I

O dějinách práva od antiky máme dosti dobré informace. Prameny, jež máme k dispozici, však nebyly zpracovány z teoretické perspektivy. Podle dnešního pojetí pro takový úkol přicházejí v úvahu jen evolučně teoretické koncepty. Pojem evoluce je však v literatuře (i v literatuře vztažené k právu, pokud tento pojem užívá[1]) zasazen velmi neostře a především i v kritice evolučně teoretických přístupů podán zkresleně. Již v 18. století, především u Huma, Lorda Kamese a Fergusona, nacházíme zobrazení evoluce práva se znaky, jež se blíží moderním teoriím evoluce (jako neplánovitost, dodatečné poznání vymožeností, akcidenční podněty, akumulace moudrosti z podnětu rozhodování jednotlivých případů), ale postrádají jasnou diferenčně teoretickou strukturu. Obdobně to platí v první polovině 19. století pro práce historické právní školy.[2] Na dnešní literatuře je nápadné, že příspěvky, které se věnují konkrétním právním otázkám nebo „evoluci" jednotlivých právních institucí,[3] užívají pojem evoluce bez jakékoli teoretické precizace, zatímco na druhé straně ve svém vztahu k právnímu systému není dostatečně specifikována aplikace Darwinova schématu variace/selekce/

1 Pro historicky široký, ale jazykově omezený přehled srv. E. Donald Elliott, The Evolutionary Tradition in Jurisprudence, Columbia Law Review 85 (1985), s. 38–94. Srv. též heterogennost v novějším písemnictví, na něž s požadavkem vyjasnění pojmů odkazuje Gunther Teubner, Recht als autopoietisches System, Frankfurt 1989, s. 61. Jednotně není zodpovězena ani otázka, z jaké systémové reference se má vycházet, dokonce se předkládá k diskusi sociobiologický počátek. Tak John H. Beckstrom, Evolutionary Jurisprudence: Prospects and Limitations of Modern Darwinism Throughout the Legal Process, Urbana Ill. 1989.

2 Ke srovnání evoluce jazyka a evoluce práva v této škole viz Alfred Dufour, Droit et langage dans l'École historique du Droit, Archives de philosophie du droit 19 (1974), s. 151–180.

3 Srv. např. Robert Charles Clark, The Morphogenesis of Subchapter C: An Essay in Statutory Evolution and Reform, Yale Law Journal 87 (1977), s. 90–162; Robert A. Kagan et al., The Evolution of State System Courts, Michigan Law Review 76 (1978), s. 961–1005; Ronald A. Heiner, Imperfect Decisions and the Law: On the Evolution of Precedent and Rules, Journal of Legal Studies 15 (1986), s. 227–261.

stabilizace.[4] My budeme pojem evoluce používat s oporou o Darwinovu evoluční teorii, která při všem, co se na ní musí vylepšit, patří k nejvýznamnějším vymoženostem novověkého myšlení.[5] Toto označení původu však nechápeme jako argument na základě analogie, nýbrž jako odkaz na obecnou teorii evoluce, která může najít velmi odlišné aplikace.[6] Této teorii dáváme přednost, protože je stanovena diferenčně teoreticky. Jejím tématem není jednota dějin jako vývoj od nějakého počátku k dnešku, nýbrž jde jí mnohem omezeněji o podmínky možnosti neplánovaných strukturních změn a o vysvětlení diverzifikace či růstu komplexity.

