

## STÁTNÍ MOC A PACHATEL: PRÁVO NEVYPOVÍDAT PROTI SOBĚ K OBECNÝM PRINCIPŮM TRESTNÍHO ŘÍZENÍ

BOŠTJAN M. ZUPANČIČ\*

### ÚVOD

OBVYKLÁ paralela INKVIZITORNÍHO A KONTRADIKTORNÍHO MODELU trestního řízení odvozuje svou trvalou existenci od konstantní neslučitelnosti dvou konfliktních základních filosofí týkajících se vlastní prapodstaty zákona. Tyto dvě odlišné politické, ideologické a sociálně psychologické filozofie pramení v historii a tradici konkrétní společnosti, ať již demokratické nebo nedemokratické. Jsou dány historicky a velmi těžko se mění. Představují dvě základní mentality, dvě fundamentálně odlišné politické a ústavní tradice. Jejich současná zamýšlená konvergence je zarámována určujícími základními postoji.

Na jedné straně existuje *autoritativní* legální filozofie.<sup>1</sup> Dívá se na právo dogmaticky a deduktivně, tj. jako na soustavu imperativně uložených zásadních před-

\* Dipl. jur. (Lab.), LL.M., S.I.D. (Harv.), profesor teorie práva a trestního práva, Univerzita v Lublani, soudce ústavního soudu Slovinské republiky.

<sup>1</sup> Mluvíme zde o dvou „ideálních“ weberovských typech, o tj. poněkud hypotetických a přehnaných „modelech“ nebo „postojích“, jež v empirické právní, politické, ideologické a antropologické společenské realitě neexistují ve své čisté podobě. Nicméně se znovu a znovu projevují jako doložitelné tendence v rozhodnutích soudů, v zákonodárství, v tom, jak si vede (dobře nebo špatně) policie, atd.

pisů, které musí být vnuceny všem právním subjektům. Tato tradice vnímá právní řízení jako něco zcela vedlejšího z hlediska realizace materiálních předpisů, neboť tyto předpisy fungují jako nesporné imperativy autoritativních mocenských struktur. Tak například kompletní důraz kontinentální právní tradice je položen na materiální aspekt zákona.<sup>2</sup> Počátkem všeho je Kelsenova nevysvětlená premisa,<sup>3</sup> že funkcí zákona je vnést pořádek do nepravdělných, nelogických, neracionálních a neuspořádaných postupů, jež jsou výsledkem antagonistických lidských vztahů v přirozeném životě společnosti.

Na druhé straně máme *liberální*<sup>4</sup> právní filozofii. Vidí právo induktivně a pragmaticky – v tradici „mísící díže“ – jako instrumentální proces pro řešení konfliktů všeho druhu. V této liberální interpretaci funkce zákona ve společnosti je společenská funkce právního procesu poněkud méně ctižádostivá, poněkud organičtější. Považuje smírné řešení konfliktů za primární účel zákona, přičemž věcná kritéria pořádku, spravedlnosti apod. tvoří druhotný důsledek tohoto procesu. Pouze tato tradice dovolila, aby soudce Oliver Wendell Holmes zvolal: „Život zákona není logika, je to a vždy byla zkušenost!“

Je zde psychologická analogie s rozlišením mezi liberální a autoritativní filozofií. Toto rozlišení je reflektováno v rozdílu mezi typickým kontinentálním deduktivním zdůvodňováním („positivistickým“, „dogmatickým“, „pandektistickým“) a širším angloamerickým způsobem právní argumentace, jež je naopak založena na analogii *stare decisis*. Tento druhý přístup bychom například očekávali od ústavních soudů v rámci kontinentálních jurisdikcí, avšak nejčastěji bývá zablokován prvním z obou postupů.

Empirické psychologické studie potvrzují podstatný rozdíl mezi těmito dvěma základními postoji. Rozdíl však nespočívá v kognitivním způsobu vnímání „pozitivistů“ na jedné straně a širším právním poznáním „analogistů“ na straně druhé. Rozlišení je hlubší, než pouze intelektuální; je to rozdíl mezi dvěma komplexními hladinami rozvoje osobnosti.

Hlavním rozlišením je zde rozdíl na úrovni autonomie (legálního) zdůvodňová-

<sup>2</sup> Podle mého názoru má obecné porovnání procesního a materiálního aspektu práva výraznou vysvětlující hodnotu. Především bychom neměli samotné rozlišení mezi procesními a věcnými aspekty zákona považovat za něco přirozeného a zřejmého; za druhé bychom měli položit otázku, proč funguje zákon prostřednictvím těchto dvou oddělených funkčních aspektů, nikoli pouze jednoho z nich; což potom za třetí soustřeďuje pozornost na hlubší pochopení pravdivé – a spíše skromnější – a přirozené funkce zákona ve společenských vztazích, než jakou mu zpravidla připisujeme.

<sup>3</sup> Kelsen, *Pure Theory of Law* (University of California Press, Berkeley, 1967).

<sup>4</sup> Hobbes, *Leviathan* (The Bobbs-Merrill Company Inc., Indianapolis, N.Y., 1958). Širší definici „liberální tradice“ viz Unger, *Knowledge and Politics* (The Free Press, N.Y., 1974) na s. 63–144.

ní.<sup>5</sup> „Pozitivistické“ zdůvodňování a jeho základní právní formalismus jsou výrazem rozvinutého způsobu usuzování, který nazývají psychologové „institucionální fáze morálního vývoje“. Je „pokročilým“ v porovnání s lidovým způsobem posuzování toho, co je správné, neboť právě lidový přístup je velmi výrazně ovlivněn společenským prostředím, kterému říkávají psychologové „interpersonální matice“, v níž se daná osoba sama vyskytuje v okamžiku, kdy pronáší svůj soud. Právě z tohoto důvodu podléhají prostí lidé tak snadno indoktrinaci: věnují pozornost převážně tomu, „co tomu řeknou ostatní“.

Tak například trestní soud, který řeší případ notorického pachatele, musí vzdorovat tlakům veřejnosti, mediálním tlakům apod. Musí obhájit svou institucionální autonomii zdůvodňováním a souzením nezávisle na „lynčujícím davu“, tj. nezávisle na hněvivé rozvášněnosti davů. Většina právníků dobře chápe rozlišení mezi těmito dvěma způsoby morálního vnímání. Avšak takové rozlišení se opakuje na vyšší úrovni jako paralela „institucionálního“ a „interindividuálního“ způsobu usuzování. Druhý z obou není zcela vázán formální logikou vycházející z principu legality, není však libovolný. Psychologové uvádějí zesnulého soudce Douglase z amerického Nejvyššího soudu jako typický příklad vysoce rozvinutého způsobu interindividuálního (autonomně legálního) zdůvodňování. Ti, kteří četli jeho názory, mi patrně dají za pravdu, že mezi způsobem zdůvodňování rozhodnutí tohoto soudce a jeho kolegu je zřetelný rozdíl.

Zde lze jednoduchou otázku redukovat na to, která z obou filozofií<sup>6</sup> je z funkčního hlediska správná, věrná právní tradici; jinými slovy která z obou adekvátně popisuje to, co fakticky činí zákon? Soudím, že trestní řízení, jako odvětví veřejného práva, je věcí atypickou, neboť původně se veškeré právo odvozuje od soukromých rozporů.<sup>7</sup> Soukromý spor je vzorový právní vztah. Původně bylo veškeré materiální právo funkcionálně orientováno na zábranu (smlouva) a nápravu (delikt) soukromých sporů, přičemž veřejná funkce práva byla v podstatě vedlejším produktem této původní funkce.<sup>8</sup> Punitivní represivní funkce státu, jakkoli je

<sup>5</sup> Viz Zupančič et al. *Freedom of Association* (Svoboda Sdružování, Ljubljana, 1989), na s. 23–38.

<sup>6</sup> ... nebo psychologů

<sup>7</sup> Gumplovitz, citované dílo, s. 11.

<sup>8</sup> Viz například von Bar, *The History of Roman Criminal Law* (Boston, 1916). Přestože to von Bar neříká takto specificky, zdá se, že římscí císaři, zejména Augustus, využívali již existující pojmovou a institucionální strukturu práva soukromého a vnutili jí punitivní funkci, počínající u *crimen laesae majestatis*. (Tak císař Augustus – Divus Augustus – ustanovil, že takovému zločinem bude plivnutí na jednu z jeho soch, případně odplivnutí před sochou.) Dokonce i mnohem později bylo například osobní ublížení soukromým deliktem, jak ukazuje institut odplaty *vergelde* ve středověkém zákoně, viz H. Berman, *The Formation of Western Legal Tradition* (Harvard University Press, Cambridge, Mass., 1983).

podstatným prvkem státu a jeho potřeby udržovat klid ve společnosti, není ani historicky ani funkčně funkcí *legální*. Stává se to právě tou měrou, jakou je stát ochoten stát se soukromou stranou, z hlediska procesního práva rovnou procesní straně, a to v procesu kontradiktorního řízení před nezávislým soudem. Historicky vzato se jeví jako milníky tohoto vývoje v Anglii *Magna Carta* (1215) a na kontinentě Beccariova kniha *Dei delicti et delle pene*<sup>9</sup> (1764). Je zjevné, že trestní právo a trestní řízení ve státě založeném na takovém ústavním kompromisu, jakým byla *Magna Carta*, se bude velmi lišit od trestního práva a trestního řízení v nedemokratickém státě, a to navzdory povrchním podobnostem. V prvním případě bude stát principiálně soukromým žalobcem v procesu protistran trestního řízení před nezávislým soudcem a soudcovským sborem, kdežto v nedemokratické situaci má celý trestní soudní proces tendenci stát se pouhým nástrojem represe v ruku státu: tedy pouhým mutantem a klamnou imitací ryziho soukromně právního soudního řešení sporu.

