

7. Interpretace práva

V teoretizování o interpretaci textů míváme sklony k pomýlené metafoře *vynesení obsahu (významu) na světlo*, ke které nás svádějí slovní spojení „uchopení obsahu“, „výklad obsahu“, „vyložení obsahu“, „vysvětlení obsahu“, „osvětlení obsahu“, apod. Tato spojení matoucím způsobem naznačují, že interpretace textu spočívá v tom, že se kognitivně ponoříme do temné sémantické hlubiny za textem, nalezneme tam a uchopíme cosi mimojazykového, co je jazykem jen zprostředkované („zakódované“), totiž obsah sdělení, jaký je sám o sobě, tedy před jazykovým „zakódováním“. A tento samotný obsah (význam *an sich*) pak vyneseme na světlo, abychom ho mohli všem ostatním slavnostně ukázat. To je ovšem karikatura interpretace. Interpretace není předložením obsahu, který se skrýval za textem, aby byl vidět nezávisle na textu. Není odhalením obsahu, jeho svlečením ze šatů jazyka, jakoby ho dosud zakrývaly. **Interpretovat nějaký text znamená říct zhruba totéž jinými slovy.**¹ Interpretace je překladem vět, tedy něčím, co zůstává v rovině jazyka. Z jazyka nelze vyskočit. Přeložíme větu, která se zdá být nesrozumitelná, do jiné věty, která se už zdá být srozumitelná.² Víceznačná věta je pak taková věta, která má více alternativních překladů, které nejsou vzájemnými překlady. Významy textu nejsou něčím za textem a mimo něj, ale jsou to způsoby jeho překladu, které jsou v daném interpretačním společenství akceptovatelné jako správné. Když chci poznat, zda mi student rozumí, řeknu mu, aby mi řekl totéž, ale svými vlastními slovy. Účelem interpretace není ukázat význam textu *an sich*, to ani není možné. Jak bych to vůbec udělal? Účelem interpretace je **odůvodněně** zvolit takový jeho překlad, abychom nahradili nesrozumitelné více srozumitelným, neurčité více určitým, mnohoznačné (relativně) jednoznačným. Interpretace jako překlad dobře podporuje názor, že výklady se mají odůvodňovat. Například větu „Prezident jmenuje soudce.“ můžu přeložit do věty „Prezident má diskreční oprávnění jmenovat soudce.“, nebo do věty „Prezident má povinnost jmenovat soudce.“. Přitom odůvodněná volba toho či onoho překladu je vhodnou interpretací oné původní věty. Kdyby mi někdo mohl ukázat význam *an sich* původní věty, nemusel by mi nic odůvodňovat, prostě by mi ho ukázal. Interpretace textu je založená na odůvodňování toho, že určitý překlad tohoto textu je lepší než jeho alternativní překlady, nikoli na odhalování „skutečného“ významu onoho textu.

Podobný problém existuje, když mluvíme o intencionální interpretaci. Máme totiž sklony říkat, že potřebujeme interpretovat, co měl autor na mysli, protože mu nevidíme do hlavy. To je ale také zavádějící metafora. Jednak není zřejmé, jestli jsou všechny úmysly vědomé. Jestliže jsou některé úmysly podvědomé, pak k nim nemáme bezprostřední přístup ani ve své mysli, a to znamená, že musíme „zjišťovat“ i některé své vlastní úmysly, jako by to byly úmysly druhé osoby. Důležitější je ale to, že vůbec není jasné, co podle oné metafory vlastně znamená vidět do své vlastní hlavy, co znamená, že známe své vlastní myšlenky, včetně svých vlastních úmyslů. Znamená to, že je nějak vidíme ve svém vědomí? Nelze vidět myšlenku jako takovou. Myšlenku *an sich* nelze vidět ani ve svém vlastním vědomí. Pokud myšlenku lze vidět, pokud vůbec, pak vždy v nějaké její reprezentaci, tedy v principu jako něco, co lze různě interpretovat, tedy různě přeložit do něčeho jiného. Kdybych své myšlenky ve svém vědomí viděl jako text, pak bych je interpretoval jako text, a kdybych je viděl jako diagramy, interpretoval bych je jako diagramy, a kdyby jako film, pak jako film.³ Nelze sledovat přímo obsahy (významy) jako

¹ Ovládat význam věty znamená umět ji vhodně použít v komunikaci, což je velmi široká paleta dovedností. Interpretace je jenom jednou z těchto dovedností, totiž říct větu jinými slovy – přeložit ji do jiné věty. Když řeknu, že věta X znamená Y, tak říkám, že větu X lze nahradit větou Y.

² Interpretace jako překlad se samozřejmě neomezuje na to, že vždy jednu větu nahrazují jednou větou. Interpretace jako překlad pouze znamená, že i samotná interpretace textu je zase dalším, třeba i velmi komplexním textem.

³ Své myšlenky ve své mysli myslíme, ale nevidíme. Ale i kdybychom je ve své mysli viděli, museli bychom je interpretovat stejně jako něco, co vidíme na papíře.

takové, dokonce ani ve vlastní mysli. Interpretace se pohybuje na úrovni překladů z jedné reprezentace do druhé reprezentace, interpretace je způsob překladu.

Interpretace jako odůvodněný překlad je pouze základním východiskem. Musíme se dále ptát, co jsou právně relevantní důvody pro ten či onen překlad. K tomu dvě jazykové dvojznačnosti. Slovo „kompetence“ je dvojznačné. Jednak v právním smyslu znamená pravomoc, řekněme tomu *formální* kompetence.⁴ Ale také znamená nějakou dovednost, prostě schopnost něco dělat dobře, řekněme tomu *věcná* kompetence. Formální a věcná kompetence jsou provázané způsobilosti. Když někomu svěřujeme formální kompetenci k určité činnosti, dáváme mu svoji důvěru ve víře, že je k této činnosti věcně kompetentní, že ji dokáže zvládnout.⁵ Autorita zákonodárce není pouze formální, ale odvozuje se z naší důvěry, že dokáže být dobrým zákonodárcem, že je věcně kompetentní dělat dobré zákony. Metodologická implikace je taková, že máme interpretovat zákony *vstřícně*, tedy tak, že preferujeme ty výklady zákona, které ukazují zákonodárce jako věcně kompetentního, před těmi výklady, které ho ukazují jako neschopného idiota na trůně. Také slovo „význam“ je dvojznačné. Znamená totiž význam jako sémantický obsah sdělení, ale také význam jako důležitost, závažnost či hodnotnost.⁶ Sémantický význam a význam(nost) jsou také spolu provázané. Když interpretujeme zákon, nemůžeme jeho sémantický obsah odtrhnout od toho, k čemu je dobré zákonodárství, jaký je jeho společenský význam, jaké hodnoty má realizovat.⁷ Zákon není jenom sdělením nějaké informace, ale je konkrétním plněním určitých společenských funkcí zákonodárství. Metodologická implikace je pak taková, že máme preferovat ty výklady zákona, které dobře vyhovují hodnotám a účelům, které si spojujeme s dobrým zákonodárstvím, před těmi výklady, ve světle kterých se zákonodárství prezentuje jako zbytečná, nesmyslná, neefektivní či nežádoucí instituce. Máme přisuzovat zákonům takové významy, resp. preferovat takové jejich překlady, aby nebyly bezvýznamnou samomluvou zákonodárce, ale aby znamenaly významný (= hodnotný) legislativní počin. Odůvodňovat určitý výklad (= překlad) zákona jako ten správný znamená předkládat argumenty, že tento výklad ukazuje zákonodárce, ale i samotnou instituci zákonodárství, v lepším světle než všechny známé alternativní výklady (= překlady). Americký právník Max Radin již před téměř stoletím velmi ostře argumentoval proti intencionalismu, tedy proti názoru, že zákony máme interpretovat na základě úmyslu zákonodárce. Tvrdil, že zákonodárský sbor jako jedna osoba je jenom hloupá fikce; že i kdyby existovalo něco jako úmysl zákonodárského sboru jako celku, stejně by byl nezjistitelný; a že i kdyby byl zjistitelný, stejně nemáme důvod si myslet, že nás úmysl zákonodárského sboru nějak zavazuje, parlament má totiž pravomoc tvořit právo formou zákona, nikoli pouhou vůlí; že je vysoce nepravděpodobné, aby jednotliví zákonodárci hlasovali pro tentýž zákon se stejným úmyslem; že si nemáme plést zákonodárský sbor, který o zákonu hlasoval, se skutečnými autory návrhu zákona (drafters); atd.⁸ Jeho argumenty byly vlivné a přesvědčivé, přesto se v angloamerické jurisprudenci o intencionalismu pořád intenzivně diskutuje.

⁴ Srovnej v jiných jazycích.

⁵ Právníci preferují určitou metodologii interpretace i na základě toho, kterým složkám státní moci nejvíce důvěřují, že jednají věcně kompetentně. Intencionalisté důvěřují spíše zákonodárci, stoupenci teleologického výkladu důvěřují spíše soudcům. Někteří textualisté argumentují proti teleologickému výkladu, protože se bojí, že soudci budou pod záminkou účelu zákona podsouvat zákonu své osobní politické názory. Jiní textualisté argumentují proti intencionalismu, že zákon není výrazem úmyslu zákonodárce orientovaného na veřejný zájem, ale je výsledkem vlivových skupin. Viz SHAPIRO, S. *Legality*. Harvard, 2011, s. 32–33.

⁶ Opět srovnej v jiných jazycích.

⁷ Jeremy Waldron píše, že smyslem zákonodárství v zastupitelské demokracii je to, že zákonodárský sbor svým složením reflektuje hlavní názorové proudy ve společnosti (inkorporuje názorové neshody), takže může fěrovým způsobem rozhodovat i takové otázky, které jsou ve společnosti předmětem názorové neshody. Viz WALDRON, J. *The Dignity of Legislation*. Cambridge, 1999, s. 2; WALDRON, J. *Law and Disagreement*. Oxford, 1999, s. 24.

⁸ RADIN, M. Statutory Interpretation. In *Harvard Law Review*, vol. 43, 1929–1930, s. 869–871.

7.1 Teoretická neshoda (Ronald Dworkin)

Je notoricky známým faktem, že právníci se spolu občas, vlastně docela často, neshodnou ve svém právním názoru. Ronald Dworkin rozlišuje dva druhy neshody v odpovědi na právní otázku, totiž empirickou a teoretickou neshodu. Empirická neshoda je vcelku banální záležitost. Dva právníci spolu sdílejí teorii toho, jak odůvodnit určitý právní názor, přesto spolu v konkrétní právní otázce nesouhlasí, protože mají už na povrchové úrovni odlišnou znalost, resp. neznalost, pozitivního práva (zákonů, judikatury, ...). Například se shodnou v tom, že trestní zákoník stanoví určitý věk, do kterého je soulož s dítětem trestná jako pohlavní zneužití, ale už se neshodnou na tom, jaký věk to vlastně je. Jeden z nich tvrdí, že je to věk patnácti let, druhý tvrdí, že je to věk čtrnácti let. Podívají se do aktuálního trestního zákoníku a zjistí, že první z nich má pravdu a ten druhý se mylí.⁹ Empirická neshoda byla vyřešena empirickým způsobem, dohledali si to v zákoně. Byl to easy case. Teoretická neshoda je mnohem zajímavějším fenoménem.¹⁰ Dva právníci se spolu sice shodnou na tom, co explicitně stanoví pozitivní právo, přesto mají jiný názor, jak odpovědět na danou právní otázku. Teoretická neshoda se netýká prostých faktů (plain facts) pozitivního práva, ale samotných normativních základů práva (grounds of law), tedy hlubších důvodů pro určitý právní názor.¹¹ Dworkin chápe právo jako specifický druh společenské praxe, která má interpretačně-argumentační povahu. Z hlediska teorie práva nejde pouze o to, že právníci ve své každodenní praxi interpretují určité právní texty a že svoje interpretace argumentačně podporují, jde zejména o to, že nejlépe porozumíme obecné povaze práva právě z perspektivy toho, že právní praxe je interpretační praxí.¹² Už samotný pojem práva je interpretačním pojmem, takže každá teorie toho, co je to (obecně) právo, předpokládá nějakou teorii toho, co znamená interpretovat společenskou praxi jako je právo.¹³

Každý právní názor v konečném důsledku argumentačně závisí na určitých předpokladech o povaze, účelech, hodnotách a hranicích práva, a když jsou tyto předpoklady mezi členy právní komunity odlišné, což bývají, pak to v právní argumentaci může vést k neshodám teoretické povahy, někdy s významnými praktickými důsledky. Příčinou a současně vysvětlujícím důvodem teoretické neshody mohou být například rozdílné názory na to, jaký je vztah mezi platností práva a spravedlností (resp. morální správností); kde už končí právní argumentace a začíná argumentace politická; kde už končí interpretace zákona a začíná jeho „přepisování“; která z konkurenčních juristických metodologií je správná; co je přijatelným důvodem k prolomení doslovného významu ustanovení zákona; jak řešit konflikt mezi individuálními právy a veřejným zájmem; která z konkurenčních koncepcí etiky je pro právní argumentaci relevantní (pokud vůbec nějaká); jaké implikace mají jednotlivé principy právního státu (a v jakém jsou vztahu); jak řešit konflikty mezi požadavky spravedlnosti a ekonomické efektivity apod. Dworkin na konkrétních právních případech ukazuje, že v právní komunitě neexistuje obecná shoda v otázkách týkajících se normativních základů práva. Jeho argument proti právnímu pozitivismu pak může být formulován takto: Teoretické neshody mezi právníky v jejich argumentaci ukazují, že normativní základy práva, včetně samotných kritérií právní platnosti, nejsou fixovány společenskou konvencí komunity právníků (typicky soudců), jak si to představují někteří pozitivisté, taková konvence mezi právníky totiž neexistuje. Pro

⁹ § 187 odst. 1 zákona č. 40/2009 (trestní zákoník): „Kdo vykoná soulož s dítětem mladším patnácti let nebo kdo je jiným způsobem pohlavně zneužije, bude potrestán odnětím svobody na jeden rok až osm let.“

¹⁰ Mluvíme o tzv. teoretické neshodě, ale je tu primárně myšlená neshoda, která se objevuje v právní argumentaci soudních rozhodnutí, zejména pak neshoda mezi odůvodněním většinového a disidentujícího stanoviska.