Novější vývoj teorie systému předložení a řešení tohoto problému neusnadňuje, nýbrž naopak ztěžuje. Neboť když se má vycházet ze stavu před uzavřeností systémů a determinace struktury, je tím těžší pochopit, (1) jak vůbec může docházet ke strukturním změnám a (2) jak to, že občas (ne nutně, nebo ano?) jsou směry změny poznatelné, třeba ve smyslu diverzifikace způsobů života nebo růstu komplexity společenského systému. Ale s pregnantností předložení problému přibíráme i požadavky na teoretický aparát, který pro nějaké řešení vůbec může přicházet v úvahu, a tím kritéria, za nichž lze něco nabídnout jako evoluční teorii. Je jasné, že k evoluci může dojít jen tehdy, když v poměru systému a prostředí zůstanou zároveň zachovány *diference* i *přizpůsobení*, neboť jinak by předmět evoluce zmizel. Ale ještě není zřejmé, jak je evoluce vůbec možná.

Formou, v níž se tento problém vysvětluje, je rozlišení variace a selekce. Toto rozlišení, je-li nasměrováno jako reálná diference (například mutace, respektive genetické rekombinace na jedné straně a délka přežití na straně druhé), nutně vytváří mnohost forem, která jak z výchozí situace, tak i ve vzájemném poměru druhů vytváří odchylky, jež jako diferencované podmínky prostředí opět ovlivňují samu evoluci. Všechno ostatní, a dokonce pro Darwina tak důležité dogma „natural selection", považujeme za sekundární. Problém vypracování těchto a jiných aspektů evoluční teorie se dnes totiž víc a víc přesouvá k otázce poměru teorie evoluce a teorie systému, nebo přesněji: poměru variace/selekce a systému/prostředí jako různých voleb formy teorie, jež potřebují sladit.[7] O „natural selection" ve smyslu systémově externí

4 Jak to navrhoval například sociolog Albert G. Keller, Law in Evolution, Yale Law Journal 28 (1919), s. 769–783.

5 Tak velmi emfaticky Ernst Mayr, Evolution und die Vielfalt des Lebens, Berlin 1979.

6 Tak i Keller, c. d., s. 779.

7 Novější flirt evoluční teorie s teorií her je jen jedním příkladem pro toto tvrzení, počínající od: R. C. Lewontin, Evolution and Theory of Games, Journal of Theoretical Biology 1 (1961), s. 382–403. Pro hry uvnitř populací srv. též John Maynard Smith, Evolution and the Theory of Games, Cambridge Engl. 1982.

selekce lze mluvit jen tehdy, když se uvede, jak je třeba chápat to, co je jako systém vystaveno selekci prostředím.

Vyvstává tedy otázka, jaké vlastnosti systému umožňují evoluci. Tuto otázku chceme zodpovědět odkazem na selekční tlak, který vyplývá z operativní uzavřenosti systémů a jejich vlastní omezené komplexity ve vztahu ke světu. Aniž bychom se zabývali další otázkou, zda lze mluvit o evoluci i pro oblasti fyziky, tedy v ohledu na tvorbu atomů, Slunce, galaxií, chemických molekul atd., má nám sloužit jako vodítko pojem autopoietického systému. Zde je pak totiž snadné vidět, že zachování autopoiesis jako conditio sine qua non veškeré evoluce je dosažitelné i s pomocí změn struktur, respektive je se změnami struktur kompatibilní. Evoluce tedy nastoupí, když jsou splněny různé podmínky a kondicionálně (ne nutně) vzájemně spojeny, totiž:

(1) *Variace* autopoietického *prvku* ve srovnání s dosavadním vzorem reprodukce;
(2) *selekce* tím možné *struktury* jako podmínek dalších reprodukcí;
(3) *udržování stability systému* ve smyslu dynamické stability, tedy dalšího provádění autopoietické, strukturně determinované reprodukce v této změněné formě.

V ještě abstraktnější formě to znamená: *variace* se týká *prvků*, *selekce* postihuje *struktury*, *stabilizace* se týká *jednoty systému*, která se autopoieticky reprodukuje. Všechny tři komponenty tvoří jednu nutnou souvislost (neexistují žádné systémy bez prvků, žádné prvky bez systémů atd.) a nepravděpodobnost veškeré evoluce spočívá nakonec v tom, že diferencovaný zásah do těchto komponentů *je přesto možný*. Ale jak?