Konkrétní model trestního řízení v dané společnosti tvoří zpravidla vysoce symptomatický a symbolický vedlejší produkt jeho odpovědi na ideologickou otázku postulovanou na počátku předchozího odstavce. Rovněž odpověď na tuto otázku je v konečném přístupu zcela prostá. Pokusme se ilustrovat toto dilema hypotetickou paralelou. Pokud by bylo právo božským nástrojem spravedlnosti v ruku všemocného a vševědoucího Boha – a nikoli pouhým nedokonalým lidským nástrojem pro řešení konfliktů – pak by materiální zásady spravedlnosti vyjadřovaly „absolutní morálku“ a řízení by pouze sloužila pro realizaci této „morálky“. Vševědoucí božská autorita by neměla žádné problémy s nalezením Pravdy ani s následným posouzením její zpravidla matoucí složitosti, ani s aplikací svých zásad založených na „absolutní morálce“. A více než to, vlastně by byl jakýkoli typ řízení v tomto okamžitém rozeznání podstaty naprosto přebytečný. Bůh je nadán okamžitým poznáním a pochopením všech aspektů lidské pravdy.<sup>10</sup>

V opačném případě si můžeme představit situaci lidštější. Dejme tomu, že na souostroví Samoa nebo Fidži nebo v pralesích papuánské Nové Guineje žije prvotní lidské společenství, v němž čas od času vznikají spory. Společenství může nechat tyto konflikty, aby se vyřešily samy fyzickým bojem, a v takovém případě se spravedlnost rovná fyzické síle. Protože by však „válka každého proti každému“ redukovala pletivo vazeb ve společnosti na „prach jedinců“, musel být nastolen „pořádek“.

Že se jedinci ve sporu nesmí utíkat při řešení svých neshod k užití fyzické síly,

<sup>9</sup> Beccaria, Cesare, *On Crimes and Punishments* (Bobbs-Merrill Company Inc., N. Y., 1963).

<sup>10</sup> Ve slovinštině je říkadlo z mateřské školky, jež zní: „Bog vse vidi, Bog vse ve, greh se delati ne sme!“ – v překladu zhruba: „Bůh vše vidí, Bůh vše ví, hříš se udělat nesmí!“

to je první princip každého lidského společenství.<sup>11</sup> Tento pojem je zdůvodněn společenskou a právní skutečností. Jako základní předpis je prvotní jak historicky, tak i funkcionálně. Funkční prvotnost zásady zakazující použití násilí je čímsi intuitivně zřejmým. Kromě toho lze snadno uvést důvody tohoto intuitivně zjevného předpokladu. *Především* je jasné, že zrušení jakéhokoli státu by okamžitě vyústilo ve všeobecné využití síly ve společnosti (anarchie); *zadruhé* by tato regrese k válce všech proti všem, *bellum omnium contra omnes*, učinila veškeré postupy právního řešení konfliktů *eo instante* nadbytečným. *Zatřetí* – použijeme-li obrácené logiky – je tudíž jasné, že vlastním účelem státu je monopolizace využívání moci ve společnosti, a konečně *začtvrté* musí stát vytvořit zákonnou proceduru k tomu, aby nabídl alternativu fyzické síly jako nástroje řešení konfliktů.

Tyto postupy legálního rozhodování konfliktů, nahrazující využívání tělesné síly, jsou tudíž věci sekundární. Materiální pravidla (a v souvislosti s tím iluze věcné „spravedlnosti“) jsou od těchto postupů odvozeny, a proto tvoří terciární vrstvu. Normy hmotného práva, jež nám poskytují „představu spravedlnosti“, tj. to, co zpravidla nazýváme „zákonem“, jsou jakousi vysráženou usazeninou předlouhé a neustávající (soudní) akumulace procedurální zkušenosti s řešením konfliktů prostřednictvím síly logiky – spíše než prostřednictvím logiky síly.

Zde se nám ovšem okamžitě vnutí otázka týkající se těch situací, kdy stát – který je současně ručitelem za nevyužívání síly a monopolistou veškeré fyzické síly – se stane sám stranou právního řízení. Jakkoli je zjevné, že *de facto* může stát využívat síly kdykoli se mu zlíbí, *de iure* této síly nesmí použít, má-li být zachována podstatná legitimita procesu.

Logicky z toho plyne, že inkvizitorní model trestního řízení (a dále i filozofie zákona, na níž je založen) je domyšlivý, arogantní a autoritářský. Je domyšlivý proto, že jeho východiskem je explicitní premisa, vzorově realizovaná v pronásledováních „svaté inkvizice“ za tím účelem, aby byly lidské předpisy projevem Boží vůle, a dále s předpokladem, že lidská spravedlnost je s to poznat úplnou pravdu.

<sup>11</sup> První zásadou římského práva dvanácti desek (*Leges Duodecim Tabularum*) bylo: „*Si in ius vocat, ito!*“, což lze přeložit takto: „*Jsi-li vyzván před soud, musíš jít!*“ Nejzákladnější právní implikací v tomto případě je (1) že je třeba všechny konflikty řešit právním postupem a (2) že se zakazuje utíkat se k svépomoci. To, že se musí obžalovaný dostavit před soud, to je i v moderním trestním řízení jedna z procedurálních zásad, z níž nemůže být výjimky. Pashukanis má ve své slavné práci *Law and Marxism* (Ink Links London, 1978) některé zajímavé interpretace této věty římského práva: „*Si in ius vocat, ni it, antestamino igitur in capito!*“ (na s. 166).

Nicméně je Gumplovitz ve své práci *Rechtsstaat und Sozialismus* (Innsbruck, 1881) – citovaný Pashukanisem na stránce 145 – autorem slavné věty: „*Veškeré právo se odvozuje od soukromého sporu*“, což je zde jedna z počátečních premis: „*Veškeré právo se odvíjí od soukromé kontroverze*“, což je jedna z našich počátečních premis. Občanský proces, jako kontradiktorní řízení dvou sobě rovných (stejně bezmocných) stran je základní, a trestní řízení je od něj odvozeno.

Je arogantní proto, že si představuje, že mu uvedená domyšlivá premisa rovněž poskytuje – kromě faktického zmocnění – také morální licenci prosadit vše to, co *on sám* považuje za „pravdivé“ a „spravedlivé“. A nad to vše je autoritářský, neboť domyšlivost a arogance zde slouží jako druhotná zdůvodnění pro usurpování moci, kterou si jeden člověk osobuje nad druhým člověkem. Ta skutečnost, že je tato moc ztělesněna ve státě, jak uvidíme, na tom málo mění.

Takto tedy lze nahlížet na trestní řízení buď *dogmaticky*, jako na potvrzení morálních hodnot (v podstatě osobních názorů těch, kteří mají moc sepsat materiální předpisy trestního práva),<sup>12</sup> anebo je lze vnímat *pragmaticky*, jen jako další řešení konfliktu mezi státem a obžalovaným jako mezi dvěma rovnoprávnými legálními subjekty, jako v každém běžném občanskoprávním procesu.<sup>13</sup> Obecně, a zejména pak ve vztahu k pravdě, kterou by měl trestní proces domněle odhalit, je první zmíněná filozofie absolutistická (dogmatická) a druhá je relativistická (pragmatická). Není zapotřebí velké dávky právní představivosti, abychom viděli, že specifický rozdíl mezi občanským a trestním řízením by vymizel, pokud by trestný čin byl pouhý nedovolený čin. Ale protože se pachatel a jeho čin vyznačují „morální odpudivostí“, stává se hledání pravdy, které je v občanském řízení relevantní pouze tou měrou, jakou přispívá k vyřešení konfliktu, v trestním řízení cílem samo o sobě.

Je-li nalezení pravdy nedotknutelným cílem trestního řízení, dostaneme čistě *inkvizitorní* model. Je-li hledání pravdy pouhým nástrojem řešení konfliktu, dostaneme čistý *kontradiktorní* model trestního řízení. A tak tedy v závěrečné analýze vše závisí na vnímání oné slavné „pravdy“, kterou by mělo trestní řízení nalézt.

Avšak i skromně filozofický pohled na to, co tvoří „pravdu“ ve (formálním) trestním právu, nám odhalí, že toto „nalézání pravdy“ je čímsi velmi málo ob-

<sup>12</sup> Viz brilantní analýzu S. Ranulfa v jeho *Middle Class Psychology and Demand for Punishment* (Schochen Books, N.Y., 1970) a předmluvu k ní od H. Lasswella. Ranulf přesvědčivě demonstruje, že „pravda“, jak je definována inkriminací materiálního trestního práva, je do značné míry jakýmsi plodem středostavovského *resentimentu* – velice podobného typu, jako s ním přichází Nietzsche ve své *Genealogy of Morals, Second Essay*, a také Freud ve své *Totem and Taboo* (Vintage Books, N.Y.). S tímto zřetelem je běžné zdůrazňování faktu „hledání pravdy“ v americkém trestním řízení, tj. v případech Nejvyššího soudu, pouze knozologickou kuriozitou. Snad pouze demonstruje, že je právníká profese až příliš hermeticky oddělena od zbytku společenských věd.

<sup>13</sup> Je možná s podivem, že mnohé ústavy nových států ve střední a východní Evropě, stejně jako mezinárodní akty, které tyto ústavy musely vzít na zřetel, hovoří o „*naprosté rovnosti mezi státem a obžalovaným*“ v trestním řízení. Jelikož stát (jeho výkonná moc) a obžalovaný jsou nerovní, pokud se týče faktické fyzické moci, jasně by rovnost musela znamenat, že by státu mělo být zakázáno použití fyzické moci nad obžalovaným. Ale to je prostě nemyslitelné, neboť zatčení, vazební vyšetřování, vazba apod. jsou všechno projevy fyzické nadřazenosti státu. Kdyby však byla v procedurální legislativě důsledně respektována rovnost, muselo by se trestní řízení nutně podobat normálnímu občanskému kontradiktornímu řízení.

jektivním a vědeckým. Při vnímání historické události je spáchání trestného činu (vedlejší premisa), které je předmětem zjišťování pravdy v trestním řízení, určováno předpisy (hlavní premisa) materiálního trestního práva obsahujícími kritéria (prvky trestného činu) selektivního (právního) vnímání.<sup>14</sup> Tady ovšem neexistuje nějaká nestranná, empirická otevřenost. „Pravda“ spočívá v thomistickém souladu mezi normou a faktem; je to pouhé *adequatio intellectus et rei* – a tudíž, jak to formuluje Hobbes „civil laws ceasing, crimes also cease“ (kde ustávají občanské zákony, tam ustává i trestní právo).<sup>15</sup> Hobbesův výrok, pokud chápeme jeho hlubší smysl, staví celý trestní zákon do správné perspektivy. Zločiny nejsou objektivní fenomény a objektivně neexistuje věc, jako je „vražda“ – pokud neexistuje zákon, který ji nazve tímto jménem.