¹¹ DWORKIN, R. *Law's Empire*. Harvard, 1986, s. 7.

¹² „Právní praxe je provozováním interpretace nejen tehdy, když právníci interpretují konkrétní dokumenty nebo zákony, ale obecně.“ Viz DWORKIN, R. *Law as Interpretation*. In *Texas Law Review*, vol. 60, 1982, s. 528.

¹³ DWORKIN, R. *Law's Empire*. Harvard, 1986, s. 50.

Dworkina je interpretace práva konstruktivním procesem, a to v tom smyslu, že interpretace připisuje právu určitý účel, aby ho ukázala z hlediska koherence a morální správnosti v tom nejlepší světlo.¹⁴ Můžeme tedy říct, že teoretické neshody ve Dworkinově smyslu jsou alespoň zčásti důsledkem morálních neshod,¹⁵ případně jsou důsledkem skutečnosti, že dva právníci sice uznávají stejný systém právních principů (s určitým morálním obsahem), nicméně každý z nich tento systém vybalancoval v jiném směru, resp. do jiného bodu rovnováhy.¹⁶ Na Dworkinově teorii je sympatické nejen to, že připouští existenci netriviálních neshod v právních názorech v komunitě právníků, ale zejména to, že tyto neshody chápe jako rozumné neshody¹⁷ – totiž jako neshody mezi dobře informovanými, rozumnými a argumentujícími právníky.¹⁸ Teoretické neshody nejsou jenom deskriptivním omylem o pozitivním právu či sémantickým nedorozuměním v použití slov, ale jsou důsledkem neshody v tom, jak právo hodnotově nasvítíme. Interpretace je podle Dworkina už ve svém základu hodnotícím projektem, interpretovat něco znamená snažit se to prezentovat v nejlepší možné světlo.¹⁹ Plně interpretační postoj je pak kritickým postojem, který není pouze určitým porozuměním tomu, co je to právo, ale je také výrazem toho, jak chápeme dobré právo, co od práva očekáváme, když je v dobré kondici.²⁰ Přitom konstruktivní interpretace z dynamického hlediska není jenom určitým porozuměním dosavadní právní praxi, ale má i normativní implikace k tomu, jak má ona praxe pokračovat, co je správným navázáním na dosavadní praxi.

Když Dworkin říká, že interpretace práva jakožto společenské praxe má konstruktivní povahu, odlišuje ji nejen od vědecké interpretace empirických dat, která je založená na kauzálním vysvětlení, ale též od konverzační interpretace, která je zaměřená na úmysl mluvčího (resp. autora). Dworkin vidí určitou analogii mezi interpretací práva a interpretací umění. „Zjištění“ úmyslu autora při výkladu uměleckého díla je prý proces, který je závislý na konstruktivní interpretaci. My totiž nezjišťujeme úmysl autora prostě jako nějaký stav jeho mysli, ale snažíme se o smysluplnou rekonstrukci jeho úmyslu na základě předpokladu, že autor měl ambici udělat dobré umělecké dílo určitého žánru.²¹ Nejde tu pouze o úmysl něco udělat, jde tu o úmysl se hodnotně podílet na určité společenské praxi, totiž na umění.²² Připsat autorovi nějaký úmysl znamená připsat mu úmysl rozvíjet ten či onen účel (hodnotu, smysl) umění jako společenské praxe, totiž rozhodnutí navázat určitým (ačkoli bylo možné i jiným) způsobem na dosavadní tradici umění. Je v tom trvalé napětí, které vychází z kombinace požadavku na

¹⁴ Tamtéž, s. 52.

¹⁵ SHAPIRO, S. *Legality*. Harvard, 2011, s. 472.

¹⁶ Předpokládám, že zvažování právních principů, které jsou ve vzájemné kolizi, resp. jejich vybalancování do rovnováhy, nemá pouze jedno jediné správné řešení, ale že se nabízí více rovnocenných možností (multiple equilibria), jak určitý systém právních principů vyladit do celkové koherence. Ponechám přitom otevřené, jak je tento předpoklad slučitelný s Dworkinovou tezí, že každá právní otázka má jedinou správnou odpověď.

¹⁷ K pojmu rozumné neshody viz McMAHON, CH. *Reasonable Disagreement, A Theory of Political Morality*. Cambridge, 2009; BESSON, S. *The Morality of Conflict – Reasonable Disagreement And The Law*. Oxford, 2005.

¹⁸ DWORKIN, R. Law as Interpretation. In *Texas Law Review*, vol. 60, 1982, s. 528.

¹⁹ Dworkin svoji teorii interpretace práva formuluje s cílem kritizovat právní pozitivismus, takže chce ukázat, že mezi právem a morálkou existuje nutný vztah. Jeho argument lze zjednodušeně rekonstruovat takto: 1. premisa: Každý právní názor je výsledkem interpretace. 2. premisa: Každá interpretace má hodnotící charakter. Závěr: Každý právní názor má hodnotící charakter. Viz MARMOR, A. *Interpretation and Legal Theory*. Oxford, 2005, s. 27.

²⁰ DWORKIN, R. *Law's Empire*. Harvard, 1986, s. 48.

²¹ Mít nějaký úmysl v rámci určité společenské praxe znamená mít nějaký úmysl z hlediska účelu této praxe. Například nemůžu svůj úmysl, že něco pro druhého udělám, vyjádřit jako slib bez ohledu na účel společenské instituce slibu, totiž že slibem si přivozuji určitý morální závazek. Viz MILLAR, A. *Understanding People: Normativity and Rationalizing Explanation*. Oxford, 2004, s. ix.

²² V této rekonstrukci se samozřejmě uplatňují interpretovy vlastní názory na to, co je dobrým dílem tohoto žánru. Viz DWORKIN, R. *Law's Empire*. Harvard, 1986, s. 58.

kontinuitu společenské praxe²³ s protichůdným požadavkem na autonomii (originalitu, kreativitu) autora.²⁴ Když se v úvaze posuneme o úroveň výš, můžeme se v této (nebo jiné) perspektivě ptát, proč nás v umění vlastně zajímá úmysl autora, resp. proč by nás měl zajímat. Dworkin netvrdí, že intencionalismus v teorii interpretace umění je nesprávný, ani netvrdí, že je správný. Spíše mu jde o to, že na tuto otázku nelze odpovědět, aniž bychom si odpověděli, co je vlastně účelem (hodnotou, smyslem) umění jako společenské praxe, která má určitou tradici. Požadavek, aby interpretace byla věrná autorově úmyslu, není samozřejmý, akceptujeme ho až podle toho, jestli to může přispět k tomu, abychom prezentovali jeho dílo jakožto umělecké dílo určitého žánru v tom nejlepším světle.²⁵ Otázka tedy zní, jestli se dílo stává lepším příkladem umění určitého žánru, když vezmeme v úvahu i úmysl jeho autora.²⁶ Umělecké dílo podle Dworkina není primárně osobním vyjádřením autora, ale kulturním artefaktem. Jestliže obecným úmyslem autora bylo, aby jeho dílo bylo interpretováno jako hodnotné umělecké dílo, pak zohlednění jeho konkrétního tvůrčího záměru, tedy toho, co svým dílem skutečně zamýšlel, může naplnění onoho obecného úmyslu překážet. Vezměme, že interpretujeme dílo, které je ve svém žánru mimořádně zajímavé a inspirující, ale skutečný tvůrčí záměr autora byl naivní a vcelku nezajímavý. V tom případě bychom podle Dworkina neměli dílo vykládat podle tvůrčího záměru autora, takový výklad by totiž nebyl nejlepším možným výkladem onoho díla v daném žánru. Andrei Marmor proti Dworkinově úvaze argumentuje, že není přenosná z umění do práva. Má za to, že je pochybné připisovat zákonodárci obecný úmysl, abychom při interpretaci zákona odhlíželi od jeho konkrétního legislativního záměru v zájmu toho, abychom jeho zákon interpretovali jako dobrý zákon, resp. jako hodnotný počin v tradici zákonodárství.²⁷

Dworkin má jistě pravdu, když říká, že jestliže máme interpretovat nějaký text například jakožto román, pak musíme mít nějakou představu o tom, co je smyslem a hodnotou románu jako literárního žánru.²⁸ Jestliže není shoda na tom, vzhledem k jakému žánru se určité dílo interpretuje, pak obvykle není shoda ani v tom, jakým aspektům tohoto díla se má při jeho interpretaci připisovat význam.²⁹ Nelze interpretovat konkrétní dílo, aniž bychom současně interpretovali kulturní tradici, do které toto dílo počítáme. A totéž platí pro zákony. Interpretovat nějaký text jakožto zákon znamená interpretovat ho s ohledem na to, jaký smysl obecně vidíme v zákonodárství.³⁰ Pozitivist Joseph Raz v této souvislosti argumentuje, že jestliže zákonodárství chápeme jako autoritativní tvorbu práva, a ne pouze jako formální

²³ Požadavek na kontinuitu společenské praxe je požadavkem na zachování její identity jako společenské instituce, například aby to bylo ještě umění a ne už něco jiného. Ostatně klasickou otázkou „lidové estetiky“ je otázka: „Je tohle ještě umění?“

²⁴ Ani ten nejoriginálnější umělec ve své tvorbě není úplně autonomní, protože aby byl umělcem, tedy součástí umění, musí se nějak (tak či onak) podílet na tradici umění, nějak rozvinout, posunout dopředu či naopak vrátit zpět, udržet, doplnit, doladit, rozbít či naopak pospojovat, obnovit, postavit na hlavu, potvrdit či naopak zpochybnit to, co bylo dosud považováno za umění. Autor, který je zcela nezávislý na tradici umění, jehož dílo se k ní žádným způsobem nevztahuje, je **mimo** umění, prostě dělá něco jiného než umění. V tomto smyslu neexistuje nic takového jako privátní umění. Netriviální otázkou ovšem je, jestli ono pořízení se na tradici umění musí být vědomé a záměrné.

²⁵ DWORKIN, R. *Law's Empire*. Harvard, 1986, s. 62.

²⁶ Všimněme si ale, že se tu můžeme snadno dostat do kruhu. Jestliže tzv. úmysl autora není jeho skutečným úmyslem v psychologickém smyslu, ale je rekonstrukcí úmyslu autora ve směru nejlepší možné prezentace jeho díla, pak už nemá smysl se ptát, jestli úmysl autora přispívá k nejlepší prezentaci jeho díla.

²⁷ MARMOR, A. *Interpretation and Legal Theory*. Oxford, 2005, s. 30.

²⁸ „Neexistuje nic takového jako obecná interpretace v tom smyslu, že bychom interpretovali abstraktně a ne v nějakém určitém žánru.“ Viz DWORKIN, R. *Justice for Hedgehogs*. Harvard, 2011, s. 124.

²⁹ Můžeme o jednom filmu smysluplně říct: „Jako psychologický thriller to bylo ubohé, ale jako komedie to nebylo špatné.“

³⁰ Například Aharon Barak a Jeremy Waldron vidí účel a hodnotu zákonodárství v realizaci zastupitelské demokracie. Viz BARAK, A. *The judge in a democracy*. Princeton, 2006, s. 226; WALDRON, J. Representative Lawmaking. In *Boston University Law Review*, vol. 89, 2009, s. 335–355.

deklaraci toho, co už je právem,³¹ pak zákonodárství nelze uvažovat jinak než jako činnost s úmyslem tvořit právo, a to nejen s úmyslem nějak (rozuměj jakkoli) změnit stávající právo, ale s úmyslem změnit ho zcela konkrétním způsobem.³² Přirozenoprávník Dworkin ale uvažuje tak, že účelem zákonodárství je spravedlnost, takže interpretace konkrétního zákona má tento zákon ukázat v tom nejlepším světle z hlediska toho, jak přispívá spravedlnosti. Interpretace zákona v jeho koncepci musí respektovat, že právo a morálka tvoří jednotu. Dworkin je skeptický k tomu, abychom interpretovali zákony na základě tzv. úmyslu zákonodárce, zejména pak, jestliže onen úmysl chápeme psychologicky. Jednotliví zákonodárci totiž, pokud vůbec rozumí zákonům, pro které hlasují, bývají při svém hlasování často vedeni spíše politickými motivy než principy dobrého zákonodárství.³³

Jak známo, Dworkin je morálním realistou, i když *sui generis*. Má za to, že morální názory je nejlépe chápat tak, že nejsou jen osobními postoji jednotlivce, ale že jsou objektivně pravdivé nebo nepravdivé. A podobně uvažuje o interpretaci. Když interpretujeme nějaké dílo, činíme tak s ideou, že interpretace může být objektivně správná nebo nesprávná. V interpretaci díla, stejně jako v morálce, předpokládáme, že je v principu možné mít pravdu, ale také je možné se mýlit. Některé interpretace mohou být sice v nějakém jiném ohledu zajímavé, atraktivní, zábavné, sympatické, inspirující, možná i intelektuálně obdivuhodné, nicméně *jakožto interpretace konkrétního díla určitého žánru* nepřesné a chybné. Požadavek na správnost interpretace ve Dworkinově koncepci znamená, že se při interpretaci nesnažíme pouze o nějaký možný výklad, ale že usilujeme o ten nejlepší možný výklad. V kontextu práva Dworkin vychází z toho, že instituci soudce obvykle chápeme tak, že jeho úkolem je nalézt skutečně správnou odpověď, takže je nepřijatelné, aby soudce v odůvodnění rozsudku otevřeně připustil, že jeho výklad zákona je jen jedním z možných výkladů a že při jiném možném, stejně validním výkladu by dospěl k opačnému rozsudku.³⁴ Dworkin velmi ostře odmítá interpretační pluralismus. Považuje za nesmyslné, když právník, který je pluralistou, řekne, že on osobně sice považuje určitý výklad zákona za ten nejlepší, ale zároveň připouští, že jiní právníci mají odlišný názor, přičemž on si nečiní nárok na objektivní pravdu, takže se zdráhá říct, že ti ostatní se prostě mýlí.³⁵ Dworkin má za to, že když právník nějaký výklad považuje za ten nejlepší, tak tím implicitně odmítá všechny konkurenční výklady jako horší, a proto by tento logicky korektní postoj neměl změkčovat „politickou korektností“.³⁶

Účelem interpretace zákonů je podle Dworkina v nejobecnější rovině to, aby realizace státní moci byla v dané společnosti více férová, moudrá a spravedlivá, a na základě toho máme hodnotit, jestli určitý výklad zákona je lepší než všechny konkurenční výklady. K tomu ale Dworkin dodává, že to samo o sobě nestačí. Právníci totiž ještě musí mít například určitou koncepci toho, jaká dělba státní moci je nejlepší, což přímočaře souvisí s otázkou demokratické legitimacy a také s tím, do jaké míry mají nevolení soudci interpretovat zákony na základě svých

³¹ Některé zákony, typicky ve středověku, nebyly stanovené s úmyslem tvořit nové právo, ale jenom měly dát právnímu obyčeji, tedy už platnému právu, formu zákona, tedy pečeť královského potvrzení a garance.

