-totalitarian environment (whether we like it or not). A remarkable situation arises when public law, which, as an instrument for organizing individual purposes, gradually got control over the situation, factually suppressed private law and thus played the key role in the transformation of the spontaneous order of a free society in a totalitarian organization, must be purposefully applied now in a reverse movement from totality towards freedom. The delicacy of this extraordinary "historical" function, however, consists particularly in the fact that the tendency to weakening the spontaneity of the order is a general attribute of public law originating from its theological essence. The danger of "circulus vitiosus" is quite evident. Probably, the only possibility how to avoid it will consist in providing the maximum chance for private law since the very beginning. It means not to replace, or better not to substitute private law by public everywhere, if possible. The paper puts an emphasis on this extremely demanding task requesting in dependence on a particular situation in the society verbatim permanent optimization of the relationship between private and public law.