Benevolentní pohled na inkvizitorní trestní proces by mohl být takový, že je dán potřebou posílení morálky, která si vynutila tuto proměnu normálního občanského

<sup>14</sup> Používáme termínů „percepce“ a „apercepce“ (vnímání) v jejich tradičním kantovském významu. Ovšemže neexistuje čistá percepce, tj. pouhé sensorické registrování nějakého předmětu nebo události. Proto může být rozdíl mezi percepcí a apercpcí pouze otázkou stupně. Nicméně kritizují laičtí spisovatelé trestní řízení právě pro jeho tendenčnost, jeho zabudovanou nerovnováhu, širší význam presumpce viny – neboť každá situace nazíraná brýlemi trestního zákona v sobě bude mít nějaké prvky viny, a to byl přesně jeden z argumentů vypracovaných Camusem v jeho románě *The Outsider*, kde byl nakonec obžalovaný usvědčen proto, že neplakal na pohřbu své matky. Stejného hlediska podle mne použil Dostojevský ve svém románu *Zločin a trest*, Kavka ve svém *Procesu* ba i Arthur Koestler ve své knize *Darkness at Noon*. Je s podivem, že my právníci si nikdy nebereme takové kritické připomínky k trestnímu řízení k srdci a případně nad nimi mávneme rukou jako nad „zbytkem, který je pouhou literaturou“.

<sup>15</sup> Ve filozofické tradici demonstruje rozlišení mezi pravdou jakožto *adequatio intellectus et rei* na jedné straně a *altheia* na druhé straně dva radikálně odlišné přístupy k realitě. Kdyby byl Dostojevský napsal svůj román s využitím termínů trestního práva, bylo by mu stačilo napsat jedinou větu „Raskolnikov je vinen vraždou prvního stupně“. Toto je typ pravdy *adequatio*. *Altheia* je patrně to, co odhalil ve svém *Zločinu a trestu*.

Pravdou oné „adekvátnosti“ je prostě soulad mezi hlavní premisou (*intellectus*) a vedlejší premisou (*res*). Že může být hlavní premisa jakési „bla-bla“, nebo tu-tu, tj. jako něco naprosto libovolného, je jasné. V důsledku toho je soulad samotný bezvýznamný, je-li bezvýznamná hlavní premisa. Například v kriminalistice se ochotně akceptuje, že jediným typem chování inkriminovaného ve většině společností býval incest; ale například ve Slovinsku není v současné době krvesmilstvo zločinem, a tedy věčná „pravda“ týkající se této „reality“ již prostě neexistuje. Hobbes měl pinou pravdu. Ale přirozeně to platí i naopak. Četné trestné činy *mala prohibita* nemají nic společného s nějakou společenskou potřebou nebo realitou, nicméně představují hlavní premisy toho typu hledání pravdy, kterým se (při vedlejší trestním řízení) ochotně obětují skutečná lidská práva. Absurdní příklad máme ze Sečuanu, z Čínské lidové republiky. Před několika lety zabili dva rolníci pandu, čínský národní symbol, stáhli ho a prodali kůži cizinci. Byli obžalováni z vraždy, odsouzeni a veřejně popraveni. Tolik pokud se týče pravdy, hledání pravdy a snad také posílení morálky. Neoficiální zprávy uvádějí počít dvacetitýř tisíc (*vsuktku!*) každoročních poprav v Číně! To vše jménem (trestního) práva a té pravdy, kterou definuje!

kontradiktorního postupu. To, co bylo původně – ba i v římském právu zhruba do doby Augustovy – morálně neangažovaným právním procesem, to se stalo (zejména po druhém lateránském koncilu jeden rok před Magnou Chartou) věcí podřízenou morálnímu rozhořčení, požadujícímu potrestání. Tento morální imperativ žádá, aby byla odhalena pravda o minulé, údajně trestné události (trestném činu), a tudíž normální právní postup, v němž je hledání pravdy pouze nástrojem pro vyřešení konfliktu, musí být upraven tak, aby posloužil tomuto účelu.

Normální kontradiktorní právní postupy jsou však postupy řešení konfliktu, nikoli nalezení pravdy. V historicky prvotních občanských řízeních, jako je nacházíme v římském právu, je pravda relevantní jen potud, pokud strany – každá se svou vlastní verzí pravdy – trvají na tom, aby byl konflikt vyřešen s uvážením toho a ve světle toho, co „se skutku stalo“. Pokud by strany učinily dohodu, *compromissum*, okamžitě se pravda od dané záležitosti přesune do pozadí a stává se irelevantní.

Zejména v inkvizitorním modelu trestního řízení se však již nic nevztahuje ke konfliktu, neboť zde již není konflikt: jak by mohl být konflikt mezi odpadlíkem, kacířem, čarodějnicí ... a Bohem samotným? Postup se zúžil na to, co fakticky označuje latinské sloveso *inquirare*: dotazování až k této „pravdě“.

Realita konfliktu, *nota bene*, implikuje (1) neslučitelnost těchto dvou účelů a (2) relativní a přibližnou rovnost obou stran. Taková rovnost je přirozeným vedlejším produktem základního zákazu využívání síly v kontextu právního řešení konfliktů a příslušných postupů. Moment svépomoci ve společnosti je zakázán, soukromé strany jsou si rovny ve své bezmocnosti, zatímco jsou institucionalizovány právní postupy k řešení konfliktů, jež byly dříve řešeny silou. Zatímco stát vytváří tuto bezmocnost tím, že monopolizuje fyzickou sílu ve společnosti, přejímá zákon řešení konfliktů. Vzhledem k tomu, že řešení konfliktů silou je přirozené, spontánní a instinktivní, musí náhražka, legální postup, který je náhradou síly, nutně být umělým, a v důsledku toho důmyslným systémem logiky práva – vpravdě imunitním systémem kultury i civilizace.<sup>16</sup>

<sup>16</sup> Útok zločince na společenskou hodnoty je ovšem také útokem na kulturu a civilizaci, avšak návrat k násilnému řešení konfliktů ve společnosti (anarchie, občanská válka) je pouze nakažlivou kriminalizací celé společnosti. Zákon tedy takto zabráňuje statisticky tomu, co chrání individuálně. Jinými slovy, pokud by nějaká společnost vyhlásila válku zločinu a rozhodla se, že zločinci vůbec nepřísluší právní ochrana, zrušila by v tomto ohledu zákon i civilizaci. To je vlastně to, co udělal Stalin, a to je rovněž to, čemu se říkalo „administrativní trestní řízení“, v němž úředník KGB v Ljubljance rozhodoval o osudu vězně. Diktatura a anarchie mají zjevně mnoho společného. V anarchii je použití násilí všeobecné, v diktatuře není stát nikterak omežován zákonem. Co to udělá s morálkou (normativní integrací) ve společnosti, to lze dnes pozorovat na fenomenálním nárůstu kriminality v bývalém Sovětském svazu.

Zákon ovšem vytváří požadovanou rovnost tím, že zakazuje fyzickou nadřazenost jedné strany nad druhou. Rovnost před zákonem, v širším slova smyslu, takto dovoluje, aby se dostaly na povrch některé neslučitelnosti zájmu, jež by jinak zůstaly potlačeny vzhledem k příliš velikému rozdílu fyzické síly.<sup>17</sup>

Každý nesouhlas rovněž předpokládá nějakou hlubší úroveň shody, a každý argument se přirozeně uplatňuje v kontextu nějakého obecnějšího konsensu o určitých věcech. Důkaz něčeho, formulováno gnozeologicky, je logickým nátlakem. Logický nátlak se vyskytuje v kontextu nezpochybnitelných axiomů, přijímaných pravd, morálních hodnot apod.

Normální trestní řízení, ba i řízení inkvizitorního typu, usiluje o to, aby se udrželo alespoň zdání kontextu. Pokud by tomu tak nebylo, bylo by řízení naprosto jednostranné a nic by nepodléhalo protidůkazu a argumentu – což by se výrazně přiblížilo ke Stalinovu „administrativnímu trestnímu řízení“, jak je popsáno v knize Arthura Koestlera *Darkness at Noon*.<sup>18</sup>

Když například hovoří americké soudy o „hledání pravdy“ a o důvodech své neochoty zatěžovat je zásadou výlučnosti, pak de facto hlásají, že se určité morální hodnoty nemají vyměňovat (při důsledné aplikaci) za právní principy („právní technické aspekty“), jako je výsada neobvinít sám sebe. Pokud ovšem právo nevypovídat proti sobě samému není nějaká libůstka americké ústavy, ale podstatný prvek legality a legitimity každého právního procesu, pak je spíše otázkou, zda je právní proces vůbec správným nástrojem k tomu, abychom se vypořádali s rostoucím společenským problémem kriminality.<sup>19</sup>

<sup>17</sup> V současném rozvoji ústavního soudnictví je zajímavé pozorovat, jak institucionalizace ústavních soudů ve střední a východní Evropě otevřela nové fórum právní rovnosti; v jejímž rámci je zákonodárství poprvé postaveno na jednu úroveň s individuálním občanem. Občan může žalovat legislativu (vzhledem k údajné neústavnosti nějakého konkrétního zákona), a tak se mohou dostat na povrch případy bezpráví (konflikty), jež byly dříve potlačeny, neboť neexistovalo takové fórum procedurální rovnosti. Podle mého odhadu představují předpisy trestního řízení asi jednu čtvrtinu celého nápadu ústavních soudů, resp v unifikovaných jurisdikcích (ve Spojených státech) snad až jednu třetinu.

<sup>18</sup> Dílo citováno, pozn. 14.

<sup>19</sup> Měli bychom mít na paměti, že právní postih pachatelů je vynucen jedinou skutečností a jedinou ideologickou premisou. Fakt je, že potrestání je nepřijemné. Hrozba jeho uvalení vytváří neslučitelnost zájmů mezi státem a jedincem, a tudíž potřebu vypořádat se s konfliktem, který plyne z této neslučitelnosti. Ideologická premisa spočívá v tom, že by se s jedincem mělo zacházet jako se subjektem, nikoli jako s objektem takového zacházení, a tudíž by měl těžit z právní rovnosti.

Učíte trest čímsi příjemným, a podařilo se vám odstranit potřebu právního postihu; jednejte s jedincem jako s objektem a potřeba právní rovnosti zmizí.

Požadavek právního postihu lze opustit buď s přihlédnutím k jedinci, anebo s přihlédnutím ke společnosti. Úplně opustit právní řešení se zdůvodněním naléhavých potřeb společnosti (uvádění

Pozitivní ideologické a politické konotace poněkud nesoudržného, protimluvného a neefektivního právního řešení antisociálního chování ve společnosti je zde implicitním připuštěním (protispolečenské) rovnosti jedince, a tudíž jde o vznešenost, v jejímž právním kontextu se s osobou zachází spíše jako s rovným subjektem, nežli jako s objektem nuceného zacházení.