³² RAZ, J. Intention in Interpretation. In GEORGE, R. P. (ed.). *The Autonomy of Law: Essays on Legal Positivism*. Oxford, 1996, s. 265.

³³ DWORKIN, R. *Justice for Hedgehogs*. Harvard, 2011, s. 129–130.

³⁴ DWORKIN, R. *Justice in Robes*. Harvard, 2006, s. 41–42. Ovšem jedna věc je otázka upřímnosti, totiž jestli má soudce otevřeně přiznat, že svůj výklad považuje za jeden z více rovnocenných výkladů, druhá věc je, jestli "skutečně" existují jediné správné odpovědi.

³⁵ DWORKIN, R. *Justice for Hedgehogs*. Harvard, 2011, s. 126.

³⁶ S Dworkinovou analýzou nesouhlasím. Když řeknu, že určitý výklad osobně považuji za nejlepší, vyjadřuji tím svoji osobní akceptaci hodnot, ve světle kterých je tento výklad nejlepší, ale tím nevylučuji, že někdo jiný akceptuje jiný systém hodnot, ve světle kterého je nejlepší ten jeho odlišný výklad. Žádná kontradikce v tom není.

představ o tom, co je dobré právo.³⁷ Teoretické neshody mezi právníky o tom, který výklad zákona je tím nejlepším, jsou pak důsledkem toho, že se neshodnou v těchto a v dalších konkrétnějších otázkách. Právníci, kteří se spolu například neshodnou na tom, jaká koncepce demokracie je tou nejlepší, se možná už z tohoto důvodu spolu neshodnou na výkladu celé řady článků Ústavy.

7.2 Skutečné právo (Michael S. Moore)

Michael S. Moore se hlásí k tzv. metafyzickému realismu, který velmi výrazně ovlivňuje jeho teorii interpretace práva. Má za to, že náš jazyk je jen nedokonalým nástrojem k popisu reality. Když používáme jazyk, používáme ho se záměrem pravdivě popsat skutečnost, takže konečnou normou správného používání slov nejsou naše jazykové konvence, ale skutečná povaha věcí, o kterých mluvíme, což prý platí i o slovech s hodnotícím významem, například „spravedlnost“, „svoboda“, „bezohlednost“. To znamená, že významy našich slov nejsou něčím arbitrárním, co je definitivně fixováno našimi jazykovými konvencemi,³⁸ ale musí se přizpůsobovat tomu, jak se vyvíjí naše poznání reality, včetně morální reality. Významy slov tedy nejsou jen záležitostí naší (individuální nebo kolektivní) volby, ale musí odpovídat skutečné povaze věcí, které mají označovat. Můžeme se sice aktuálně rozhodnout, že určitým způsobem definujeme lidskou smrt,³⁹ nicméně takové definice podle Moora nejsou definitivní, ale mají podléhat korekcím spolu s tím, jak se rozvíjí naše vědecké poznání procesu umírání, tedy jak se rozvíjí naše úsilí o poznání toho, co je skutečně smrt.⁴⁰ Moore přitom obhájí zajímavý, ale problematický názor, že jestliže zákon nějak definuje, co je to smrt, například pro potřeby dovození transplantace, pak se nemáme na onu legální definici dívat jako na kogentní normu, ale pouze jako na pokus o pojmovou deskripci smrti. V otázce přírodních procesů totiž není epistemickou autoritou zákonodárce, ale současný stav vědeckého poznání. To znamená, že pro soudce v kontextu aplikace práva zůstává otevřená otázka: „Tento případ sice odpovídá legální definici smrti, ale skutečně se tu jedná o mrtvého člověka?“ Účelem zákona je přece vázat dovození transplantace (mimo jiné) na to, že dárce orgánů je **skutečně** mrtvý. Podle Moora je legální definice smrti pro soudce pouze nezávaznou pomůckou, která je kdykoli opravitelná s ohledem na aktuální stav vědeckého poznání. Legální definice reálných fenoménů jsou prolomitelné (defeasible), protože jsou jenom omylným pokusem o zachycení jejich skutečné povahy. „Realistická teorie umožňuje, aby soudci dělali přesně to, co mají dělat, totiž aby nalézali význam slova ‚smrt‘ na základě lepšího poznání toho, co je to smrt.“⁴¹ Tento názor může být

³⁷ Dworkin je ale na tomto místě velmi opatrný, když používá formulaci: „... do jaké míry by nevolení soudci měli mít pravomoc sami rozhodovat o tom, který ze sématicky možných výkladů kontroverzního zákona by produkoval nejlepší právo.“ Viz DWORKIN, R. *Justice for Hedgehogs*. Harvard, 2011, s. 133.

³⁸ Jazykovými konvencemi nechápu jenom definice jakožto explicitní konvence, ale také konvence, které jsou implicitní jazykové praxi.

³⁹ Nabízejí se různé definice, například že došlo k takové zástavě srdce, že pacienta už nelze resuscitovat, nebo že už nelze obnovit jeho samostatné dýchání, nebo tak, že došlo k takovým nevratným poškozením mozku, které znamenají tzv. sociální smrt, případně, že se musí jednat o nevratné ztráty funkce *celého* mozku, včetně mozkového kmene (tzv. smrt mozku), případně můžeme definovat smrt nějak jinak. Viz § 2 písm. e) zákona č. 285/2002 Sb. (transplantační zákon).

⁴⁰ Filip Melzer píše: „Nemá tedy smysl vůbec mluvit o dispozitivní či kogentní povaze legálních definic, neboť se nejedná o právní normy.“ Z kontextu jeho úvahy je zřejmé, že mu nejde primárně o to, jestli jsou legální definice neprolomitelně závazné, ale o to, že dispozitivnost či kogentnost se **normativně** neprojevuje ještě u definice jako takové, ale až u právních norem, které onen definovaný pojem obsahují. Viz MELZER, F. Kogentní a dispozitivní právní normy. In HAVEL, B.; PIHRA, V. (eds). *Soukromé právo na cestě*. Plzeň, 2010, s. 222.

⁴¹ MOORE, M. S. A Natural Law Theory of Interpretation. In *Southern California Law Review*, 1985, vol. 58, s. 326. Ernst Kramer si všimá toho, že ani legální definice nebyvají jednoznačné, takže se nakonec musí také interpretovat. K tomu ještě na příkladu extrémně dlouhé a složité definice toho, co je to vlak, kterou zformuloval Reichsgericht in Zivilsachen, ukazuje, jak komické může být úsilí právníků jednou pro vždy definovat nějaký pojem běžného života pro potřebu práva. Viz KRAMER, E. *Juristische Methodenlehre*. Bern, 2005, s. 53.

podpořený i morální úvahou: „Jestliže zákon regulující transplantaci explicitně použil zastaralou definici toho, co je to smrt, považovali bychom za příšerné, aby soudce, který se spoléhá na tuto definici, dovolil odstranění orgánu nějakému člověku, který by ještě mohl být oživený.“⁴² Za poznámku ovšem stojí, že otázka toho, jak definovat smrt, není jen vědeckou, ale také morální, ekonomickou a náboženskou otázkou.⁴³

Jedním z hlavních terčů Moorovy kritiky je právní formalismus, který prezentuje jako teorii soudního rozhodování, založenou na třech politických ideálech právního státu:⁴⁴ 1) demokratický princip, že právo by měli vytvářet volení zástupci lidu, zatímco soudci, kteří nejsou volenými zástupci lidu, by měli právo pouze aplikovat; 2) princip formální spravedlnosti, že s podobnými případy by se mělo zacházet podobně; 3) princip věcné férovosti, který zaručuje poznatelnost a předvídatelnost práva pro jeho adresáty, a také ochranu dobré víry v plnění toho, co je po právu.⁴⁵ „Formalismus není jenom nějakou teorií soudního rozhodování. Zdá se, že má všechny znaky toho, že je *právě tou* teorií soudního rozhodování, která umožňuje věrnost oněm ideálům zahrnutým v pojmu právního státu. Volená legislativa může plnit svoji funkci reprezentovat vůli lidu jenom tehdy, když právo limituje soudní diskreci. Podobně i funkční rozdělení státní moci může existovat jenom tehdy, když soudci vykonávají práci, která je odlišná od práce parlamentu.“⁴⁶ Existují sice formalisté mnoha různých druhů, ale všichni se spolu shodnou na tom, že prostor pro soudní diskreci by měl být co nejmenší. Z hlediska samotné metodologie soudního rozhodování se formalismus omezuje na tzv. právní sylogismus, což znamená, že soudce subsumuje zjištěný skutkový stav (tedy empirické fakty) daného právního případu pod skutkovou podstatu (tedy pod obecný pojem) dotčených *právních* pravidel, rozuměj pouze těch pravidel, jejichž normativním zdrojem jsou formální prameny práva, a pak deduktivně odvozuje výrok rozhodnutí. Důležité je pak to, že formalistické rozhodování vylučuje z právní úvahy jako irelevantní jednak morální principy, jednak společenské důsledky konkrétních rozhodnutí.⁴⁷

Formalismus není pouze deskriptivní teorií toho, jak soudci *de facto* rozhodují právní případy, ale je zejména normativní teorií toho, jak by je měli rozhodovat. Každá normativní teorie o tom, co by se mělo dělat, (explicitně nebo implicitně) přijímá určité předpoklady o tom, co je vůbec možné dělat, protože každý praktický ideál musí být alespoň v principu realizovatelným ideálem. Různé druhy právního formalismu můžeme odstupňovat podle toho, jak silnou tezi kladou ohledně možnosti jediné správné odpovědi pro právní otázky:⁴⁸ 1. *Negativní*

⁴² BIX, B. Michael Moore's Realist Approach to Law. In *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 140, 1992, s. 1301.

⁴³ Některé životní funkce lze uměle (přístroji) udržovat a my se ptáme, co ještě má tu hodnotu, aby se to uměle podporovalo či udržovalo, resp. jaký život ještě stojí za to udržovat. To už není vědecká, ale morální otázka. Ostatně pojem tzv. sociální smrti, který znamená, že člověk už není schopen vnímat druhé lidi jako osoby, je morálním pojmem. Případně se můžeme i ptát, co si z technických vymožeností umělého udržování životních funkcí ještě můžeme finančně dovolit. I tyto a další úvahy nakonec ovlivní to, kterou fázi fyziologických procesů umírání *pro potřeby práva* definujeme jako smrt. Ryze deskriptivní otázka, co je **skutečně** smrt, je v tomto kontextu pomýlená.

⁴⁴ Moore neuvažuje právní formalismus jako něco z minulosti, má za to, že formalismus dosud přežívá, nebo snad dokonce prosperuje, a to proto, že se (mylně) zdá být právě tou teorií, která nejlépe realizuje požadavky právního státu.

⁴⁵ MOORE, M. S. Semantics of Judging. In *Southern California Law Review*, vol. 54, 1981, s. 155.

⁴⁶ Tamtéž, s. 160.

⁴⁷ „Starší debata mezi formalisty a právními realisty by měla být nahlížena zejména jako debata o tom, jestli existuje nějaký bezhodnotový způsob, jak v právu odvodit interpretační premisy, formalisté mají za to, že existuje, právní realisté mají za to, že neexistuje.“ Viz MOORE, M. S. A Natural Law Theory of Interpretation. In *Southern California Law Review*, 1985, vol. 58, s. 284.