Zde nemůžeme zkoumat, zda lze touto teorií vyložit evoluci společnosti. Předpokládáme to.[8] Otázkou pak ovšem je, zda uvnitř evolučně se vyvíjejícího společenského systému mohou existovat ještě další evoluce, třeba evoluce právního systému.[9] Tento problém se staví v přesné paralele k otázce, zda v autopoietických systémech mohou existovat v přísném smyslu autopoietické systémy, nebo zda tím daná závislost na prostředí, jež je ze své strany vnitřním prostředím autopoietického systému, odporuje pojmu autopoiesis. Konkrétněji formulováno: Společnost komunikuje a vymezuje se tím proti vnějšímu prostředí. Právní systém také komunikuje a potud naplňuje

8 K tomu Niklas Luhmann / Raffaele De Giorgi, Teoria della società, Milano 1992, s. 169an.
9 I biologie naráží na tento problém otázkou, zda existuje jen jedna celková evoluce života, která vedla k vytvoření druhové rozmanitosti na základě reprodukčního postupu v chemickém smyslu principiálně stejnorodého, nebo zda lze mluvit i o evoluci jednotlivých druhů či populací, když podmínky bisexuální reprodukce takové systémy vymezují.

autopoiesis společnosti. Společnost využívá jazyk, právní systém – jen s lehkými variacemi podmínek rozumění – rovněž. Společnost je odkázána na strukturní spojení se systémy vědomí. Právní systém také. Vylučují tyto závislosti domněnku svébytné evoluce právního systému?[10]

Teze svébytné autopoiesis právního systému nás vede k přitakání svébytné evoluci právního systému.[11] Na tomto místě jen ještě jednou opakujeme, že pojem operativní uzavřenosti nevylučuje evoluci. Evoluce není žádné postupné, kontinuální, nepřerušené zvyšování komplexity, nýbrž modus strukturní změny, který je zcela kompatibilní se skokovými zvraty („katastrofami") a s dlouhými dobami stagnace („stasis").[12] Pro náhlé nové zformování jistě musí být splněny četné předpoklady, musí být dány „preadaptive advances".[13] To platí i pro možnost právního systému prosadit se vzhledem k dlouhým zkušenostem s urovnáváním normativních konfliktů kódováním právo/neprávo v rovině sebepozorování druhého řádu. Už dlouho předtím, než byl právní kód striktně binarizován a tím logicky technizován, existoval bohatý právní materiál, který je zaznamenán ve formě kondicionálních programů.[14] Lze tedy vědět, co se míní (a co se neníní), když se pozorovatelé instruují, že se mají držet právního systému, čímž již praktikované kondicionální programy získají funkci regulace přidělování práva a nepráva, a v této funkci pak dozrávají. A další evoluční posun, který to vše předpokládá, nastane, když právní systém musí potvrdit svou

10 Často se přesně v tomto bodě popírá (ale proč jen vlastně na základě těchto závislostí?), že by mohla existovat nějaká autopoiesis dílčích systémů. Viz například pro hospodářství Josef Wieland, Die Wirtschaft als autopoietisches System – Einige eher kritische Überlegungen –, Delfin X (1988), s. 18–29; pro vědu Wolfgang Krohn / Günther Küppers, Die Selbstorganisation der Wissenschaft, Frankfurt 1989, s. 21an.; pro právní systém William M. Evan, Social Structure and Law: Theoretical and Empirical Perspectives, Newbury Park Cal. 1990, s. 44an. Přitom hraje roli (teoreticky neuvážený) argument „empirického" dokazování, totiž předpokladu, že jednání lze pozorovat jen na lidech. Nicméně, když se tak argumentuje, vylučuje to jakoukoli aplikaci evoluční teorie ve zde předneseném chápání na mimobiologické stavy.