Je tudíž velmi důležité, abychom pochopili, že jsou-li zde společenské hodnoty vyváženy, není to v zájmu účinné represe zločinnosti („hledání pravdy“) proti ústavním právům jednotlivého občana. Ústavní práva obžalovaného delikventa jsou pouze vysoce prestižním symbolem společenské hodnoty demokracie a svobody. Právní přístup k represí zločinnosti je ve své podstatě ambivalentní, a tudíž je hlavně neefektivní. Logicky z toho plyne, že podstatná hodnotová volba již byla učiněna v okamžiku, kdy státní praxe trestů byla podrobena právnímu soudnímu řízení: efektivita potlačování zločinnosti byla obětována společenské hodnotě svobody jedince.

*Takto tedy již byl učiněn inherentní ideologický ústupek ve prospěch svobody ve společnosti již tím faktem, že byla státní trestní moc začleněna – a v důsledku toho omezena – do legálního kontradiktorního procesu.*<sup>20</sup>

Pokud se týče moci, jak to bohatě demonstruje většina diktátorských režimů, neexistuje přirozeně nic, co by fakticky přinutilo stát, aby se vzdal své trestající moci ve prospěch vlády zákona.<sup>21</sup> Tento ústupek – v úplnosti nebo částečně – může být ovšem kdykoli opuštěn. Věc, o kterou zde jde, není jen legální důslednost.

rostoucí kriminality) zůstává aktuální. Avšak opuštění ad hoc (nebo alespoň pozastavení – viz holandský příklad podle poznámky 21) základních principů právního řízení, to není řešení. Pokud se má opustit právní proces, musí za něj nastoupit nějaká konzistentní a spravedlivá náhrada, což má nevyhnutelně vpravdě revoluční charakter.

<sup>20</sup> ...jelikož stát, jako nejmocnější strana ve společnosti, se zajisté nemusí postavit na jednu úroveň s jednotlivým pachatelem trestného činu.

<sup>21</sup> I v kontextu moderního právního státu, tj. státu, který o sobě prohlašuje, že se řídí zákonem, není nemyslitelné, aby stát vyhlásil třeba „válku drogám“ a vyňal ji z právních omezení – zejména pokud se týče pravomocí policie. Něco podobného se de facto děje právě nyní v Holandsku, kde „válka drogám“ se vede zcela mimo trestní řízení, a kde policie získala jakousi nezávislou pozici nejen vůči soudům, ale také vůči státnímu zástupci. Něco takového lze čekat stále více, neboť v oblasti drog máme co činit s mezinárodními konspiracemi. Ty jsou de facto nejen „státy ve státech“, jsou to mezinárodní „státy nad státy“. Tradiční právní slušnost zde, jak se zdá, není vůbec na místě.

Avšak to, co se zde vskutku děje, je něco mnohem horšího. Anomální procesy ve společnosti, jež je neochotna měnit své institucionalizované hodnoty, dosáhly takového bodu intenzity, kde tyto vlastní hodnoty – mezi nimi vláda zákona – je třeba opustit ve prospěch toho, že se stát uchýlí k prelegálnímu režimu řešení problému drog, který je sám o sobě důsledkem shora zmíněné neochoty ke změnám.

To pak podrývá politický a ideologický stav svobody ve státě, vládu zákona apod., a postupně to podminuje, právě cestou tohoto obchvatu, nárok státu na historickou legitimitu. Jako by se

V tomto případě jde o společenskou strategii podporující institucionální *status quo ante*. Zjistí-li se, že ve jménu vlády zákona je taková podpora nemožná a kriminalitě je vyhlášena válka (válka vyňatá z legálních bariér, zábran a „technických detailů“), bude to znamenat závažnou ideologickou kapitulaci buržoazního právního státu, *Rechtstaat*.<sup>22</sup> V dlouhodobé perspektivě to pouze podmiňuje podporu společensko psychologického intervenování prostřednictvím všeobecné víry v legitimitu státu a zákona, v procesy normativní integrace. Urychlí to pouze uznávání přijatých společenských hodnot, *anomie*, přičemž rostoucí kriminalita je pouze jedním z jejích vedlejších produktů.

Jde o typickou zpětnovazební smyčku, o subsystém širšího společenského systému, který hrozí destrukcí základních principů státu a jeho nároků na důvěryhodnost. Pokud se stát definitivně projeví jako neschopný udržet válku se zločinem v kontextu důsledné aplikace vlády zákona, může to předurčit konečnou destrukci státu.<sup>23</sup>

Mohli bychom tedy očekávat – ze strany státních institucí – krajní úsilí podpořit legitimitu vlády zákona v trestním řízení, a to nikoli v konkrétní rovině, a nikoli v zájmu individuálních obžalovaných, avšak z hlediska univerzální roviny společnosti a státu jako celku. A protože je v zájmu státu, aby podpořil svou vlastní důvěryhodnost, musí být v zájmu státu také to, aby podporoval vládu zákona a udržel jeho válku se zločinem v rámci legitimního právního řízení. Je-li stát nucen rostoucí kriminalitou, aby porušoval tento rámec a utíkal se od vlády zákona k vládě ryzí moci, bude to podle mého názoru znamenat výrazný krok k destrukci samotné podstaty základů státu.

takto připravovala cesta pro jiný typ společenské změny, jelikož se situace musí zhoršit, než se může opět zlepšovat.

<sup>22</sup> Tato kapitulace bude víc než pouze ideologická. Omezení svobody pro zastavení kriminality postaví buržoazní stát do stop někdejších komunistických států. Komunismus, jako všechny totalitní režimy, obětoval svobodu (své vizi) pořádku, a v důsledku toho i snížení kriminalitě. V závěrečné analýze se ovšem komunismus zhroutil, neboť udušil iniciativu a tvořivost.

<sup>23</sup> Fakticky zde tedy nejde o právní legitimitu trestního řízení, avšak o daleko širší a daleko fatálnější věc, kterou je přežití státu tak, jak jej známe. Vyvažování ústavních hodnot ze strany soudů takového státu by tak, jak bychom očekávali, vzalo na zřetel fundamentální morální důležitost ideologického nároku státu, že se on sám řídí zákonem. V tomto kontextu je „válka zločinu“ rovnocenná občanské válce uvnitř takového státu. Tuto válku vede konzervativní ideologické křídlo společnosti na jedné straně a křídlo zasažené anomii, nepřijímáním tradičních společenských hodnot, tj. těmi, kteří vnitřně nepřijali institucionizované hodnoty dané společnosti. Zdá se, že rostoucí statistické ukazatele zločinnosti naznačují, že to druhé křídlo již není pouhou normální statistickou odchylkou. Je to čím dál tím víc pravda, neboť kriminalisté poukazují na to, že korupce odvozená od obchodu s drogami hrozí, že ovlivní nejen politickou scénu – pomysleme na to, co se děje v Itálii – ale také státní byrokracii, soudní systém – stručně vzato celou společenskou strukturu.

## PROCESNÍ PRINCIP LEGALITY

V materiálním trestním právu je princip legality již od doby, kdy Beccaria uveřejnil v roce 1764 svůj traktát *Dei delitti e delle pene*, kardinálním kritériem soudnictví. V devatenáctém století definoval Němec Franz von Liszt tuto zásadu latinským výrokem „*Nullum crimen, nulla poena sine lege praevia!*“

V procesním trestním právu však dosud takovýto princip legality chybí\*. Většina norem typického kontinentálního trestního řádu není doplněna sankcemi a lze je porušovat ze strany policie, státních zástupců i soudů, aniž to ovlivní (materiální) platnost konečného výsledku (rozsudek, usvědčení, odsouzení). Typické opatření, jaké můžeme najít v německém, v ruském a v čínském trestním řádu, rozděluje porušení procesního řádu na (1) absolutní a (2) relativní porušení, kde pouze porušení *absolutního typu* mají za následek automatické zahájení odvolacího řízení. Veškeré ostatní případy porušení předpisů trestního práva procesního jsou *relativní* v tom smyslu, že vyvolají zvrát pouze tehdy, pokud by mohly ovlivnit materiální správnost nebo *faktickou* věrohodnost konečného výsledku trestního případu. Obecná procesní klauzule, kterou považují za nejtypičtější opatření kontinentálního trestního řádu, zní přibližně takto: „*Veškerá ostatní porušení budou důvodem změny rozhodnutí pouze tehdy, pokud způsobila porušení materiálního trestního práva, nebo pokud ovlivnila věrohodnost konečného rozsudku.*“

Americká debata, jež vedla k zavedení zásady výlučnosti, kterou zhustil ve svém aforismu soudce Cardozo: „*Konstabl udělá přehmat a pachatel jde na svobodu!*“<sup>24</sup> V kauze *Mapp versus Ohio*<sup>25</sup> například tvrdil soudce Frankfurter, že taková procesní porušení ze strany policie, která bychom dnes nazvali „porušení ústavních práv obžalovaného“ je možno sankcionovat podle materiálního trestního práva, jako trestné činy, podle materiálního občanského práva jako přestupky a podle interních policejních předpisů jako disciplinární přestupky. V šedesátých a sedmdesátých letech vytvořila liberální většina v americkém Nejvyšším soudu, zejména soudci Douglas, Warren, Goldberg (v kauze *Escobeco*) a Brennan – tento poslední se svým slavným nesouhlasem v kauze *Leon versus U.S.*<sup>26</sup>

– ideu, že materiálně správné odsouzení nemůže obstát, pokud se k němu dospělo za přispění procesního porušování materiálních ústavních práv obžalovaného, tj. že materiální cíl neospravedlňuje procesní prostředky. Takto tedy učinil

\* Princip legality, jak jej chápe autor tohoto příspěvku, nelze zaměňovat s procesním principem legality, známým kontinentálním trestním řádům (např. § 2 odst. 3 tr. ř. ČR) [pozn. překl.]

<sup>24</sup> *People v. Defore* 242 N.Y. 13, 21, 150 N.E. 585, 587 (1926). Soudce Cardozo nepodporoval pravidlo výlučnosti.

<sup>25</sup> 357 U.S. 643 (1961).

<sup>26</sup> 468 U.S. 897, 104 S.Ct. 3405, 82L.Ed. 2d 877 (1984).

americký trestní řád rozhodující krok od toho, čemu já říkám „pomocné trestní řízení“ k systému, který lze nazvat „autonomní trestní řízení“.