⁴⁸ Zde ovšem hrozí nedorozumění, pokud není jasno, jestli tím myslíme jediné „formalisticky správné“ odpovědi, nebo jediné „skutečně správné“ odpovědi. Někdo totiž může tvrdit, že formalistické metody vůbec nedokáží zredukovat množinu možných odpovědí na jedinou odpověď, a to bez ohledu na věcnou správnost

formalismus: Pro každý právní případ lze ryze formalistickými metodami vyloučit alespoň jednu odpověď jako nesprávnou.⁴⁹ 2. *Umírněný formalismus*: Existují takové právní případy, u kterých lze ryze formalistickými metodami identifikovat jedinou správnou odpověď. 3. *Radikální formalismus*: Pro každý právní případ lze ryze formalistickými metodami identifikovat jedinou správnou odpověď.⁵⁰ Negativní formalismus se vymezuje proti extrémnímu názoru, že slova zákona nás při jeho výkladu nijak neomezují, protože je prý lze chápat jakkoli, můžeme jim připsat jakýkoli obsah. Negativní formalista proti tomu argumentuje, že už slova zákona vylučují některé jeho výklady jako chybné, resp. jako sématicky nemožné. Výklad zákona, který se vůbec neptá na správné významy jeho slov, totiž není výkladem tohoto zákona, protože při sémanticky zcela libovolném „výkladu“ je úplně jedno, co je v tomto zákoně napsané, jaká slova ho tvoří. Při libovolném „výkladu“ je nakonec jedno, jestli je výkladem tohoto, anebo jiného textu, výsledek je stejně nahodilý. Libovolný výklad je pro negativního formalistu oxymorón, vlastně je to nevýklad, protože každý výklad je výkladem něčeho určitého, výklad se váže na svůj určitý předmět. Negativní formalismus je rozumným a samozřejmým názorem,⁵¹ navíc je plně slučitelný s teleologickým výkladem.⁵² Moore ale nepolemizuje s negativním formalismem, svoji kritiku zaměřil proti umírněnému formalismu. A to znamená, že pokud ho chce vyvrátit, musí ukázat, že neexistují žádné takové případy, u kterých lze ryze formalistickými metodami identifikovat jedinou správnou odpověď. Myslí tím zejména to, že neexistují právní případy, které mohou být rozhodnuté pouze na základě úvahy o doslovném výkladu.⁵³ Z logického hlediska vypadá argumentační situace tak, že když se vyvrátí umírněný formalismus, automaticky se tím vyvrací i radikální formalismus,⁵⁴ ale je to komplikovanější.

Moorova kritika právního formalismu se točí kolem teorie jazykového významu. Formalisté uvažují pojmy (jakožto významy slov) klasifikačně, primárně si kladou otázku, jestli určitá jednotlivina spadá, anebo nespadá pod rozsah určitého pojmu.⁵⁵ Přitom vycházejí

odpovědi. A někdo může sice připustit, že formalistické metody dokážou vyselektovat právě jednu odpověď, tedy že umí být jednoznačné, nicméně přitom může ještě pochybovat o tom, jestli tyto jediné odpovědi jsou opravdu správnými odpověďmi.

⁴⁹ SOLUM, L. The Supreme Court in Bondage: Constitutional Stare Decisis, Legal Formalism, and the Future of Unenumerated Rights. In *Journal of Constitutional Law*, vol. 9, No. 1, 2006, s. 174.

⁵⁰ K tezi jediné správné odpovědi ve všech právních případech se otevřeně hlásí moralista Ronald Dworkin. Ovšem je tu významný rozdíl. K jediné správné odpovědi podle Dworkina nelze dospět ryze formalistickými metodami, ale tak, že budeme uvažovat právo a morálku v jejich integritě. Moore tohle nerozlišuje a označuje Dworkina jako extrémního formalistu. Toto matení lze chápat jako důsledek skutečnosti, že Dworkinův moralismus sdílí s formalismem ideu, že objektivně existují jediná správná řešení, která čekají, až je soudec nalezne, doslova objeví.

⁵¹ I pro toho nejradikálnějšího hodnotoprávníka slova zákona přinejmenším vymezují téma úvahy, takže nelze například slova zákoníku práce vykládat tak libovolně, že z toho nakonec vyleze něco úplně jiného, třeba trestní zákoník nebo pohádka o Zlatovlásce. Negativní formalismus (v nějaké jeho verzi) by měl akceptovat každý právník, berme to tak, že negativní formalismus je dobrým testem přičetnosti právníka. Existují různé druhy formalismu, některé jsou zřejmě přijatelné, některé jsou diskutabilní a některé jsou zřejmě nepřijatelné. Obecná kritika jakéhosi, blíže nespecifikovaného formalismu, je k ničemu.

⁵² Aharon Barak k tomu píše: „Teleologický výklad začíná u ideje, že interpretace je o připsání právního významu nějakému textu v rámci spektra jeho sémantických významů. Sémantický význam tvoří limity interpretace. Interpret nemůže připsat textu význam, který jeho jazyk nemůže unést. Systém interpretace stanoví kritéria pro určení právního významu textu uvnitř jeho sémantických hranic. V teleologickém výkladu je tímto kritériem účel textu.“ Viz BARAK, A. *Purposive Interpretation in Law*. Princeton, 2005, s. xiii.

⁵³ MOORE, M. S. Semantics of Judging. In *Southern California Law Review*, vol. 54, 1981, s. 164.

⁵⁴ Vezměme, že existují nějaké právní případy. Jestliže není pravda, že mezi nimi existuje alespoň jeden takový případ, u kterého lze formalistickými metodami identifikovat jedinou správnou odpověď, pak *a fortiori* není pravda ani to, že u všech těchto případů lze formalistickými metodami identifikovat jedinou správnou odpověď.

⁵⁵ Pro Moora je typické, že se nespokojí s tvrzením, že prostě víme, jestli konkrétní případ spadá, anebo nespadá pod obecný pojem zákona, protože přece ovládáme jazyk zákona. Nestačí mu ani výroky typu: „I know

z předpokladu, že existují (bezhodnotová) empiricky přezkoumatelná kritéria, tedy nutné a postačující podmínky toho, jestli je určitá subsumpce správná. Jenomže formalista svými prostředky nedokáže efektivně řešit například problém vágnosti a víceznačnosti slov zákona, protože vymezení hranice neurčitého pojmu v konkrétním případě, resp. volba mezi různými výklady, pokud to má být rozumné, obvykle závisí na zvážení účelů (smyslu, hodnot) zákona, od kterých ale formalista abstrahuje. A to nemluvě o tom, že právní texty vcelku běžně používají pojmy s morálním obsahem. Jestliže formalista opravdu bere slova zákona vážně, pak nesmí nahrazovat odkazy zákona na morálku nějakou náhražkou morálky, například tzv. konvenční (sdílenou) „morálkou“. Když například zákon mluví o poctivosti, pak prostě mluví o skutečné poctivosti, a ne o tom, co většina lidí považuje za poctivost. Ale hlavně, Moore má za to, že jestliže má být výklad zákona rozumný, pak musí být i hodnotově angažovaný. Doslovný výklad zákona, a to bez ohledu na to, jak je onen zákon podrobný či precizně formulovaný, bude nevyhnutelně produkovat závěry, které jdou proti jeho účelu, jsou nespravedlivé, či v rozporu se zdravým rozumem. V takových případech by měl soudce vážít proti sobě na jedné straně své jazykové intuice o tom, co slova zákona znamenají, a na druhé straně své morální intuice o tom, co by slova zákona měla znamenat. Čím jasnější jsou soudcovy jazykové intuice, tím silnější musí být jeho protichůdné morální intuice, pokud je mají převážít, resp. posunout.⁵⁶ Moorova teorie práva je teleologická (purposive), soudce má zkoumat cíle, pro které by zákon mohl být rozumným prostředkem, mezi nimi má vybrat omezenou množinu účelů, jakožto účelů zákona, a to na základě teorie spravedlnosti, kterou považuje za (tu jedinou) správnou. Jazykové intuice sice samy o sobě nestačí, nicméně bez nich bychom nemohli vůbec identifikovat, čemu vlastně máme připisovat nějaké účely. Morální intuice by bez jazykových intuicí byly slepé a jazykové intuice by bez morálních intuicí byly prázdné.⁵⁷ Hlavní Moorovo sdělení spočívá v tom, že morální intuice jsou ve hře vždy, včetně tzv. *easy cases*, protože i když v konkrétní soudcově úvaze nakonec převáží jazykové intuice nad morálními, znamená to, že morální intuice byly ve hře.⁵⁸

V každém právním případě je v principu možné, že doslovný výklad, i když se zdá být jasným, bude převážen nějakou hodnotovou úvahou. Jestliže se nějaký případ ukáže jako *easy case*, pak je to *easy case* nejen jazykově, ale i morálně, protože je to výsledek poměrování jazykových a morálních intuicí, i když je to nakonec třeba ve prospěch oněch jazykových intuicí.⁵⁹ I to, že dospějí k závěru, že doslovný výklad v konkrétním případě nemám hodnotově korigovat, je to úsudek, který zahrnuje hodnotovou úvahu o tom, jestli si doslovný výklad v tomto případě zaslouží hodnotovou korekci. Takže i názor, že mám uplatnit ryze doslovný výklad, je zčásti výsledkem hodnotové úvahy. Zhodnocení právního případu tak, že to je *easy case*, se neobejde bez hodnotící úvahy, takže i tzv. *easy cases* leží mimo sféru formalistických metod práce.⁶⁰ Moorův argument proti umírněnému formalismu je založený na tom, že formalista, který uznává, že alespoň v některých případech musíme zapojit nějaké hodnotové úvahy, abychom se vyhnuli nespravedlivým či absurdním závěrům, musí též uznat, že nějaké hodnotové úvahy

it when I see it.“ (Toto je známý výrok soudce Pottera Stewarta, který k případu *Jacobellis vs. Ohio* (1964) řekl, že hardcorovou pornografií sice neumí definovat, ale když to vidí, pozná to.) Takové intuitivní poznání v kontextu aplikace práva totiž podle Moora není založené pouze na jazykových intuicích, ale je určitou kombinací jazykových a morálních intuicí.

⁵⁶ MOORE, M. S. Semantics of Judging. In *Southern California Law Review*, vol. 54, 1981, s. 188, 293. Všimněme si, že objektivista Moore nemůže navrhnout nic více než požadavek na koherenci subjektivních intuicí soudce. Když přijde na metodologii, objektivisté jsou odhaleni jako zakuklení subjektivisté.

⁵⁷ Berme to jako parafrázi Kantova: „Anschauung ohne Begriff wäre blind, Begriff ohne Anschauung wäre leer.“

⁵⁸ I když mi svetr profoukne vítr, neznamená to, že ho na sobě nemám.

⁵⁹ Soudce si nemůže říct, že text zákona je natolik jasný, že jakákoli morální úvaha už je zbytečná, nemůže si to říct už proto, že je v principu možné, že doslovný výklad zcela jasného zákona bude mít extrémně nespravedlivé nebo absurdní důsledky.

⁶⁰ MOORE, M. S. Semantics of Judging. In *Southern California Law Review*, vol. 54, 1981, s. 279.

musíme uplatnit ve všech případech, protože bez hodnotových úvah ani nelze rozlišit, jestli ten či onen konkrétní případ je takový, že bychom u něj měli, anebo naopak neměli jazykový výklad nějak hodnotově korigovat. Tento způsob argumentace ale nespĺňuje původní záměr, totiž že když vyvrátíme slabší (umírněný) formalismus, pak tím automaticky vyvrátíme i silnější (radikální) formalismus. Moorova argumentace totiž funguje jen proti takovému umírněnému formalistovi, který sám otevřeně odmítá radikální formalismus. Vlastně říká, že když umírněný formalista udělá malý ústupek, že v některých případech je nějaká hodnotová úvaha potřebná, musí pak udělat i větší ústupek a uznat, že nějaká hodnotová úvaha je potřebná ve všech případech. Jenomže radikální formalista onen malý ústupek neudělá, takže Moorův argument proti němu vůbec nenastartuje.⁶¹

Můžeme diskutovat rozmanité koncepce toho, co vlastně chápeme úmyslem. 1. Myslíme tím *sémantický úmysl*, tedy v jakém významu zákonodárce zamýšlel svoje slova? A pokud ano, myslíme tím úmysl použít slova k označení množiny věcí určitého druhu? Nebo úmysl použít slova v souladu s určitými jazykovými konvencemi? Nebo to, že zákonodárce měl na mysli nějaký konkrétní (vzorový) exemplář a měl v úmyslu regulovat všechny analogické případy? 2). Myslíme tím *instrumentální úmysl*, tedy jaké cíle zákonodárce svým zákonem sledoval? A pokud ano, zamýšlel něco, co je samo o sobě účelem, anebo něco, co je jenom prostředkem pro nějaký další účel?⁶² Sledoval zákonodárce dosažení nějakého konkrétního stavu věcí, anebo chtěl maximalizovat realizaci nějakých hodnot, ať už to bude jakýmkoli stavem věcí? Uvažoval zákonodárce v modu jednoho cíle, nebo v modu preferencí (first best, second best, ...)? Chtěl změnit samotnou funkci dotčeného právního institutu, nebo ji chtěl jenom zefektivnit? Takto se můžeme ptát dál a dál. Věci se navíc výrazně komplikují, když začneme mluvit o úmyslu zákonodárského sboru jakožto kolektivitu zákonodárců (poslanců, senátorů) v parlamentu. Moore odmítá ideu kolektivní mysli, má za to, že úmysl jakožto mentální stav můžou mít jenom jednotlivci. Kolektiv nemůže mít úmysl, stejně jako nemůže mít například bolest. Navíc odmítá i umírněnější názor, že úmysl zákonodárského sboru je reálným konstruktem, protože je většinovým názorem mezi zákonodárci. Problém je v tom, že zákonodárci, kteří hlasují pro návrh zákona, můžou hlasovat z různých důvodů, sledovat odlišné cíle, resp. jinak rozumět návrhu, o kterém se hlasuje. Hlasovat stejně ještě neznamená mít stejný úmysl. Dokonce je možné hlasovat opačně, ale se stejným úmyslem. Například když jeden poslanec hlasuje pro návrh určitého zákona, protože si myslí, že tento zákon pomůže snížit deficit státního rozpočtu, zatímco druhý poslanec hlasuje proti návrhu stejného zákona, protože si myslí, že zablokování tohoto zákona pomůže snížit deficit státního rozpočtu.⁶³ Moore má za to, že nemá smysl personifikovat pluralitu úmyslů jednotlivých zákonodárců do úmyslu zákonodárského sboru, *jako by byl* jednou osobou, protože tím dosáhneme jen toho, že budeme mít vnitřně rozpolcenou, intencionálně inkohereční osobu.⁶⁴

Moore je přirozenoprávníkem, přičemž teorii přirozeného práva chápe tak, že existuje nutné spojení mezi právem a (objektivními) morálními pravdami.⁶⁵ Svoji teorii interpretace

⁶¹ Radikální formalista může například říct: „Doslovný výklad zákona sice může vést k nespravedlivým či absurdním závěrům, ale to je problém pro zákonodárce a ne pro soudce. To se nemá řešit výkladem, ale legislativou.“ Zde mluvíme o jednoznačném, ale špatném zákoně. Jiná věc je, že pozitivní právo velmi často není jednoznačné, a v takových případech má soudce-formalista určitý prostor k diskreci, kterou by měl realizovat hledáním věcně nejlepšího řešení. Diskrece už je mimo formalistickou metodologii, ostatně formalisté obvykle chtějí takové zákony, které prostor pro soudcovskou diskreci co nejvíce zúží.