11 Srv. též Huntington Cairns, The Theory of Legal Science, Chapel Hill N. C. 1941, s. 29an.; Richard D. Schwartz / James C. Miller, Legal Evolution and Societal Complexity, American Journal of Sociology 70 (1964), s. 159–169.

12 Snad je to dokonce typický případ. Srv. Niles Eldredge / Stephan Jay Gould, Punctuated Equilibria: An Alternative to Phyletic Gradualism, in: Thomas J. M. Schopf (ed.), Models in Paleobiology, San Francisco 1972, s. 82–115.

13 Hegelovy analýzy, které se vztahují na problémy přechodu diktované jeho teorií, lze číst přesně v tomto smyslu, třeba výklad počátků symbolické estetiky v Přednáškách o estetice, cit. dle vydání Frankfurt 1970, sv. 1 (Werke sv. 13), s. 418an (česky in: Estetika, přel. Jan Patočka, Praha 1966, sv. 1, s. 421an.). Pro preadaptive advances autopoiesis uměleckého systému srv. dále Hans Belting, „Bild und Kult": Eine Geschichte des Bildes vor dem Zeitalter der Kunst, München 1990.

14 Viz blíže v oddíle o kondicionálním programování v kap. 4, IV.

autonomii v novém kontextu funkcionální diferenciace společenského systému.[15] Ať už se autopoietický systém poprvé uzavře jakkoli, nebo musí své uzavření potvrdit a nově zformovat v radikálně změněném společenském kontextu, neděje se to jako plánovaná reorganizace, nýbrž evoluční přestavbou existujících zařízení.[16]

Ale tato kompatibilita teorie systému a teorie evoluce sama přirozeně nestačí. Musí se umět ukázat, *jak* se v této systémové rovině evoluce realizuje. A když se to zdaří, tkví v tom zároveň další argument pro domněnku svébytné autopoiesis právního systému.

II

Než začneme zkoumat, jak jsou v případě právního systému diferencovány evoluční funkce variace, selekce a stabilizace, musíme vysvětlit, jak jsou vůbec struktury právního systému fixovány, že podléhají zásahu evoluce. Je nasnadě myslet zde na písemnou fixaci, ale při přesnějším formulování dotazu se ukáže, že se to dotýká velmi komplikovaných otázek.[17]

Písmo funguje jako sociální paměť s tou výhodou, že vědění připravuje pro nepředvídatelný, fakultativní zásah. I před vynálezem písma přirozeně existovaly v sociálním systému společnosti výkony paměti. Mnozí se domnívají, že tyto společnosti byly odkázány výlučně na fyzickou paměť individuí. To ovšem nesouhlasí. Sociální paměť spíše spočívala v tradování vědění, tedy v *časovém prodloužení* nároku psychických výkonů paměti, v pořadí jejich aktivace, tedy v časovém zisku, který umožňuje udržet si vědění, i když čas

15 I v této těžké přechodové době „zestátnění" politického systému se evolučně prosazuje autopoiesis právního systému. Srv. k tomu Rudolf Stichweh, Selbstorganisation und die Entstehung nationaler Rechtssysteme (17.–19. Jahrhundert), Rechtshistorisches Journal 9 (1990), s. 254–272.

16 Uvnitř právně teoretické diskuse ostatně existuje přesně strukturně stejný problém v otázce, zda lze mluvit o tom a jak lze poznat, že zvykové právo vzniká, respektive se mění, ačkoli podle všeobecného mínění praxe odchylující se od práva nemůže tvořit žádné právo a ačkoli právní omyl je jako zdroj práva vyloučen (D 1.3.39: Quod non ratione introductum, sed errore primum, deinde consuetudine optentum est, in aliis similibus non optinet. [Co bylo zavedeno nikoli rozumem, ale ustanoveno nejprve omylem a poté zvykem, v jiných podobných případech nenabývá platnosti práva.]). Viz též Friedrich Carl von Savigny, System des heutigen Römischen Rechts, sv. 1, Berlin 1840, s. 14: „… nepochybný fakt, že všude, kde se právní poměr uvědomuje jako problém, dávno pro to existovalo nějaké pravidlo, tedy nyní je teprve vynalézat není ani nutné, ani možné."