K tomuto kroku se v podstatě dospělo liberální interpretací práva nevypovídat proti sobě samému v nejširším smyslu tohoto slova. Kdykoli se stal obžalovaný nedobrovolným zdrojem důkazů proti sobě samotnému, pokud nebyly dodrženy určité přísné ústavní předpoklady dobrovolnosti, byla aplikována zásada výlučnosti a rozsudek byl transformován na odvolání. Tato logika se uplatnila na požadavky pravděpodobné kauzy (artikulovatelnost, specifická, konkrétnost, antecedence), na šetření a vzetí do vazby (vyjma sedm dobře definovaných oblastí), na „plody zakázaného stromu“, a rovněž na výsadu v užším smyslu slova (svědecký důkaz). Přesto tato výsada neobviňovat sebe sama nedosáhla nikdy stadia konečné krystalizace. Soudce Douglas zodpovídal za uplatnění *penumbra doctrine* (doktriny polostínu) z hlediska různých aspektů čtvrtého, pátého, šestého a čtrnáctého Dodatku k Ústavě USA. „Polostín“ těchto pouze povrchně se lišících opatření se vskutku překrývá ve společné koncepci soukromí. Douglasova myšlenka soukromí ovšem nikdy nedozrála tak, aby z ní vznikla koherentní doktrina přísného předělu mezi státem a obžalovaným. Bylo to jasně důsledkem dodatečných jmenování do Nejvyššího soudu.

Soukromí je prostě právo občana, aby ho stát nechal na pokoji. V trestním právu to znamená dvě různé věci. Na jedné straně se to týká počátečního působení ze strany policie (prohlídka, zabavení, napojování na telefon, odposlechu – i dalších forem elektronického dohledu, zatčení, vazebního vyšetřování, záruk v případě shora uvedených opatření apod.), což vše se šíří v soustředných kruzích soukromí, které obklopují podezřelého (rozhovory, tělo, oděv, automobily, domácnost). Ústavní předpoklady pro taková narušování soukromí musí být (1) nařízena soudním příkazem, (2) musí existovat před takovým zásahem do soukromí a (3) musí být ospravedlněna pravděpodobným důvodem, a ten opět musí být (4) artikulovatelný, (5) konkrétní a (6) specifický.

Na druhé straně používá precedenční právo přímých tlaků na podezřelého nebo obžalovaného s cílem (1), aby souhlasil s prohlídkami apod. a (2), aby reagoval na otázky v kontextu vazebního vyšetřování. Dále připouští precedenční právo, aby měl obžalovaný (3) pomoc obhájce, když se vyšetřování soustředí na něj, a konečně (4), aby těžil ze zásady „ovoce ze zakázaného stromu“.

Společným jmenovatelem všech těchto záležitostí je *předěl* mezi bezmocným obžalovaným a mocným státem. A tomu se může říkat soukromí. Ovšem daleko specifičtější otázkou ve všech těchto případech je to, jak zabránit státu v přinucení obžalovaného, aby se stal nedobrovolným zdrojem důkazů proti sobě samému.

A proto právo nevypovídat proti sobě v pátém Dodatku, : že totiž obžalovaný *nesmí být nucen, aby svědčil proti sobě*, je souhrnem všech těchto problémů.

To, že tato myšlenka nikdy plně nevykristalizovala, lze vysvětlit nedostatkem základního pochopení, proč je vynucené sebeobvinění nepřijatelné podle principu vlády zákona. Protože použití síly je tak významné pro zatýkání a mnoho jiných věcí, které dělá policie, zřejmě to nikdy nenapadlo soudce nebo autory právních spisů, přestože precedenční právo vede empiricky právě tímto směrem, že totiž použití síly k ovlivnění právního výsledku procesu porušuje podstatu legality procesu i materiální legitimaci konečného usvědčení. Vysvětlení bylo až příliš jednoduché a příliš zřejmé na to, aby je bylo možno vidět.

Ve Spojených státech byly pokusy nejvyššího soudce Burgera k potlačení této logiky neplodné, dokud Reagan nejmenoval do Nejvyššího soudu dostatek konzervativních soudců. Teprve tehdy začalo v běžném trestním řízení podle precedenčního práva ve Spojených státech převládat omezování uvedeného práva podle soudce Rehnquista,<sup>27</sup> a v důsledku toho výlučný předpis povahy preskriptivní<sup>28</sup> se proměnil v předpis instrumentálního, „preventivního“ charakteru. Kyvadlo se nyní vychýlilo dramaticky doprava a je důležité pochopit, že je to politický ořez způsobený novým Reaganovým konzervativismem. Zdůrazňuji politický aspekt, neboť, jak jsme si již povšimli, jde v této otázce v podstatě o politickou volbu. Nic z toho by se však nebylo mohlo stát, pokud by doktrina načrtnutá shora byla již vykristalizovaná do jasné podoby platného procesního principu. Pokud by byla tato doktrina jasně ustálena jako nejzákladnější, předepisující princip v rámci náležitého procesního ustanovení ve čtrnáctém Dodatku, nebyl by ji mohl nejvyšší soudce Rehnquist redukovat na instrumentální předpis. Aby mohl omezit dopad výlučného předpisu, musel jej nejprve oddělit od práva nevypovídat proti sobě, a pak zajistit, aby vypadal jako prostý preventivní výchovný prostředek, který odradí policii od nevhodného chování. To by byl nemohl udělat, kdyby již bylo bývalo ustanoveno, *za prvé*, že výlučný předpis je určitým *alter ego* daného práva a – což je ještě základnější – že toto právo není pouhým ústavním právem obžalovaného, ale fundamentálním předpokladem legitimního právního procesu, prapodstatou náležitého řízení a spravedlivého, fair procesu. Soudím, že autonomní legální ar-

<sup>27</sup> Rehnquist je nyní nejvyšším soudcem.

<sup>28</sup> Viz *People v. Briggs* 709 P.2d 911 (Colo 1985), II. B, poslední odstavce, kde byly přijaty moje názory. Jiný pisatel konstatuje, že „výsada proti sebeobviňování je tak prostým vyloučením podobného důkazu: bez takového vyloučení zde výsada neexistuje.“ Viz rovněž B.M. Zupančič, *The Privilege against Self-Incrimination* (1981) *Arizona State Law Journal* I u bodu 19: Tento bod ani nelze příliš zdůraznit. Materiální sankce proti policii, která privilegium porušuje, prostě nejsou adekvátní. To není otázkou zastrašení policie od budoucího nevhodného chování. Id. u bodu 19 n. 5.

gumentace musí dospět k závěru, že i při trestním řízení by porušování určitých základních zásad mělo ovlivňovat to, jak případ materiálně dopadne. Říkám tomu „procesní princip legality“\*. Abychom to řekli „po lopatě“, pokud policista učiní nepřístojnost, měl by jít pachatel na svobodu. Jelikož se to jeví jako návrh radikální, zopakují několik logických kroků načrtnutých v úvodu.

## FUNDAMENTÁLNÍ POSTULÁT ZÁKONA

Vycházíme z premisy, že nejzákladnějším předpokladem a podstatou společenské funkce zákona je zábrana Hobbesovy války všech proti všem. Jinými slovy – není přípustné řešit konflikty fyzickým bojem mezi spornými stranami. Za tímto účelem je vytvořen stát, aby monopolizoval fyzickou sílu, a pokud se tento monopol zhroutí, vyústí to v občanskou válku a v následnou anarchii. Podstatou občanské války a anarchie je návrat k užití fyzické síly pro řešení konfliktů mezi lidmi.

Na druhé straně je podstatou vytvoření státu a jeho „zákona a pořádku“ nastolení míru, tj. náhrada užití prosté brutální tělesné síly jako metody řešení konfliktů mezi jedinci, skupinami apod. Soudnictví v tomto smyslu slova je alternativou fyzické síly, jež – pokud by se vymkla kontrole – by přerušila vývoj a fungování kultury a civilizace. Logika zákona jako náhrady za užití síly mezi protivníky zase implikuje, že řízení společnosti se ujímají jiné hodnoty. Namísto fyzické síly nabývají na významu inteligence, tvořivost, rozvoj morálky apod.<sup>29</sup> Tyto vlastnosti by se eliminovaly za podmínek anarchie a občanské války. Nejvlastnější podstatou (společenskou funkcí) zákona tedy jinými slovy není to, čím pozitivně je, tj., že to není soustava sankcionovaných předpisů nebo cokoli, co se pokoušejí vyprodukovat ve svých definicích filozofové práva. Vlastní podstata zákona je negativní. Zákon je prostě zábranou využívání fyzické moci. Vskutku je zákon náhradou logiky síly silou toho typu logiky, jež je zakotvena ve slově „spravedlnost“. Avšak nejde zde o tuto alternativu logiky (alternativu spravedlnosti), neboť zákon vyhoví své společenské funkci i tehdy, nebude-li v žádném slova smyslu logický, spravedlivý apod.<sup>30</sup>

\* Tomuto chápání odpovídá obsah zásady zákonnost trestního řízení, jak je vyjadřuje § 2 odst. 1 tr.ř. ČR [pozn. překl.]

<sup>29</sup> Jedním ze základních sociologických zákonů je patrně požadavek minimální kladné korelace mezi silou a vlivem ve společnosti na jedné straně, a naopak mezi schopností a vlivem ve společnosti na straně druhé. Pokud je „přirozená selekce“ ve společnosti založena na fyzické brutalitě, obdržíme velmi odlišný obrázek ve srovnání se situací, v níž je brutalita postavena mimo zákon. Naopak se dostanou na povrch četné jiné lidské kvality, je-li tělesná brutalita zakázána. Konec konců právě toto nazýváme „civilizací“.

<sup>30</sup> Kelsen, *op. cit.* v pozn 3.

Foucault jednou řekl, že mír (vzato národně i mezinárodně) je prostě produktem trvale vyhlášené války. V určitém slova smyslu je zákon, když to domyslíme do konce, diferencovaným vyjádřením tohoto vyhlášení války každému, kdo by se utíkal k moci pro řešení svých problémů ve společnosti. Všechna právní pravidla jsou v poslední instanci sankcionována hrozbou fyzického násilí ze strany státu prostřednictvím trestního zákona. Toto vyhlášení války visí jako Damoklův meč nad každým antagonistickým vztahem ve společnosti. V mezinárodních vztazích, protože jde o vztahy mezi suverénními státy, a protože nad těmi státy již není žádný další stát, se ovšem konflikty pravidelně řeší užitím fyzické síly. Mohli bychom říci, že svépomoc je zakázána ve státě, avšak nikoli mezi státy.

Inkriminace svépomoci (tj. případy, kdy obžalovaný „bere spravedlnost do svých vlastních rukou“) je ve všech trestních zákonících přehlíženým přestupkem, a přitom je to nejzákladnější zákaz celého právního systému. Ale co mají všechny tyto věci společné s trestním právem procesním?