⁶² „Starosta mohl například zamýšlet zajištění bezpečnosti v parku nikoli samoúčelně, ale proto, aby ho občané více využívali.“ Viz MOORE, M. S. A Natural Law Theory of Interpretation. In *Southern California Law Review*, vol. 58, 1985, s. 345.

⁶³ MOORE, M. S. Semantics of Judging. In *Southern California Law Review*, vol. 54, 1981, s. 266.

⁶⁴ MOORE, M. S. A Natural Law Theory of Interpretation. In *Southern California Law Review*, vol. 58, 1985, s. 351.

⁶⁵ „Přirozené právo má v právním a filozofickém diskurzu řadu idiomatičtých použití. Já se ale omezím pouze na jedno z nich a budu onen výraz používat tak, že odkazuje na určitou pozici o právu, která je založená na

prezentuje jako přirozenoprávní teorii, protože vychází z názoru, že každá interpretace právního textu musí zahrnovat do úvahy nějaké morální pravdy: „Teorii interpretace, kterou chci obhajovat, označuji jako přirozenoprávní teorii interpretace, protože ji charakterizují tyto dvě teze: (1) že existuje správná odpověď na morální otázky, jestli chcete, můžeme tomu říkat morální realita; a (2) že interpretační premisy, které jsou nutné pro rozhodnutí jakéhokoli případu, mohou být a měly by být odvozené zčásti na základě odkazu k požadavkům této morální reality. Zkrátka, skutečná morálka, a ne pouhá konvenční morálka nebo ‚sdílené hodnoty‘, má nutné místo v interpretaci jakéhokoli právního textu.“⁶⁶ Důležité je to, že Moore nemluví o morálních názorech, které ve společnosti (tradičně nebo aktuálně) převažují, nemluví ani o průniku morálních názorů ve společnosti, on mluví o tom, co je skutečně morálně správné, tedy o morálních pravdách. V tom se Moore liší od těch mezi hodnotoprávníky, kteří uvažují jako právně relevantní ty hodnoty, které jsou v dané společnosti *de facto* většinově akceptované, takže ve svém právním myšlení zohledňují společensky sdílené hodnoty (*gesellschaftsimmanente Wertungsjurisprudenz*).⁶⁷ Snad není nutné zdůrazňovat, že aktuálním hodnotovým konsenzem ve společnosti může být i „nemorální morálka“, což je například politováníhodná zkušenost s tzv. nacistickou morálkou.⁶⁸ Moore by řekl, že tzv. nacistická morálka sice reprezentuje hodnotový konsenzus německé společnosti určité doby, ale není to skutečná morálka.⁶⁹

A ještě jedno důležité rozlišení. Mnozí hodnotoprávníci vycházejí z předpokladu, že hodnotové názory, které uplatňují při svých výkladech zákona, lze racionálně odůvodnit.⁷⁰ Nic proti tomuto předpokladu, ale Moore mluví o něčem jiném. Nejde mu o dobrou vyargumentovanost, ale o objektivní pravdivost hodnotových názorů. Racionální odůvodnění názoru je jedna věc, jeho pravdivost je pak druhá věc. Můžeme se přece **rozumně** mýlit. Máme pro nějaký názor z určitého hlediska rozumné důvody, a přesto se v tomto názoru mýlíme.⁷¹ A to platí i o morálce: „We are fallible moral reasoners.“⁷² Rozumné odůvodňování sice pomáhá vyhybat se morálním omylům, nicméně i rozumně odůvodněné morální názory jsou v principu omylné, protože determinantem jejich pravdivosti není jejich rozumná odůvodněnost, ale to, jestli odpovídají morální realitě. Moore kritizuje subjektivismus, že je neintuitivní, protože v jeho perspektivě jsou jednotlivci morálně neomylní, a také kritizuje relativismus, že v jeho perspektivě jsou kultury jako kolektivy morálně neomylné.⁷³ Z hlediska Moorova realismu v

dvou tezích: (1) existují objektivní morální pravdy, (2) pravdivost každého právního výroku nutně závisí, alespoň zčásti, na pravdivosti nějakého morálního výroku, resp. výroků. Pro přehlednost budu tu první z nich označovat jako *tezi morálního realismu* a tu druhou jako *relační tezi*. Viz MOORE, M. S. *Moral Reality Revisited*. In *Michigan Law Review*, vol. 90, 1992, s. 2425.

⁶⁶ MOORE, M. S. A Natural Law Theory of Interpretation. In *Southern California Law Review*, 1985, vol. 58, s. 286.

⁶⁷ BYDLINSKI, F. *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*. Wien, 1991, s. 129–130.

⁶⁸ KOONZ, C. *Nazi Conscience*. London, 2003.

⁶⁹ Nedávno jsem mluvil s jedním soudcem, který tvrdil dvě věci: 1) Koriguji zákon morálkou. 2) Morálkou myslím většinovou morálku ve společnosti. Onen soudce mi ale neuměl odpovědět na otázku, proč potřebuje zákon, který je produktem demokratické většiny, korigovat většinovým názorem ve společnosti. Ještě podivnější by ovšem bylo, kdyby tvrdil: Výsledek referenda koriguji většinovou morálkou.

⁷⁰ „Většina stoupců hodnotové jurisprudence ... má za to, že odůvodněné výroky o dotčených (ve smyslu právního řádu) hodnotách jsou možné, i když tyto důvody nemají sílu logické nutnosti.“ Viz LARENZ, K. *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*. München, 1991 (1960), s. 121.

⁷¹ U mnohých mimořádně chytrých vědeckých teorií se empirickým výzkumem nakonec ukázalo, že jsou nepravdivé, prostě neodpovídají realitě. Jsou to rozumné, ale nepravdivé teorie. Chytré teorie, ale o jiném světě než je ten náš.

⁷² MOORE, M. S. *Moral Reality*. In *Wisconsin Law Review*, 1982, s. 2452.

⁷³ Navíc kritizuje subjektivismus, že v jeho perspektivě je názorová neshoda mezi jednotlivci pouze zdánlivou neshodou, a také kritizuje relativismus, že v jeho perspektivě je názorová neshoda mezi kulturami pouze zdánlivou neshodou. Mám za to, že Moorova kritika subjektivismu je funkční pouze proti tzv. prostému (vulgárnímu) subjektivismu, ale ne proti expresivismu, což je sofistikovaná verze subjektivismu. Srov. MOORE,

principu není vyloučeno, že právník racionálně odůvodní nepravdivý názor, a také v principu není vyloučeno, že jeden právník racionálně odůvodní názor A, a druhý právník stejně racionálně odůvodní opačný názor nonA, takže tito dva právníci jsou spolu v situaci tzv. rozumné neshody.⁷⁴ Skutečnost, že se jeden z nich mýlí, ještě neznamená, že argumentoval nerozumně.

Souvislost Moorovy teleologické teorie interpretace práva s jeho morálním realismem je taková, že účely zákona se neváží k tomu, co zákonodárce svým úmyslem sledoval jako rozumné a spravedlivé, ale k tomu, co je skutečně rozumné a spravedlivé.⁷⁵ Moore nijak nezpochybňuje to, že soudce by měl respektovat zákonodárce⁷⁶ jako demokraticky zvolený, tedy politicky legitimní orgán, nicméně argumentuje, že funkcí zákonodárství není zformovat si nějaké legislativní úmysly, ale stanovit zákony. Autoritu práva nemá legislativní úmysl, ale zákon jako produkt legislativního procesu. Moore jednoznačně říká, že legislativní úmysl nemá hrát žádnou roli v interpretaci práva.⁷⁷ Pro přirozenoprávníka Moora to ale nemůže skončit u zákona jako takového, ani u prostého konstatování, že výklad zákona má být teleologický. Klíčové je pro něj to, že teleologický výklad zákona je nutně spojený s morální správností. Moore argumentuje, že mezi pojmovými znaky zákonů je závaznost₁ a že nutnou podmínkou závaznosti₂ zákona je jeho spravedlnost, tedy že teleologický výklad zákona musí být vedený morálně dobrým účelem.⁷⁸ Úkolem soudce není zkoumat úmysl zákonodárce, ale objektivní účel zákona, a to z hlediska toho, že vlastní funkcí práva je podporovat spravedlnost.⁷⁹ Právo jako takové prý nemůže být nespravedlivé, údajná nespravedlnost práva je jen chybnou interpretací, která ignoruje, že máme vykládat zákon s ohledem na to, že smyslem práva je spravedlnost. Soudce, který při řešení konkrétního případu došel k závěru, že právo je nespravedlivé, by si měl uvědomit, že se určitě mýlí, že se s tímto výsledkem nesmí spokojit a že má pokračovat v hledání skutečného práva.

Myslím, že Moorovy úvahy o „skutečném právu“ jsou zbytečně zatížené metafyzikou, i když uznávám, že by se soudce neměl spokojit s výklady, ve světle kterých je zákon nespravedlivý, a měl by hledat jiné výklady, které z hlediska spravedlnosti ukazují právo v lepším světle. Moore by můj názor označil jako tzv. interpretivismus, což je podle něj marné úsilí formulovat teorii interpretace bez metafyziky. Mezi různými druhy interpretivismu kritizuje i Dworkinovu pozici. Dworkinova teorie interpretace chce vycházet zevnitř interpretační praxe, ostatně pro Dworkina neexistuje ostrá hranice mezi soudním rozhodováním a teorií práva.⁸⁰ Moore má pochybnost o tom, že úkolem teoretika práva je formulovat takovou teorii interpretace, která navazuje na interpretační praxi soudců, resp. ospravedlňuje ji. Teorie interpretace by spíše měla

M. S. Legal Reality: Naturalist Approach to Legal Ontology. In *Law and Philosophy*, vol. 21, 2002, s. 650; BLACKBURN, S. Antirealist Expressivism and Quasi-realism. In COPP, D. (ed.). *Oxford, Handbook of Ethical Tudory*. Oxford, 2006, s. 151.

⁷⁴ Možnost racionálního odůvodnění v oblasti morálky připouští i morální nonkognitivist, který má za to, že žádná morální realita neexistuje, a potažmo ani žádné (objektivní) morální pravdy. Klasická námitka proti nonkognitivistovi je pak tato: Když neexistuje morální realita, o které bychom mohli diskutovat, pak co vlastně děláme, když odůvodňujeme morální názory? Není pak morální argumentace jenom sentimentální manipulací? A pokud ano, je to racionální argumentace v tom smyslu, který jsme měli původně na mysli? Viz SCHROEDER, M. *Noncognitivism in Ethics*. Routledge, 2010, s. 14.

⁷⁵ MOORE, M. S. A Natural Law Theory of Interpretation. In *Southern California Law Review*, vol. 58, 1985, s. 354.

⁷⁶ Nyní už zase mluvíme o zákonodárci jako o celém zákonodárném sboru.

⁷⁷ MOORE, M. S. A Natural Law Theory of Interpretation. In *Southern California Law Review*, vol. 58, 1985, s. 357.

⁷⁸ Tohle je klasický přirozenoprávní tah. Aby byl zřejmý, označil jsem indexy dva výskyty slova 'závaznost'. Jestliže závaznost₁ znamená **právní** závaznost a závaznost₂ znamená **morální** závaznost, pak Moorův argument nefunguje. Ovšem je to mnohem komplikovanější problém, což níže ukáže diskuze Razovy teorie.

⁷⁹ MOORE, M. S. Law as a Functional Kind. In GEORGE, R. P. (ed.). *Natural Law Theory: Contemporary Essays*. Oxford, 1992, s. 227.