17 Viz pro první přehled Jack Goody, Die Logik der Schrift und die Organisation von Gesellschaft, něm. překl., Frankfurt 1990, s. 211an.

míjí.[18] Tato forma jen temporální paměti však měla značné nevýhody, které byly obzvlášť zřetelné v oblastech, kde bylo třeba odstranit nejistotu či spor se vztahem ke komplexním stavům nesporného vědění, tedy v oblasti divinace a práva. Zde se pak také velmi brzo přecházelo k jiným formám ukládání vědění, totiž k písemným záznamům, které mohou být specifickým zásahem reaktivovány v zatím nepředvídatelných situacích.

Písmo je, jako zcela efemérním způsobem i znění ústní komunikace, mechanismem strukturního spojení fyziky, vnímajícího vědomí a komunikace, fyzické, psychické a sociální reality. V tomto ohledu vykonává písmo mnohem víc než to, co vyjadřuje, totiž především vydiferencování textů, které pak mohou sloužit jako *identický* základ pro tvorbu *různých* názorů. Přitom předpokládá nějaký podklad, „espace blanc" jako „infinité marqué et marquable",[19] tedy vlastně preparovaný „unmarked space", který může být překročen ve směru „marked space" tím, že vytvoří značení a zároveň je rozlišen.[20] Teprve v médiu možných značení jsou možná značení, jejichž kombinační možnosti dávají médium pro tvorbu formy, která se pak jeví jako text.

Toto fyzikální médium/forma-forma dává písmu konstantnost, která trvá nezávisle na jeho komunikativním použití – nebo se zruší. Ve svých fyzikálních znacích patří písmo k prostředí komunikačního systému. S tímto znakem nemůže být žádnou komponentou sociální komunikace. Komunikační systém písmo jen „asimiluje", jak bychom řekli s Piagetem, tím, že je používá jako informaci.[21] Asimilace se vztahuje jen na smysl, ne na fyziku písma.[22] Právě proto může písmo zajistit konstanty, které nebrání diferenčnímu vyhledávání informací v uzavřené komunikační souvislosti systému a systému umožňují v opětném používání smyslu kondenzovat vlastní identity. Písmo usnadňuje opětný přístup k smyslovým obsahům a ztěžuje (o sobě veskrze blahodárné) zapomínání.[23]

18 K „transmission delay" jako formě „temporal memory" srv. Klaus Krippendorff, Some Principles of Information Storage and Retrieval in Society, General Systems 20 (1975), s. 15–35 (19an.).

19 [bílé místo jako označované a označitelné nekonečné množství] Tato formulace in: Julia Kristeva, Semeiotikè: Recherche pour une sémanalyse, Paris 1969, s. 315.

20 To v terminologii George Spencer Brown, Laws of Form, dotisk New York 1979.

21 To platí i tehdy, kdy písemná forma, optická podoba atd., jak se nově často vyzdvihuje, hraje v komunikaci důležitou roli.

22 Podobné rozlišení probíhá i v buněčných membránách. I zde se nezměněně ponechané fyzikální objekty včleňují do uzavřené souvislosti využití a reprodukce buňky. Srv. Jean-Claude Tabary, Interface et assimilation, état stationaire et accomodation, Revue internationale de systémique 3 (1989), s. 273–293.

23 Říkáme, že „ztěžuje", neboť že i písemně fixované právní texty se mohou zapomínat, respektive stát se obsoletními je třeba poznamenat především pro dobu vynálezu knihtisku. Srv. Mario Bretone, Le norme e il tempo fra tradizione classica e coscienza moderna. Materiali per una storia della cultura giuridica 19 (1989), s. 7–26.