Profesor Ellis z univerzity Iowa argumentuje,<sup>31</sup> že nerozumíme původu prastaré ideje práva nevypovídat proti sobě tak, jak se například objevuje v pátém Dodatku americké ústavy. Řekl, že její logiku vidíme intuitivně, avšak nechápe me a neumíme vysvětlit, odkud pochází. Americký Nejvyšší soud, ba i za časů soudce Douglase, nebyl s to pochopit kardinální důležitost a základní zdůvodnění tohoto práva, a redukoval jeho použitelnost například na „svědecký důkaz“. Když soudci hovoří o soukromí v případech týkajících se trestního řízení, odvolávají se na právo obžalovaného, aby se do jeho věcí nemíchal stát, tj. policie. Když hovoří o právu na obhájce, tvořícího jakýsi typ nárazníku mezi policií a obžalovaným, jako v *Escobedo*,<sup>32</sup> *Miranda*<sup>33</sup> a zvláště v *Brewer v. Williams*,<sup>34</sup> pak je doopravdy řeč o vynucení práva nevypovídat proti sobě. Ale protože přitom není pochopena kardinální ústřednost tohoto práva v širším kontextu jurisprudence, mají soudy tendenci zacházet s ní jako s drobným procesním pravidlem, jež snad může mít jen náhodně nějakou ústavní relevantnost.

Trvalo mi mnoho let, než jsem dešifroval elegantní prostotu odpovědi na otázku profesora Ellise. Právo nevypovídat proti sobě není idiosynkratický bod americké ústavy. Římské právo ji znalo podle hesla „*Nemo contra se prodere tenetur*“, a to nebylo omezeno, jak také nemá být, na trestní řízení. Podstata věty „nikdo nesmí být nucen svědčit proti sobě“ jasně nespočívá v generálním zákazu sebeobviňu-

<sup>31</sup> Viz Ellis „*Vox Populi v. Suprema Lex: A Comment on the Testimonial Privilege of the Fifth Amendment* (Připomínka k právu svědka v souvislosti s pátou revizí) 55 *Iowa Law Review* (1970) 829.

<sup>32</sup> *Escobedo v. Illinois* 378 U.S. 478 (1964).

<sup>33</sup> *Miranda v. Arizona* 384 U.S. 436 (1966).

<sup>34</sup> 430 U.S. 378 (1977).



jících důkazů. Obžalovaný může kdykoli dobrovolně činit sebeobviňující výroky a předkládat jiné důkazy a policie nebo státní zástupce mu smí klást při křížovém výslechu lstivé otázky vedoucí k jeho usvědčení. Podstata tedy nespočívá v sebeobvinění jako takovém. Věc se má tak, že nikdo nesmí být fyzicky přinucen udat sebe sám.<sup>35</sup> Při každém právním procesu znamená únik k fyzické svépomoci (v rámci vlastního řízení) zhroucení celého smyslu zákona. Je jasné, že je-li účelem zákona zábrana svépomoci, tj. využití fyzické nadřazenosti jako prostředku pro výhru ve sporu, pak svépomoc v rámci řízení efektivně podřívá celou tuto myšlenku.

Takové rozvrácení právního procesu na logické a teleologické úrovni by bylo zřejmé, pokud by v občanskoprávním soudním sporu jedna strana fyzicky „donutila“ druhou stranu, „aby svědčila proti sobě“, bez ohledu na pravdivost svědectví. Takto tedy je heslo římského práva, podle něž nelze stranu nutit „*contra se prodere*“, odvozeno od intuitivního chápání povahy právního sporu.

Přirozenou cestou řešení konfliktů je agrese. Vytvoření státu a zákona představuje umělou náhražku za tuto přirozenou regresi k fyzickému boji. Takový umělý stav se musí neustále udržovat z hlediska faktického i morálního. Jak velmi přirozené to je, vidíme běžně na Balkáně: Okamžitý ústup k *bellum omnium contra omnes* nastal v tom okamžiku, kdy stát (jugoslávský) „zvadl a odumřel“. Lidé zřejmě nemají inhibice svých agresí, které například zabraňují lvům v tom, aby vyhubili sami sebe. Takové okamžité uchýlení se k agresi demonstruje, jak tenoučká je civilizační vrstva a jak velice umělý je proces zákona jako surogát využívání síly v mezilidských konfliktech.

Na druhé straně musíme pochopit pravlastní povahu každého konfliktu. Konflikt předpokládá dva prvky. Zprv je tu neslučitelnost zájmů. Tato neslučitelnost je příčinou konfliktu. Avšak – zadruhé – konflikt nenastane, pokud jsou strany příliš různé co do moci. Uskutečnění konfliktu formou války nebo tělesného boje má experimentální povahu v tom smyslu, že strany lpí na svých neslučitelných hypotézách, že mohou druhé straně něco poručit, pokud v případě faktického utkání vyhrají. Zde je boj experimentem změření sil. Je-li však rozdíl moci příliš veliký, pochopí strany předem, kdo z obou vyhraje v případě, že nastane skutečný souboj. Za takových podmínek postačí pouhá hrozba a hovoříme o prosté převaze

<sup>35</sup> Přirozeně smí být morálně donucen, ale nikoli fyzicky donucen, viz řešení „vazebního vyšetřování“, na které je odkaz v případě *Miranda* a v případech následujících. Rovněž *Brewer v. Williams* vyzvedává tuto záležitost.

jedné strany nad druhou.<sup>36</sup> Takto tedy tvoří přibližná rovnost moci druhý prvek konfliktu.

To je ovšem tou ideou, z níž pramení postulát rovnosti před zákonem. Zákonný zákaz využití svépomoci vytváří potřebu nadřazených legálních kritérií v tom smyslu, aby všechna ostatní kritéria – jako tělesná síla, společenský původ, bohatství apod. – se stala nepodstatnými, mají-li být rozhodující právní kritéria řešení konfliktu. Jinými slovy: rovnost před zákonem je nedílnou součástí umělého charakteru vztahu, nutného pro udržení nezbytné náhradní funkce práva pro řešení konfliktů.

Je rovněž zajímavé povšimnout si, že v přirozeném boji (v občanské nebo mezinárodní válce, ve sportovním utkání, jako je box nebo tenis) neexistuje nepřirozené oddělení mezi procesními a materiálními pravidly. Boj jako experiment je organickou směsicí postupu a materiální podstaty. Zde je procesem boj nebo hra a materiální kritéria výhry (nebo prohry) v konfliktu jsou zabudována do hry samotné.

Nicméně v tom okamžiku, kdy je zakázán přirozený boj nebo hra – jak tomu je při založení státu a při zavedení právního procesu jako náhražky boje – rozpadne se řešení konfliktu na dva oddělené aspekty: procesní a materiální. Pochopíme to, když si představíme, že otázka, kdo je lepší hráč tenisu, by měla být rozhodnuta nikoli tím, že se fakticky sehraje zápas (neboť „svépomoc“ je zakázána), ale nějakou umělou arbitráží. Taková arbitráž by musela vytýčit speciální rozhodovací postupy a musela by formulovat materiální kritéria (rychlost, reflexy, vytrvalost apod.) pro aplikaci v rámci takových postupů. Zde by ovšem rozhodnutí bylo simulací faktického utkání, kdežto podle zákona je rozhodnutí faktickou negací zápasu.<sup>37</sup>

Výtka standardního klišé, že „právo není sportovní akce“, nebere na zřetel, že zde vůbec nejde o to, zda jde o událost sportovní nebo jinou. V gnozeologické perspektivě je i válka, ať již občanská nebo mezinárodní, v podstatě rovněž jakousi „sportovní akcí“ v tom smyslu, že to je faktický pokus, v němž se empiricky

<sup>36</sup> Právě tento hojný přebytek moci je ovšem to, co dovoluje státu, aby udržoval věrohodnost „vyhlášení války“ podle Foucaulta. Podstatou státní monopolizace moci je vytvoření takového přesvědčivého rozdílu moci mezi organizací (policí, armádou apod.) a izolovaným jednotlivým občanem, že se pomyslení na vzpouru potlačí v zárodku. Freudovo dílo *Civilisation and its Discontents* je příběhem psychologické internalizace tohoto diferenciatu.

Není také bez zajímavosti povšimnout si, že všechny typy mafií (organizovaného zločinu) a konspirací, *komplotů* apod. jsou pro stát tak nebezpečné právě proto, že představují alternativní organizaci vůči státu. Spiknutí, jako „nejzárodečnější“ trestný čin v anglickém a americkém materiálním trestním právu, demonstruje, kde se stát cítí nejohroženějším.

<sup>37</sup> Je ovšem docela zajímavé, že americké „*plea bargaining*“, mimosoudní vyjednávání, je de facto simulací skutečného procesu.

konfrontují dvě konfliktní hypotézy, a takto si změří síly (pokud se týče moci jednotlivých stran).

Metaforická analogie „sportovní události“ je tedy v právním kontextu platná právě tou měrou, jakou akceptujeme základní liberální (hobbesovskou) hypotézu, že prvotní funkcí zákona je nahradit používání takové experimentální metody (moci a síly) v antagonistických vztazích mezi soukromými stranami (občanské právo), mezi soukromou stranou a státem (veřejné právo), mezi různými sekcemi moci a různými politickými frakcemi uvnitř státu (ústavní právo) a mezi jednotlivými suverénními státy (veřejné mezinárodní právo).

Tou měrou, jakou nahrazuje moc a síla v obou posledně jmenovaných případech, je zajímavé pozorovat převažující procesní aspekt (vyjednávání, zprostředkování, arbitráž, diplomatická aktivita) a absenci materiálně právního aspektu (spravedlnost, morálka apod.). Častá absence materiálně právních (umělých) kritérií při řešení mezinárodního konfliktu je důsledkem prostého faktu, že neexistuje moc třetí nadřazené strany (suverénní stát v občanské válce, nebo například mírové síly Spojených národů v mezinárodní válce), aby *vnutily* mír (a náhradní materiálně právní kritéria) těm stranám, které jsou zataženy do válečné hry.

Zde se nám *zprv* ukazuje primérnost procesních právních kritérií a funkční druhotnost právních kritérií materiálních, *za druhé* se projevuje závislost kritérií na jasné převaze sil, *za třetí* ten fakt, že primární funkcí zákona je procesní pacifikace, kde jsou logické a soudní komponenty pouze odvozené a druhotné, a konečně *začtvrté*, že právní proces vskutku není „sportovní akcí“ – je procesní *náhradou* experimentální logiky síly sportovní události materiální logikou (spravedlností) autonomního právního zdůvodnění. Nicméně tato náhrada logiky síly logikou spravedlnosti – a toto je zcela vše, co patří k podstatnému charakteru zákona a práva! – zůstává přesto více či méně pouhou *náhradou*. Materiální účinnost, tj. udržování míru, je věcí velmi křehkou a neustále závisící na vyloučení kritéria moci jako rozhodujícího aspektu v právním procesu. Jinými slovy: Proces je právní pouze do té míry, do jaké je z něj vyloučena síla. Z toho plyne rozhodující význam práva nevypovídat proti sobě, jakož i vyloučení „kontaminovaných“ důkazů pro legálnost trestního řízení.