⁸⁰ DWORKIN, R. *Law's Empire*. Harvard, 1986, s. 90.

kriticky přezkoumat, jestli soudci interpretují pozitivní právo správně, tedy jestli soudci vykládají zákony z hlediska skutečné spravedlnosti a skutečné rozumnosti.⁸¹ Interpretace zákonů z pera soudců jsou v principu omylné, a takto k nim máme přistupovat.⁸² Ostatně i sami soudci si podle Moora mají udržovat kritický odstup k zaběhané soudcovské praxi a neustále usilovat o skutečně správná řešení, nikoli pouze o soudcovsky správná řešení. Dworkinovi ale jde spíše o to, že kritický názor z metafyzického odstupu (z pohledu Božího oka) nenachází žádné uplatnění v reálné praxi právní argumentace. Jestliže chceme v rámci určité právní kultury kritizovat konkrétní výklad práva jako právně špatný, pak musíme argumentovat právnicky. A to znamená, že svoji argumentaci musíme formulovat v tradičních pojmech a hodnotách dané právní kultury, nikoli prostým odkazem na to, že něco ve skutečnosti je, nebo naopak není pravda. To znamená, že když chceme kritizovat konkrétní právní názor jako právně špatný, musíme ho kritizovat s ohledem na ostatní právní názory, které jsou sdílené v dané právní komunitě. Kritika, která je vůči určité právní praxi zcela vnější, je sice možná, ale vzhledem k této právní praxi nemůže být **právní** kritikou. Už slovo ‚výklad‘ může být zavádějící.⁸³ *Výklad* není přímým odkazem k nějakému faktu, doslova *vyložením* určité skutečnosti na světlo, výklad je argumentací, která holisticky propojuje a přepřádá širokou síť názorů v určitém kulturním a institucionálním rámci.⁸⁴

7.3 Autorita práva (Joseph Raz)

Zatím jsme probrali dva přirozenoprávníky, Ronalda Dworkina a Michaela S. Moora, nyní přejdeme k oxfordskému pozitivistovi Josephovi Razovi. A rovnou začneme „šokující“ informací, arcipozitivistu Raz totiž píše: „Budu tvrdit, že interpretace v právu je integrační aktivita, a jedním z jejích hlavních cílů je integrovat právo a morálku.“⁸⁵ Raz začíná svoje úvahy o interpretaci u toho, že morálka nemá nijak omezenou jurisdikci, takže každý, kdo dokáže porozumět morálce tak, že poskytuje určité důvody k jednání, je morálce podřízený. I soudci jsou lidé, jakožto lidé to dokážou, takže jsou podřízení morálce, ať už chtějí, nebo ne.⁸⁶ To je ovšem banalita, zajímavější otázkou je, jestli jsou soudci právně vázáni morálkou. Raz je velmi opatrný stavět právo a morálku do protikladu, a to už proto, že legitimní autorita práva je podle Raze morální kategorií.⁸⁷ Každý právní systém po svých subjektech požaduje, aby uznali jeho autoritu jako legitimní autoritu. To je už v povaze práva. Ale ne každý právní systém legitimní autoritu skutečně má.⁸⁸ Ale když ji má, pak jeho právní normy svým subjektům vytvářejí nejen právní povinnosti ve formálním smyslu, ale jsou i morálně závazné.⁸⁹ Nelze

⁸¹ To by ovšem znamenalo, že teorie interpretace práva není jen juristická metodologie, ale že navíc zahrnuje etiku a teorii racionality.

⁸² MOORE, M. S. The Interpretive Turn in Modern Theory: A Turn for The Worse? In *Stanford Law Review*, vol. 41, 1989, s. 948, 955.

⁸³ Podobně slovo „vysvětlení“ může svádět k názoru, že vysvětlit něco znamená, že nějakou jednu konkrétní věc vynášíme z temnoty na světlo. Vysvětlit ale znamená dávat si různé věci do souvislosti.

⁸⁴ DWORKIN, R. *Justice for Hedgehogs*. Harvard, 2011, s. 154.

⁸⁵ RAZ, J. *Even Judges Are Humans*. 1st lecture. 2003, manuskript, s. 1.

⁸⁶ RAZ, J. Incorporation by Law. In *Legal Theory*, vol. 10, 2004, s. 2.

⁸⁷ Kdyby už samotná povaha autority byla neslučitelná s idejemi morálky a racionality, pak by pojem **legitimní** autority byl nesmyslný. Viz RAZ, J. *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*. Oxford, 1979, s. 4.

⁸⁸ Právní systém, který po svých subjektech požaduje, aby uznali jeho autoritu jako legitimní autoritu, kterou ale ve skutečnosti nemá, není skutečně, tedy morálně závazný, ale jenom stanoví právní povinnosti, které sice mohou být efektivně mocensky vynucované, ale to je už věc fakticity.

⁸⁹ HIMMA, K. Just 'Cause You're Smarter than Me Doesn't Give You a Right to Tell Me What to Do: Legitimate Authority and the Normal Justification Thesis. In *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 27, No. 1, 2007, s. 138. Věci jsou ale komplikovanější. Raz totiž říká, že je morálně přípustné, abychom si zachovali si svůj vlastní rozum a jednali jen podle něj. Ale že je stejně morálně přípustné, abychom měli k právu praktický respekt, který je sám o sobě důvodem pro dodržování práva. Raz přitom nezapomíná zmínit, že to neplatí pro hrubě nespravedlivé

tedy obecně říct, že soudce žije ve dvou zcela oddělených normativních světech, že z morálního hlediska je podřízený morálce a z právního hlediska je podřízený právu.⁹⁰ Spíše jde o to, že právo, pokud je morálně legitimní, modifikuje morální povinnosti člověka v roli soudce. Když soudce uznává právní systém jako legitimní autoritu, znamená to, že se ve své institucionální roli soudce zčásti vzdává své autonomie v posouzení toho, co je správné.⁹¹ Raz v minulosti nemluvil jen o tom, že právo požaduje, abychom *modifikovali* svoji morálku, ale mluvil silněji o tom, že právo požaduje, abychom *vyloučili* morálku ze své úvahy a *nahradili* ji právem.⁹² Někteří oponenti ho proto kritizovali, že v jeho teorii je právo tak autoritativní institucí, že po svých subjektech nárokuje slepou poslušnost.⁹³ Razovi jde ale o to, že když lidé akceptují autoritu práva jako legitimní autoritu, vycházejí přitom z přesvědčení, že jestliže chtějí jednat (objektivně) správně, pak bude obecně rozumnější, když se nebudou přímočaře spoléhat na své vlastní úvahy o tom, co je správné, ale budou je modifikovat podle požadavků právních norem. Princip je takový, že když někoho uznáváme jako legitimní autoritu, vyjadřujeme tím svoji víru, že je z hlediska morálky a rozumnosti více kompetentní než my sami, takže nám dokáže zprostředkovat (objektivně) lepší důvody k jednání, než jsou důvody, které vycházejí z naší vlastní, nezávislé úvahy o tom, co je správné.⁹⁴ Raz je přitom, stejně jako ostatní pozitivisté, zcela explicitní ve svém názoru, že neexistuje kategorická *morální* povinnost dodržovat zákony: „Někdy zákonodárci postrádají [legitimní] autoritu nebo jejich zákony jsou natolik nespravedlivé, že nemáme adekvátní důvod je dodržovat.“⁹⁵

(iniquitous) režimy, tam respekt vůči jejich ohavným zákonům není morálně přípustný. Viz RAZ, J. *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*. Oxford, 1979, s. 260.

⁹⁰ Když německy píšící pozitivisté provokativně říkali, že i hrubě nemorální zákon je závazný, mysleli tím, že je jenom právně závazný, tedy že morálně nezavazuje. To znamená, že porušení práva je otázkou hrozby právní sankce, ale samo o sobě ještě není otázkou svědomí. Právo je jen donucujícím řádem. Morální svědomí je vůči právu vnější, případně vzepření se zákonu, protože je tak nemorální, je prostě mimoprávním postojem. Například Kelsenův žák Alfred Verdross k tomu napsal, že právní „Sollen“ neznamená nic jiného než to, že jestliže se bude člověk chovat protiprávně, hrozí mu právní sankce. K tomu pak dodal: „Právní ‚Sollen‘ tedy nemá žádný etický obsah. Je eticky indiferentní. A proto jakýkoli obsah může být právně přikázaný, nebo zakázaný.“ Viz VERDROSS, A. *Die systematische Verknüpfung von Recht und Moral* (1950). In *Die Wiener rechtstheoretische Schule*, 1. Band. Wien, 2010, s. 421. Razův pozitivismus je sice mnohem sofistikovanější, nicméně vzbuzuje podezření, že se vymyká skvělé liberální tradici právního pozitivismu, která spočívá právě v tom, že pomocí pojmového oddělení práva a morálky se snažíme ochránit autonomii morálky před ambicí práva být výlučným normativním systémem.

⁹¹ Na první pohled to vypadá, že některé zákony explicitně inkorporují určité principy morálky (např. dobré mravy), ale Raz to chápe tak, že právo v těchto případech ponechává původní prostor morálce. Právo se zde výjimečně vzdává své ambice okupovat prostor morálky, místo toho ji poskytuje právní sankci. Viz RAZ, J. *Incorporation by Law*. In *Legal Theory*, vol. 10, 2004, s. 12.

⁹² „Když vynecháme omyly a jiné vady, které se mohou objevit i ve spravedlivém a legitimním systému, právo spíše modifikuje způsob, jak se uplatňují morální úvahy, než aby je přímo vylučovalo, takže, s ohledem na všechny okolnosti, právo morální přístup spíše rozvíjí, než aby ho podkopávalo.“ Viz RAZ, J. *Incorporation by Law*. In *Legal Theory*, vol. 10, 2004, s. 9.

⁹³ Ronald Dworkin Razovu teorii kritizuje, že v moderní demokracii přece ani ty zákony, které považujeme za legitimní, neuvažujeme tak, že naše vlastní důvody k jednání jsou zcela vyloučeny z úvahy a nahrazeny těmi důvody, které poskytuje zákon. Viz DWORKIN, R. *Justice in Robes*. Harvard, 2006, s. 206. Timothy Endicott naproti tomu argumentuje, že požadavek práva na autoritu může být slučitelný s autonomií jednotlivce, pokud má právo omezený rozsah své působnosti, takže v principu vždy zůstává otevřená otázka, které vlastní důvody jednotlivce k jednání jsou právními normami vyloučené a které nejsou. Viz ENDICOTT, T. *Interpretation, Jurisdiction, and the Authority of Law*. In *American Philosophical Association Newsletter*, vol. 6, 2007, s. 14–19.

⁹⁴ RAZ, J. *Ethics in the public domain essays in the morality of law and politics*. Oxford, 1994, s. 204; RAZ, J. *Authority and Justification*. In *Philosophy & Public Affairs*, vol. 14, No. 1, 1985, s. 19.

⁹⁵ RAZ, J. *Intention in Interpretation*. In GEORGE, R. P. (ed.). *The Autonomy of Law: Essays on Legal Positivism*. Oxford, 1996, s. 272.

Razova *obecná* teorie interpretace⁹⁶ připouští interpretační pluralismus, můžeme mít několik dobrých, ale vzájemně neslučitelných interpretací stejného objektu. To znamená, že může existovat pluralita vhodných interpretačních alternativ, které jsou ale spolu nekompatibilní, protože dohromady nevytvářejí smysluplné (koherentní) rozumění onomu předmětu. Kultura v sobě zahrnuje pluralitu hodnot, přitom konkurenční výklady mohou reprezentovat různou míru důrazu na různé hodnoty. „Neshoda o tom, co je významné a co není, je konstantním zdrojem neshody o tom, která interpretace je lepší.“⁹⁷ Navíc, stejné dílo je možné interpretovat z hlediska více žánrů, tedy z hlediska odlišných standardů excelence. Razova teorie dále připouští, že interpretace může být inovační, a to v tom smyslu, že etabluje legitimitu nového způsobu rozumění předmětu.⁹⁸ Interpretace je totiž aktivita normativní povahy, je odpovědí na otázku, jaké rozumění danému předmětu je vhodné, co je jeho správným vysvětlením. Interpretace mohou být inovační tak, že se neomezují na aplikaci stávajících standardů rozumění, ale vytvářejí standardy nové.⁹⁹ Inovační interpretace je pro Raze kreativním činem, je spíše vytvořením a zavedením něčeho nového než nalezením něčeho, co už tady bylo, ale ve skryté formě.¹⁰⁰ Nicméně interpretace, jakkoli inovační, je vždy závislá na kultuře. Hodnocení konkrétního předmětu se neomezuje na onen předmět, ale je vázané na určité rozumění povaze a hodnotě kulturní instituce (žánru), ke které ten předmět patří.¹⁰¹ Je banální pravdou, že předmět výkladu sám o sobě ještě nedeterminuje svůj vlastní význam, resp. nedeterminuje ho jednoznačně.¹⁰² V nových kontextech se otevírají nové možnosti jak navázat na dosavadní interpretační praxi a my musíme nějak pokračovat dál, nějak se musíme rozhodnout. Inovační interpretace je inovační relativně ke stávajícím společenským normám, a na tom nic nemění skutečnost, že byla fakticky něčím predeterminovaná. Interpretace se orientuje na kulturní hodnoty, ty nemohou existovat bez kultury jako společenské praxe normativní povahy, a ta má v sobě alespoň v principu potenciál vyvíjet se pluralitním a inovačním způsobem.¹⁰³ „Nové perspektivy se vynořují se změnami v kultuře a v životních podmínkách. Majíce normativní povahu, vynořují se jako nové důvody, protože se vynořují nové zájmy.“¹⁰⁴ Inovační interpretace umožňuje změnu v rámci kontinuity, vzniká jako kombinace společenské tradice a perspektivy jednotlivce. „Lidská imaginace pracuje proti omezujícímu pozadí. Potřebujeme staré jako stvrzenku pro vytvoření nového, které se objevuje buď v opozici, nebo jako variace na to staré.“¹⁰⁵

⁹⁶ Razovy obecné úvahy o interpretaci se orientují spíše na interpretaci umění než na interpretaci práva, interpretace práva se pak ukazuje jako specifická ve světle autoritativně-institucionální povahy práva.

⁹⁷ RAZ, J. Interpretation Without Retrieval. In MARMOR, A. (ed.). *Law and Interpretation*. Oxford, 1995, s. 170.

⁹⁸ „Jestliže je dobrá interpretace inovační, pak její uvedení musí něco změnit. Zavádí nový způsob porozumění originálu. Zavedení nového výkladu se podobá vynálezu. Je to vynález něčeho nového, kromě toho, že se nejedná o stroj, ale o způsob porozumění interpretovanému objektu.“ Viz RAZ, J. Theory of Interpretation: What is Interpretation? 2nd lecture. 2003, manuskript, s. 19; RAZ, J. Interpretation Without Retrieval. In MARMOR, A. (ed.). *Law and Interpretation*. Oxford, 1995, s. 168.

⁹⁹ RAZ, J. Theory of Interpretation: What is Interpretation? 2nd lecture. 2003, manuskript, s. 7.

¹⁰⁰ Tamtéž, s. 19.

¹⁰¹ Musím (nějak?) rozumět tomu, co je to sonet, abych mohl ocenit dobrý sonet; musím (nějak?) rozumět tomu, co je to hokej, abych mohl ocenit dobrý hokejový zápas; musím (nějak?) rozumět tomu, co je to přátelství, abych mohl ocenit dobré přátelství.

¹⁰² Na jedné straně sice platí, že předmět sám o sobě nedeterminuje jednoznačně svůj význam, ale na druhé straně také platí, že svůj význam spoludeterminuje, jinak by se totiž nejednalo o význam **tohoto** předmětu.

¹⁰³ Ostatně je možné se vyvíjet neinovačně? A je možné být inovační bez plurality možností? Pro Razovu analytickou jurisprudenci je typické, že se neustále potácí na pokraji tautologií. Někdy je to iritující, ale co více lze čekat od pojmové analýzy, že?

¹⁰⁴ RAZ, J. Interpretation Without Retrieval. In MARMOR, A. (ed.). *Law and Interpretation*. Oxford, 1995, s. 175.

¹⁰⁵ RAZ, J. Why Interpret? How to Interpret? 3rd lecture. 2003, manuskript, s. 6.

Účelem inovační interpretace v právu je vyrovnávat se s neurčitostí práva¹⁰⁶ a s jeho vnitřními konflikty, podporovat jeho teleologickou koherenci a posilovat integritu práva a morálky.¹⁰⁷ Soudcovská interpretace má zlepšovat právo s ohledem na potřeby společnosti, ovšem ne zcela nezávislými *ad hoc* úvahami o tom, co je věcně nejlepší, ale pod institucionálním tlakem na interpretační uniformitu. Praktická potřeba interpretačně integrovat právo a morálku pochází jednak z toho, že i upřímné úsilí zákonodárce vytvářet spravedlivé zákony občas produkuje nezamýšlené nespravedlnosti, jednak z toho, že změny okolností života můžou morálně vyžadovat právní intervence, přičemž některé lze efektivně zajistit legislativou, ale jiné musí být realizovány inovační interpretací ze strany soudů. Inovační interpretace jako taková, tedy sama o sobě, ještě nemusí měnit svůj předmět, může mu jen připisovat nové významy, tedy nové způsoby rozumění.¹⁰⁸ Jenomže právo je institucionální struktura, která je už ve své podstatě založená na autoritě ke tvorbě, resp. k dotváření práva. Když právo inovačně interpretují soudy ve své roli rozhodovací autority s nějakým druhem precedenční pravomoci, pak se právo inovačním výkladem prostě mění.¹⁰⁹ Autoritativnost soudního výkladu spočívá mimo jiné i v tom, že soudní výklady nechápeme tak, že pouze rozmnožují pluralitu výkladů práva, ale tak, že soudy selektují určité výklady jako ty institucionálně správné, takže konkurenční výklady autoritativně odepisují jako institucionálně nesprávné.¹¹⁰ Raz má za to, že v praxi neexistuje ostrá hranice mezi soudcovskou tvorbou práva a soudcovským dotvářením práva interpretací. „I tam, kde soudci vykonávají relativně extenzivní právotvornou moc, tak činí interpretační argumentací na základě už platného práva.“¹¹¹ Soudci mají tendenci svá rozhodnutí, jakkoli jsou třeba nová, konzervativně prezentovat v kontinuitě s tím, co už tu je, i kdyby jim měli namalovat patinu.

Umělecké dílo může mít pro svého autora zvláštní osobní význam, případně zvláštní osobní význam pro jinou konkrétní osobu. Ovšem „skutečně“ významná umělecká díla mají význam i bez ohledu na zvláštnosti konkrétních osob.¹¹² Když interpretujeme umělecké dílo, snažíme se ho prezentovat jako něco, co splňuje nějaké standardy excelence, a proto si zaslouží pozornost veřejnosti. Umělecký význam není informace o mentalitě či okolnostech jednotlivce, ale je to kulturně-společenská hodnota. I kdyby účelem umění bylo sebevyjádření autora, což je jako

¹⁰⁶ Věci se komplikují u tzv. neurčitosti vyššího řádu, tedy když je nejasné, jestli je právo jasné nebo nejasné.

¹⁰⁷ Zdá se, že Raz alespoň zčásti reviduje některé svoje starší názory. Není pochyb o tom, že dnes má blíže k Dworkinovi než v minulosti. Srov. RAZ, J. The Relevance of Koherence. In *Boston University Law Review*, vol. 72, 1992, s. 303.

¹⁰⁸ Předmět výkladu se nemění, nová a stará interpretace mají stejný předmět, interpretují totéž, ale jinak.

¹⁰⁹ I v zemích, ve kterých soudy *de jure* nemají precedenční pravomoc, se s judikáty vyšších soudů jako s precedenty *de facto* pracuje. Argumentace oficiálního odůvodnění soudního rozhodnutí je sice legalistická, ale její skutečnou motivací je respektovat zavedenou judikaturu. Viz SILTALA, R. *A Theory of Precedent*. Hart Pub, 2000, s. 127.

¹¹⁰ Interpretační autorita se váže na institucionální správnost, nikoli na věcnou správnost. Jestliže chápeme soudy jako interpretační autoritu, pak sjednocené soudní výklady obecně uznáváme jako (institucionálně) správné, a to už proto, že to jsou výklady soudní moci, a nikoli teprve tehdy, když je považujeme za věcně dobré výklady. Totéž platí o autoritě precedentu. Kdyby se zásada *stare decisis* měla používat jenom pro věcně dobré rozsudky, ztratila by svůj smysl. Viz DUXBURY, N. *The Nature and Authority of Precedent*. Cambridge, 2008, s. 3. Nicméně jedna věc je, že soudy mají interpretační autoritu, druhá věc pak je, jestli se i přesto snaží své interpretace argumentačně prezentovat jako věcně správné, aby byly také přesvědčivé. Zdeněk Kühn rozlišuje autoritativní a autoritářský právní diskurz. V prvním případě soudy odůvodňují svá rozhodnutí, jakoby existovala jediná správná odpověď, ačkoli se ve veřejném diskurzu uplatňuje názorová pluralita. Ve druhém případě se správná odpověď veřejně prezentuje jako zjevná, resp. nadiktovaná pravda, o které se už nediskutuje. Viz KÜHN, Z. Jakou hodnotu má právní argumentace? In *Právo a dobro v ústavní demokracii: Polemické a kritické úvahy*. Praha, 2011, s. 205–206.

¹¹¹ RAZ, J. Why Interpret? How to Interpret? 3rd lecture. 2003, manuskript, s. 19.

¹¹² Všimněme si zde oné dvojznačnosti slova „význam“, mít význam znamená mít nějaký sdělný obsah, ale také to znamená mít nějakou společenskou důležitost. Jak už bylo výše naznačeno, pro teorii interpretace, nezávisle na oboru aplikace, je tato dvojznačnost klíčová.

obecná teze pochybné,¹¹³ už třeba proto, že řada uměleckých děl byla splněním zakázky, stejně bychom rozlišovali, co autor svým dílem vyjádřil a co svým dílem vyjádřit chtěl.¹¹⁴ Raz má za to, že umělecké dílo je kulturním předmětem, takto je jakožto umělecké dílo zamýšleno a hodnoceno, a proto je jeho interpretace v principu nezávislá na tvůrčím záměru jeho tvůrce. Ptáme se, co určité dílo vyjadřuje, co znamená, aniž by nás nutně zajímalo i to, co měl na mysli jeho autor. Kdyby například Dalího dílo bylo zajímavé jenom tím, že je zajímavá Dalího osobnost, nebylo by to „skutečné“ umělecké dílo.¹¹⁵ Umělcova osobnost je v diskurzu o umění přitažlivá až proto, že je autorem velkého díla, opačný přístup je vnímán jako povrchnost. Jestliže chceme nějakému dílu porozumět jakožto uměleckému dílu, nemůžeme se omezit na jeho privátní kontexty, třeba že autor trpěl alkoholismem, i když determinovaly podobu díla, rozhodující jsou jeho veřejné kontexty.¹¹⁶ Raz sice kritizuje intencionalismus v kontextu výkladu umění, ale přitom je intencionalistou v kontextu výkladu práva. Pozitivisticky argumentuje, že zákon je právně významným, tedy právně platným a závazným textem nikoli svým výjimečným obsahem, ale prostě proto, že ho stanovil orgán, který má zákonodárnou pravomoc.¹¹⁷ Skutečnost, že zákon je interpretovaný proti známému úmyslu zákonodárce, v právu *prima facie* znamená, že se popírá legitimní autorita zákonodárce ke tvorbě práva.¹¹⁸ Raz připouští, že z hlediska teorie demokracie lze zformulovat korektní argument, že zákon vyjadřuje vůli zákonodárce, která reprezentuje vůli lidu, a proto bychom ho měli vykládat podle úmyslu zákonodárce. Nechce ale svoji teorii interpretace práva omezit na určitou politickou formu vlády. A proto vychází z obecnější teze, že nedává dobrý smysl svěřit jakékoli osobě nebo kolektivu právotvornou pravomoc, pokud se zároveň nepředpokládá, že právo, které stanoví, je tím právem, které zamýšlela vytvořit.¹¹⁹ Svěřit někomu pravomoc ke tvorbě práva znamená umožnit mu volní kontrolu nad tím, jaké právo se bude tvořit. Jestliže by pravomoc k právotvorbě neznamenal mít efektivní kontrolu nad tvorbou práva, pak by nakonec bylo vcelku jedno, komu ona pravomoc byla vlastně svěřena. Takže alespoň do té míry, do které má právo svůj zdroj ve zváženém zákonodárství, bychom při interpretaci práva měli zohlednit úmysly zákonodárce. Intencionalismus zde vychází z ideje, že akceptace práva jako legitimní autority se ve společnosti opírá o (v principu omylné) přesvědčení lidí, že zákonodárce je morálně kompetentní, a proto je právo, které jim stanoví, morálně dobré.¹²⁰ Razova teorie

¹¹³ Na sebevyjádření jako uměleckou hodnotu se v různých dobách a kulturách klade různý důraz, v tomto smyslu je umělecká hodnota sebevyjádření kulturně relativní.

¹¹⁴ Kdybychom se omezili na deskripci toho, co autor vyjádřit chtěl, těžko bychom rozlišili umění od ne-umění. Těžko považovat za velkého umělce někoho, kdo chtěl vyjádřit něco převratného, ale neuměl to vyjádřit. Nemluvě o tom, že některá významná umělecká díla nemají známého autora.

¹¹⁵ A kdyby například Wittgensteinova filozofie byla zajímavá jenom tak, že je zajímavá Wittgensteinova osobnost, nebyla by to „skutečná“ filozofie.

¹¹⁶ Textualisté při kritice intencionalismu argumentují, že subjektivní úmysl zákonodárce je při interpretaci zákona irelevantní a že máme přihlížet pouze k veřejně dostupným kontextům zákona: „Evidence ukazuje, že navzdory četným opačným výrokům, ve skutečnosti nehledáme subjektivní úmysl zákonodárce. Hledáme ‚objektivizovaný‘ úmysl – úmysl, který by vyčetla rozumná osoba v textu zákona při zohlednění zbytku právní materie. ... Důvodem k přijetí této objektivizované verze je to, že je prostě neslučitelné s demokratickou vládou, ale ani s férovou vládou, aby byl význam zákona determinován tím, co zamýšlel zákonodárce, spíše než tím, co zákonodárce publikoval. To se mi zdá ještě o krok horší než trik císaře Nera, který nechal vystavit edikty na pilíře tak vysoko, že nemohly být snadno přečteny. Vláda nevyjádřeného úmyslu je podobnou tyraníí. Právo je tím, co vládne, nikoli úmysl zákonodárce.“ Viz SCALIA, A. Common-Law Courts in a Civil-Law System: The Role of United States Federal Courts in Interpreting the Constitution and Laws. In GUTMANN, A. (ed.). *A Matter of Interpretation: Federal Courts and the Law*. Princeton, 1997, s. 17.

¹¹⁷ RAZ, J. Interpretation Without Retrieval. In MARMOR, A. (ed.). *Law and Interpretation*. Oxford, 1995, s. 161.

¹¹⁸ Tamtéž, s. 165.

¹¹⁹ RAZ, J. Intention in Interpretation. In GEORGE, R. P. (ed.). *The Autonomy of Law: Essays on Legal Positivism*. Oxford, 1996, s. 258.

¹²⁰ Tamtéž, s. 260.

interpretace práva tedy nepředpokládá, že právo je morálně dobré, předpokládá jenom to, že postoj akceptace autority práva na základě přesvědčení, že právo je morálně dobré, je v principu smysluplný.¹²¹ Není sice nutné, aby právo morálně zavazovalo, ale současně není nic absurdního na tom, když lidé věří, že právo je morálně zavazuje, a z tohoto hlediska akceptují jeho autoritu.¹²²

Raz nevidí problém v tom, že připisujeme úmysl zákonodárci jakožto kolektivu, tedy zákonodárnému sboru. Nejde o to, jestli kolektiv má vlastní mysl v psychologickém smyslu, ale o to, že je to aktér, který na základě kolektivního zvážení (diskuze a hlasování) jedná záměrným způsobem.¹²³ Jako podstatné Raz vidí spíše to, že zákonodárství nelze bez pojmu úmyslu zákonodárce ani definovat. Zákonodárná pravomoc spočívá v tom, že zákonodárce má pod svou volní kontrolou, co bude zákonem stanoveno jako právo, takže jen ty akty, které jsou učiněné s úmyslem stanovit zákonem právo, jsou zákonodárnými akty.¹²⁴ Když konkrétní poslanec hlasuje pro návrh zákona, vyjadřuje tím svůj úmysl, aby se tento text stal platným a účinným zákonem. Nemusí přitom znát obsah onoho návrhu zákona, stačí, že hlasuje pro daný text, jehož obsah je (více či méně určitě) fixovaný aktuálními interpretačními standardy dané právní kultury. I v tomto minimalistickém pojetí úmyslu lze říct, že zákonodárce má tvorbu zákonného práva pod svou volní kontrolou, i když nedokonale. Zákonodárce má tím lépe pod kontrolou tvorbu práva, čím lépe zná a respektuje interpretační konvence, podle kterých budou soudci jeho zákony vykládat a aplikovat. Zdá se, že v praktické rovině tvorby a interpretace práva se intencionalismus překlápí do něčeho, co může připomínat textualismus. „Teze [autoritativního úmyslu] požaduje rozumět zákonům podle významu toho, co zákonodárce řekl. Zákonodárce řekl to, co znamenají jeho slova, a to vzhledem k okolnostem vyhlášení zákona a k interpretačním konvencím, které v té době převládají.“¹²⁵ Úmysl legitimizuje, ale konvence interpretují.