Legálnost každého právního procesu je velmi zranitelnou civilizovanou alternativou k anarchii. Pro účely občanskoprávního řízení, v němž jsou dvě (rovnou měrou bezmocné) soukromé strany zapojeny do právního sporu, je snadné zabránit tomu, aby se strany utekly ke svépomoci, a uchovat rak legálnost procesu. Je tomu tak patrně ve většině oblastí soukromého práva. Avšak v trestním řízení je žalobcem sám stát. Pojednou právě tato entita, stát, personifikace veškeré fyzické moci ve společnosti, se redukuje na postavení stejně bezmocné, jaké má kriminálně

stigmatizovaný poddaný tohoto státu; ten nejsilnější musí být najednou jakýmsi způsobem roven (před zákonem) tomu nejslabšímu: pachateli trestného činu.

Taková věc je krajně nepřírozená<sup>38</sup> – a proto se také nejobtížněji zachovává. Za přirozených podmínek jasně nemůže být konflikt mezi jedincem a státem. Na to je stát až příliš mocný. Ale je v povaze zákona, aby rovnost nastolil. Nicméně vytvořením rovnosti zde zákon vytváří „přibližné vztahy rovnosti“, jaké by v přirozeném státě *neexistovaly*. Tvořením takovýchto vztahů rovnosti zákon doslovně *vytváří* konflikty. Nabízí fórum rovnosti, v němž se mohou projevat takové neslučitelnosti zájmů, jež by jinak zůstaly potlačeny příliš velikým rozdílem moci. Zákon je velký ekvalizér. Avšak opět si musíme povšimnout, jak velice křehká je tato umělá rovnost a jak snadno podlehne obrovské silové diferenci.

Když policie přinutí obžalovaného (sílu), aby se stal nechtěným zdrojem důkazů proti sobě samému, zůstane na povrchu všechno stejné a legální *decorum* není porušeno ani v nejmenším. Tato fasáda však kryje původní křivkovskou absurditu, v níž stát využívá klamného zdání právního procesu, aby skryl přesný opak zákona – okamžitou regresi k anti-právu.

Ti, kteří nesouhlasí, na tomto místě prohlásí: „Dobrá, tak může docela dobře vypadat vaše definice práva a protipráva; my definujeme právo jako moc trestat protispolečenské chování a trestní řízení jako aplikaci této moci. V takovémto kontextu „nekontaminují“ drobná porušení práva obžalovaného nevypovídat proti sobě konečné usvědčení a odsouzení antisociálního jedince. Mimochodem, jak to vypadá s ubohou obětí a jejich právy?“

Všechno to a ještě daleko více může být docela dobře pravda, zejména v zemích s vysokou *anomií*, a v důsledku toho i s vysokou kriminalitou. Vnucuje se otázka, zda jsou *právní* postupy vhodným nástrojem pro nutné represivní funkce státu. Konec konců je pachatelovo hrubé napadení jeho spoluobčana primárním výpadem proti zákazu svépomoci a tedy, jak by to nazval Hegel,<sup>39</sup> trestný čin představuje absolutní negaci právní normy.<sup>40</sup> Tato negace sama o sobě musí být negována – jinak by přestalo platit právo.

<sup>38</sup> Slovem „nepřírozená“ míním ovšem civilizovaná, kulturní, demokratická.

<sup>39</sup> Hegel, *Philosophy of Right* (Oxford, 1971) s. 67, § 95, viz rovněž ss. 90–102.

<sup>40</sup> Trestní sankce této negace přestavuje podle Hegela „negaci negace“, a tudíž znovunastolení normy. A dále – pokud rozšíříme tento typ zdůvodňování – právní norma může být *redundantní*, pokud je čistě *deskriptivní* („musíš dýchat!“) a *nesmyslná*, pokud je čistě *preskriptivní* („nesmíš dýchat!“). V důsledku toho má každá norma nějaký *deskriptivní koeficient*, a to v závislosti na počtu porušování této normy ve společnosti. Vzhledem k tomu, že pouze porušitelná norma má smysl, lze v každém případě rozšířit Hegelovo stanovisko: pouze norma, která je *zprv* vyhlášena, *za druhé* porušována (negována) a *za třetí* sankcionována (negace negace) je normou vskutku živou. A proto mají Francouzi pravdu, když říkají: „Předpisy se tvoří proto, aby byly porušovány...“

## O PRAVDĚ V TRESTNÍM PRÁVU

Než zareagueme na tyto závažné protiargumenty, zopakujme své argumenty orientované na zjišťování pravdy. Pokud se „policista dopustí přehmatu“, pokud poruší ústavní právo nevypovídat proti sobě, jež má obžalovaný, a pokud se v důsledku toho vyloučí důkaz, nedospěje takto získaná pravda k soudu a obžalovaný může být vskutku osvobozen. V tomto střetu procesních (ústavních) práv a materiálního trestního práva vzniká vnitřní rozpor právního systému.

Pokud budeme stranit ústavním právům obžalovaného, nebude materiální trestní právo obhájeno. Postavíme-li se na stranu materiálního trestního práva, budou porušena ústavní práva obžalovaného. Tak například americký Nejvyšší soud se snaží proplouvat těmito úžinami – mezi procesní Skyllou a materiální Charybdou – s využitím Benthamovy utilitární logiky aplikované na Samuelsonovu ekonomickou rovinu. Křivky procesního a materiálního práva se domněle protínají v jakémsi „optimálním“ bodě. V tomto bodě údajně získáváme maximální pravdu při minimálním porušení ústavních práv obžalovaného. Právě z tohoto důvodu nejvyšší soudce Rehnquist používá soustavně ekonomického žargonu a odvolává se na marginální užitnou hodnotu nebo její opak v případě dodatečného preventivního vyloučení důkazu – proto, aby odradil „konstábla od přehmatů“. Nejvyšší soudce Rehnquist ovšem ve svých ranných rozsudcích – než se tento postup mohl prosadit – musel potlačovat zásadu exkluzivity, což je vpravdě právě zmíněná realizace *preskriptivního* (ústavního) privilegia nevypovídat proti sobě, až jí nakonec zůstal pouhý *instrumentální* (preventivní) charakter.<sup>41</sup> To vše se provádělo ve jménu „hledání pravdy“: „Jak mnoho nalezené pravdy jsme ochotni obětovat za okrajový nárůst preventivního efektu výlučnosti předpisu?“ – to byl a zůstává *leitmotiv* neokonzervativců. Jako politická orientace to snad i vypadá dobře, avšak

<sup>41</sup> Než byl jmenován nejvyšší soudce Burger, bylo jasné, že liberální většina soudu docela dobře chápe *preskriptivní* povahu čtvrtého, pátého a šestého Dodatku ústavy. Sama formulace rozsudků, kterým se začalo v šedesátých letech a na počátku sedmdesátých let říkat „revoluce trestního řízení“ odhalovala tento předpisující, kategorický postoj. Viz *Spano v. New York* 360 U.S. 315 (1959), *Escobedo v. Illinois* 378 U.S. 478 (1964), *Miranda v. Arizona* 384 U.S. 436 (1966), *Brewer v. Williams* 430 U.S. 387 (1977) a také u rozhodnutí týkajících se prohlídek a zabavení (čtvrtý Dodatek) apod. K tomu, aby bylo možno otřást tímto „preskriptivním postojem“ týkajícím se autonomní pozice obžalovaného jako subjektu v trestním řízení, bylo nejdříve nutno redukovat exkluzivní zásadu na pouhou důkazní úroveň, jako v době předtím, než byla tato procesní sankce chápána (tj. začleněna do trestního řízení „soudní implikací“, jak říkával soudce Frankfurter) jako právo nevypovídat proti sobě. Pochopil to takto rovněž soudce Brennan, bohužel příliš pozdě, v kauze *Leon v. U.S.* (1984). Ještě předtím jsem navázal korespondenci s panem Brennanem a pak mi moji tehdejší studenti řekli, že jeho nesouhlas v kauze *Leon* reflektuje některé z názorů nyní probraných v tomto článku. Viz shora, pozn. 26.

především to není zákon, *zadruhé* ústavní práva obžalovaných zůstávají z procesního hlediska bez sankcí a – *zatřetí* – jako kriminologická strategie by to mohlo být dokonce kontraproduktivní s přihlédnutím k symbolickému významu trestního procesu a jeho dopadu na normativní integraci. Jelikož tato strategie existuje jménem „hledání pravdy“, nabízí se otázka, jaký typ pravdy zde obhajujeme. Jak uvidíme, ono již zmíněné kafkovské absurdno se zde stává klasickým začarovaným kruhem, který potvrzuje sám sebe. Argumentace pokračuje takto. Tou měrou, jakou je pravda v trestních případech souladem hlavní premisy definované materiálním trestním zákonem a skutečností případu jako vedlejší premisou, je tato pravda výsledkem souladu jich obou. Jelikož hlavní premisa, jak se definuje zákonodárně, je ve svém účinku reflexí své faktické moci – „*Ex factis ius oritur!*“ – může legislativa definovat vpravdě cokoliv jako zločin.<sup>42</sup> V některých kulturách je bigamie trestný čin, v jiných nikoli. Za určitých podmínek je zabití člověka vražda, za trochu jiných podmínek za ně můžete dostat medaili. Radovan Karadžić může být v Haagu válečným zločincem, avšak doma je válečným hrdinou. Pokud Milošević vyhraje šestou balkánskou válku, bude rovněž hrdinou, pokud nikoli, bude vrahem. Zda se z člověka stane vrah nebo hrdina, to záleží v konečné analýze na *moci* – nikoli na zákonu, a nikoli na morálce! Je to právě *moc*, co rozhoduje zda Hobbesovy občanské zákony odumřou nebo se zachovají!

Nehodlám popírat kriminologické reality rostoucí zločinnosti, a také bych nechtěl tvrdit, že je všechno materiální trestní právo poněkud libovolné – ale mít moc něco vyhlásit a prosadit, to je definitivní a nezvratnou podmínkou „pravdy“; je to podmínka *sine qua non*. To vše je v podmínkách zákona legitimní a logické, a abychom to řekli stručně: je to mandatorní náhražka za svépomoc ve společnosti.

Problém začíná v okamžiku, kdy přestane proklamovaný zákaz svépomoci v pseudolegitimním právním procesu pro jednu ze stran být závazný. Stát samotný, jehož právo zakazuje svépomoc, najednou používá svépomoci k prosazení těch (trestních) zákonů, které ji zatracují. Když se toto stane, a to je v tom případě, když výkonná větev státní moci učiní obžalovaného nedobrovolným zdrojem důkazů proti němu samotnému, je výsledek absurdní. Je absurdní proto, že v konečné analýze máme jediný druh síly a moci, té moci, jež dává mandát hlavním premisám materiálního trestního práva, a ty jsou prostě posíleny, potvrzeny apod. jiným typem síly a moci, té moci, jež v trestním řízení nutí obžalovaného, aby říkal: „pravdu“.

Jelikož jsou *materiální* definice trestů – v konečné analýze – vyzařováním státní

<sup>42</sup> Viz například brilantní článek, který napsal Quinney pod názvem „The Problem of Crime“ (Mead Co., N.Y., 1979).

moci, je použití téže moci pro opětovné potvrzení platnosti jejich „pravdy“ v trestním řízení – snad i prostřednictvím mučení – bludným kruhem znovupotvrzování něčeho, co by vlastně vůbec nemuselo existovat. Je-li čarodějnictví zločinem, pak „pravda“ čarodějnictví, a na to se můžeme spolehnout, bude odhalena v inkvizitorním procesu. *Mutatis mutandis* celý Hvězdný kabinet, inkvizitorní a jiné procesy produkují přesně tu pravdu, jakou je schopno produkovat šilenství legislativy. Příklad čarodějnictví se může dnes jevit jako exotický a přehnaný. Na druhé straně vykazují komparativní materiální trestní právo tak jasnou disparitu obvinění v různých jurisdikcích, že si pachatelé doslova mohou vyhledávat nejhodnější jurisdikci jako při nákupu v obchodě, což je závažný problém z hlediska potlačení organizovaného zločinu (typickým příkladem je „praní špinavých peněz“). Takové kruhové sebezpotvrzování je věcí typickou pro mýty. Nejen věda, ale i prostá racionálnost však žádá, aby bylo v pravdě možno odhalit falzum, tj. aby bylo možno doložit, že je něco falešné, mylné. Moderní trestní řízení již neprodukuje čarodějnice, a většina společenské patologie, kterou se zabývá, je přirozeně velmi reálná, ačkoli její relevantní pravda nemusí být legální, ale spíše sociologická, ba i politická. Takže hlavní problém, který máme s těmito typy procesů, je pouze morálka dvojích norem, která falzifikuje celou společenskou úlohu práva, kdykoli stát – jako v trestním řízení – smí používat síly a moci se záměrem, aby učinil druhou stranu nechtěným zdrojem důkazů proti ní samotné. Relevantní pravda tudíž nespočívá v jejím kruhovém znovupotvrzování v trestním řízení. Opírá se o obtížněji uchopitelnou sociologickou otázku, tj. jaké individuální chování je společensky nebezpečné a podvrtné tou měrou, že si zasluhuje potrestání? Kromě toho je ta poslední otázka závislá na stanovení pravých příčin společensky rozvrtného chování. Tato otázka je ovšem ve své podstatě otázkou politickou, neboť víme, že *anomie*, neuznávání přijatých společenských hodnot, vyplývá z toho, že institucionalizovaný společenský řád obhájí nepřiměřené hodnoty. Právě kolem toho by se měla točit skutečná debata.

Absurdní aspekt právě popsaného začarovaného kruhu je z hlediska individuálního obžalovaného přesně stejný, jako je všudypřítomný předpoklad viny, který je podstatou Kafkova *Procesu*. U Kafky jste vinen – protože jste vinen. Je-li porušeno právo nevypovídat proti sobě, jste vinen proto, že jste porušil zákon, a stát smí porušit nejzákladnější právní princip, aby dokázal, že jste zákon porušil. Jakmile jednou zapadnete do právní mašinerie, začnou být vaše činy nazírány prostřednictvím této sebezpotvrzující kruhové logiky a systém je vždy schopen najít punitivní aspekt všeho, cokoli učiníte. A tak tedy – i když zákon neinkriminuje čarodějnictví, nýbrž je kriminologicky vzato perfektně rozumný, může být racio-

nálnost zákona – ve weberovských termínech – redukována na iracionální moc, jež posiluje moc.<sup>43</sup>

## ZÁVĚR

Konec konců vzniká politická a ideologická otázka, kdo je zainteresován na tom, aby se platila tak vysoká cena za udržení sociálního míru. Cynikové řeknou, že trestní právo bylo vždy nástrojem represe. Ale věci nejsou tak jednoduché. Trest a hrozba trestem ze strany státu je touto represí. Avšak minimálně od dob Beccariových je trestní zákon naopak omezením, které je uloženo trestající moci státu.<sup>44</sup> Tou měrou, jakou moderní trestní řízení (připomeňme si proces O.J. Simpsona) klame lidi a svádí je k tomu, aby důvěřovali ve „fundamentální náležitý proces“,<sup>45</sup> „fér proces“, procesní „rovnost před zákonem“ apod., je její faktická úloha ve společnosti daleko rafinovanější, než aby to byla pouhá represe. Má vliv na psychologickou identifikaci se zavedeným systémem hodnot. A protože jsou tyto hodnoty historicky překonané, podporuje jejich přijímání rovněž přijímání, resp. internalizaci *anomie* a tudíž takové jevy, jako je masová schizoidizace, existence na kraji, patologický narcisismus,<sup>46</sup> psychopatie,<sup>47</sup> zneužívání dětí<sup>48</sup> apod. – samé formy

<sup>43</sup> Je docela dobře možné, že si taková země, jako jsou Spojené státy, nemůže dovolit trestní řízení, jež by bylo tak fair a tak racionální, a to s ohledem na svou neustále rostoucí zločinnost. Avšak *zaprve* je taková zločinnost problémem kapitalismu a jeho neochoty připustit, aby se rozvíjely adekvátnější společenské hodnoty, včetně *anomie*, která z toho plyne. *Zadruhé* je efektivita policie *ceteris paribus* klíčovou odpovědí na tento problém, a nikoli – a to *zatřetí* – kontaminace normálního právního procesu klamným zdáním legálnosti a morální legitimace.

<sup>44</sup> Klasické dílo o tomto omezení materiálním trestním právem napsal Jerome Hall: *The General Principles of Criminal Law* (Bobbs Merrill, Indianapolis, 1962), zejména v kapitole nazvané „The Principle of Legality“. Toto dílo je patrně jedinou konzistentní *teoretickou* prací o materiálním trestním právu ve Spojených státech. Viz rovněž George Fletcher *Rethinking Criminal Law* (Little, Brown and Co., Boston, Toronto 1978).

<sup>45</sup> Zmiňuji se o „fundamentálním náležitém procesu“, neboť toto syntagma použil americký Nejvyšší soud formou testu pro federální ústavní zasahování do trestního řízení v jednotlivých státech.

<sup>46</sup> Viz hlavní dílo Otto Kernberga, *Borderline Conditions and Pathological Narcissism* (1987).

<sup>47</sup> Cleckleyova kniha *The Mask of Sanity* je dodnes nepřekonaným dílem o psychopatii. V sedmdesátých letech jsem se zabýval výzkumem psychopatie na ústavu *Philippe Pinel Institute* v Montrealu, což byla v té době kombinace vězení a nemocnice pro „viníky leč duševně nemocné“, tj. většinou psychopaty. V té době byla psychopatie ještě relativně málo častá psychiatrická diagnóza a psychiatři daného ústavu ještě věřili, že by na ni mohl být nějaký „lék“. V dnešní době se stala psychopatie masovým jevem a populárním tématem ve filmovém průmyslu.

<sup>48</sup> Durkheimova *Anomie* je definována jako dezintegrace hodnot. A protože hodnoty jsou právě tou látkou, která z lidských vztahů činí cosi soudržného – hodnoty *existují* pouze ve vztazích –

extrémního odcizení. Kontaminace trestního řízení sebeobviněním a rozvrácením jeho legálnosti je vskutku jenom drobná újma na ceně ve srovnání se všemi ostatními destruktivními morálními vlivy, které popsali Deleuse a Guattari – abychom se zmínili alespoň o jednom takovém příkladu – ve slavné knize *Anti-Oedipus: Capitalism and Schizophrenia*.<sup>49</sup> V mnoha ohledech jsou soudci, jako je nejvyšší soudce Rehnquist *et consortes*, údržbáři a údržbářky společenského systému na samém pokraji kolapsu. Dešifrovat jejich „logiku“ není obtížné, avšak je to pouze drobný příspěvek k řešení daleko širšího společenského, politického, ideologického problému. Zúžení autonomního právního zdůvodňování na pouhou strategii a politiku dláždí cestu – kromě dalších věcí – k cynismu, a to i v kruzích elitních mladých právníků; vyjádřeno mírně, působí na ně dezinspiračním vlivem. Nedávno jsem přednesl přednášku na Harvard Law School, na instituci, kterou by byl Marx považoval za baštu strůjců kapitalismu. Ve starodávném výtahu vedoucím do sklepa Langdellovy knihovny jsem se potkal se studentem, který držel vysoký stoh knih. Žertem jsem se ho zeptal, zda bude moudřejší, až si je přečte. Pohlédl na mne zrakem raněného zvířete a řekl: „Už jsem tady tři roky a stálo mne to skoro sto tisíc dolarů, ale ani dost málo jsem nezmoudřel.“

*Přeložila Mgr. Pavla Váňová (Merhautova 117, 613 00 Brno)*

*Odborně revidoval: Doc. JUDr. Vladimír Kratochvíl, CSc*

---

Durkheim správně předvídal, že extrémní *anomie* by atomizovala společnosti na prach jedinců. Rád bych věděl, zda si kdy představil, že by tato nemoc mohla postihnout organickou vazbu mezi rodičem a dítětem.

<sup>49</sup> Bude možná zajímavé poznamenat, že Deleuse a Guattari patřili mezi oblíbené autory členů nedávno zaniklého hnutí „Critical Legal Studies“ (CLS), které založil Duncan Kennedy a jež vycházelo převážně z kryptomarxistických idejí, jež formuloval Roberto Mangabeira Unger. (V jeho první knize *Knowledge and Politics* je pouze jedna věta, v níž se projevuje zpětný spodní proud revolučnosti, avšak je tam). Buď jak buď, podobně jako „hnutí hippies“ ještě před ním, se zhroutilo CLS vzhledem k hegemonistické – jak tomu říká Unger eufemisticky – povaze americké společnosti.