Razův intencionalismus je minimalistický, přitom minimálním úmyslem zákonodárce je to, že určitý text zákona se má ve svém normativním obsahu stát právem.¹²⁶ Tento minimální úmysl zákonodárce bychom měli odlišovat od jeho dalších možných úmyslů, které v samotném textu zákona nejsou vyjádřené, totiž od tzv. legislativního záměru, ve světle kterého je zákon zamýšlený jako prostředek k dosažení nějakých mimoprávních, typicky ekonomických, politických a sociálních cílů. Uvažme radikální intencionalismus, který by byl založený na metodě, že soudy budou v každém případě opravovat minimální úmysl zákonodárce jeho údajným legislativním záměrem. Takový intencionalismus by byl problematický, protože už samotné uznání autority zákonodárce jako legitimní autority je založené na obecném

¹²¹ Raz má za to, že když předpokládáme, že ústava je morálně ospravedlněná, pak implicitně předpokládáme, že jsou ospravedlněné i zákony, které od ní odvozují svoji právní platnost. Právní argumentace je sice technicky (formálně) právní, ale jejím normativním účelem je přenášet morální ospravedlnění od ústavy až k posouzení individuálních případů. Přitom morální autorita staré ústavy se odvozuje od toho, že slouží společenské potřebě pro stabilitu politického systému, aniž by přitom podporovala hrubě nemorální jevy. Nicméně společenská potřeba stability není absolutní, protože společnost potřebuje i změnu, které může pomoci inovační interpretace. Viz RAZ, J. On the Authority and Interpretation of Constitutions: Some Preliminaries. In ALEXANDER, L. (ed.). *Constitutionalism: Philosophical Foundations*. Cambridge, 1998, s. 159, 173, 177.

¹²² Raz přitom ponechává prostor pro morální pluralismus. Lidé mohou ve shodě akceptovat autoritu práva, protože ve shodě věří, že je morálně dobré, i když mají různé názory na to, co je vlastně morálně dobré.

¹²³ Stejně jako symfonii hraje orchestr jako celek, nikoli jeho jednotliví členové, zákonodárný akt je aktem parlamentu jako celku. Viz GARDNER, J. Some Types of Law. In EDLIN, D. E. (ed.). *Common Law Theory*. Cambridge, 2007, s. 56.

¹²⁴ RAZ, J. Intention in Interpretation. In GEORGE, R. P. (ed.). *The Autonomy of Law: Essays on Legal Positivism*. Oxford, 1996, s. 266.

¹²⁵ Tamtéž, s. 271.

¹²⁶ „Stejně jako je slib učiněný s úmyslem vytvořit závazky samotným aktem vnesení slibu, je zákonodárný akt učiněný s úmyslem změnit právo samotným aktem stanovení zákona.“ Viz GARDNER, J. Some Types of Law. In EDLIN, D. (ed.). *Common Law Theory*. Cambridge, 2007, s. 55.

presvědčení, že zákonodárce v zásadě dokáže svými zákony stanovit dobré právo.¹²⁷ Kdyby víra v tuto schopnost zákonodárce byla vážně otřesena, pak by už zákonodárce nevystupoval jako legitimní autorita a soudce by měl prakticky neomezenou diskreci k inovační interpretaci.¹²⁸ Nicméně soudci, i když uznávají legitimní autoritu zákonodárce, mají občas dobré důvody k tomu, aby odhlédli od toho, co zákonodárce explicitně stanovil, a uplatnili svoji vlastní úvahu o tom, co je věcně správné, a to zejména v takových případech, kde se tak výrazně změnila okolnost, že zákonodárce v době stanovení zákona nemohl tyto okolnosti předjímat a rozumně zvážit. Soudci mají při interpretaci zákonů určitý prostor pro vlastní hodnocení toho, co je věcně správné, a to už proto, že zákony nebývají formulovány úplně, určitě a jednoznačně, a také proto, že existují zvláštní případy, kde má soudce dobré důvody si myslet, že zákonodárce s takovými případy nemohl počítat, takže pro jejich regulaci nebyl věcně kompetentní. To samo ale ještě nemusí podlamovat obecné přesvědčení, že zákonodárce je v zásadě způsobilý stanovit dobré zákony, a proto má legitimní autoritu. V Razově teorii platí jednak to, že když soudci věří, že zákonodárce má legitimní autoritu, pak berou dodržování práva jako *prima facie* morální povinnost, ale také to, že interpretace práva není pouze nalézáním práva, ale je též nástrojem jeho rozvíjení, reformování a změny.¹²⁹ Přitom i dotváření práva, korekce práva, ale i vzepření se právu, je uvažováno jako soudcova morální povinnost, protože to všechno má prostřednictvím soudcových rozhodnutí dopady na osudy lidí.¹³⁰

7.4 Úmysl zákonodárce (Andrei Marmor)

Andrei Marmor je ostrým kritikem textualismu. Rozlišuje přitom dva druhy textualismu.¹³¹ Jednak tzv. negativní textualismus, který nijak neomezuje soudce v metodách interpretace, kromě toho, že tzv. úmysl zákonodárce považuje za irelevantní. A pak tzv. pozitivní textualismus, který zahrnuje negativní textualismus, ale navíc požaduje, aby soudci interpretovali zákony na základě konvenčního významu jejich slov. Pozitivní textualisté nechtějí, aby soudci významným způsobem tvořili právo, a proto požadují, aby používali metodologii vázaného výkladu zákonů. Tento požadavek podporují argumentací demokratickou legitimitou: „Tvorba práva má být ponechána legislativě, tvrdí textualisté, protože to je politická záležitost, a jako taková by měla být ponechána voleným reprezentantům lidu. Justice není demokratickou institucí, a proto bychom neměli připustit, aby si uzurpovala moc tvořit právo pomocí různých ‚liberálních‘ nebo ‚kreativních‘ metod interpretace

¹²⁷ Jestliže věříme, že zákonodárce je v zásadě způsobilý *formou zákonů* tvořit dobré právo, pak prostě předpokládáme, že většinou dokáže formulovat text zákona takovým způsobem, který je adekvátní pro jeho legislativní záměr.

¹²⁸ RAZ, J. Intention in Interpretation. In GEORGE, R. P. (ed.). *The Autonomy of Law: Essays on Legal Positivism*. Oxford, 1996, s. 276–277.

¹²⁹ RAZ, J. On the Authority and Interpretation of Constitutions: Some Preliminaries. In ALEXANDER, L. (ed.). *Constitutionalism: Philosophical Foundations*. Cambridge, 1998, s. 177.

¹³⁰ Většina angloamerických teoretiků práva je skeptických k návodům („kuchařkám“) interpretace práva. K metodologii interpretace práva německého typu bývají lehce ironičtí, protože jim připadá jako scholastická taxonomie argumentačních figur. (Největšími odběrateli popisek jsou Britské muzeum a německá jurisprudenc.) Němci (*lato sensu*) zase mívají pocit, že anglo-americké texty o interpretaci práva jsou eseji (= nesystematickým povídáním) pro úzkou skupinku filozofujících akademiků bez jakékoli ambice na nějaký význam pro reálnou praxi.

¹³¹ Po 2. světové válce se centrum právního pozitivismu přesunulo z jurisprudencí kontinentální Evropy do angloamerické jurisprudencí, kde se rozvinul do několika směrů. V kontinentální Evropě, zejména v Německu, se pak pozitivismus stal obětí hloupých klišé a karikatur, takže tu je vcelku běžné, že i profesionální teoretici práva si pletou pozitivismus s textualismem. Zatímco právní pozitivismus znamená, že platnost práva je determinovaná pouze společenskými fakty, textualismus (ve své extrémní verzi) znamená, že právní předpisy se mají vykládat doslovně. Možná je každý textualista pozitivistou, ale rozhodně neplatí, že každý pozitivista je textualistou. Všimněme si, že například přední pozitivista Marmor je zároveň předním kritikem textualismu.

zákonů.¹³² Marmor kritizuje pozitivní textualismus zejména v tom, jak zachází s nezamýšlenými důsledky legislativy, které doslovný výklad zákona sám o sobě neopraví, totiž s absurdními nebo nespravedlivými důsledky. Mimo jiné se mu nelíbí, když pozitivní textualisté argumentují, že pokud se soudci budou striktně držet doslovného výkladu zákona až k nerozumným závěrům, donutí tím zákonodárce, aby své zákony formuloval uvážlivěji. Takový přístup soudu by byl z kantovského hlediska nemorální, protože by ve veřejném zájmu „výchovy“ zákonodárce obětoval zájmy jednotlivce, o kterém aktuálně rozhoduje. Marmor říká, že primární povinností soudu je zajistit spravedlnost vůči osobě, o které se aktuálně vede soudní řízení.¹³³ Dalším problémem je to, že soudce textualista, v rozporu se svou vlastní proklamací, ve skutečnosti nepodporuje demokratickou legislativu, ale její efektivnost naopak podlamuje, protože s ní odmítá spolupracovat. Soudce vstřícně spolupracuje se zákonodárcem tehdy, když inteligentně dotváří (nutně nedokonalý) zákon ve směru zákonodárcova úmyslu. Ale to textualista odmítá dělat. Textualismus, to jsou vlastně soudcovy obstrukce vůči zákonodárci. Zákonodárce nechce soudce textualistu, stejně jako nadporučík Lukáš nechtěl vojenského sluhu Švejka, protože to „hovado“ mu doslovným *ad absurdum* plněním jeho příkazů neustále tropilo nějaké potíže. Věc je ale komplikovanější, textualista se totiž podřizuje autoritě zákona, ne autoritě zákonodárce.

Když pozitivista Marmor polemizuje s Dworkinem, rozlišuje mezi rozuměním a interpretací. Má totiž za to, že v tzv. easy cases zákonu rozumíme bezprostředně, tedy aniž bychom ho museli nějak interpretovat.¹³⁴ „Easy‘ case, jak ten termín zde používám, znamená, že relevantní právní norma může být prostě rozuměna a aplikována na konkrétní případ bez zprostředkování interpretací; my prostě rozumíme, co právo říká, a víme, že se vztahuje, nebo nevztahuje na případ, který máme před sebou.“¹³⁵ Mnozí teoretici práva ale přesvědčivě argumentují, že názor, že zákon je jednoznačný, není jen záležitostí bezprostředního dojmu, ale je až výsledkem nějaké předběžné interpretace. Například Robert Alexy k tomu říká: „Jasnost případu není nikdy takto jednoduchá záležitost. Kdo tvrdí, že rozhodnutí je jasné, dává tím na srozuměnou, že nejsou patrné žádné argumenty, které jsou důvodem k pochybnostem. Takové argumenty jsou ale vždy myslitelné.“¹³⁶ Marmorovo pojmové rozlišení mezi rozuměním a interpretací implikuje, že když diskutuje relevanci úmyslu zákonodárce pro **interpretaci** zákona, znamená to, že mluví jen o tzv. hard cases.¹³⁷ Zdá se, že tímto přístupem nahrává textualistům, které jinak kritizuje. Vždyť typickým problémem textualismu je právě to, že máme zcela srozumitelný, tedy sémanticky neproblematický zákon (easy case), který ale vede k něčemu nespravedlivému či absurdnímu. Marmor na tuto námitku pozitivisticky odpovídá, že musíme rozlišovat dvě otázky, totiž co je právo a jak má soudce rozhodnout případ. „Jinými slovy, easy case neznámá, že morální povinnost soudce ipso facto je, že by měl dané pravidlo aplikovat. Právní pozitivisté, jako Hart a Raz, opakovaně tvrdili, že soudce má občas morální povinnost neaplikovat určité pravidlo na konkrétní případ, a to proto, že by to bylo morálně špatné. Zkrátka, otázka, jestli by soudci měli vždy respektovat právo a aplikovat ho, je jasně morální

¹³² MARMOR, A. The Immorality of Textualism. In *Loyola of Los Angeles Law Review*, vol. 38, 2005, s. 2064.

¹³³ Tamtéž, s. 2072.

¹³⁴ To je pro Marmora důležité v obraně právního pozitivismu proti Dworkinově kritice, protože jestliže alespoň některým částem práva můžeme v principu rozumět i bez interpretace, například čteme nějaké ustanovení zákona a neproblematicky mu rozumíme, pak z Dworkinovy teze, že každá interpretace je hodnotící, nemůžeme odvodit, že každé rozumění právu je hodnotící. Viz MARMOR, A. *Positive Law and Objective Values*. Oxford, 2001, s. 76.

¹³⁵ MARMOR, A. *Interpretation and Legal Theory*. Oxford, 2005, s. 97.

¹³⁶ ALEXY, R. *Theorie der juristischen Argumentation*. 2. vyd. Frankfurt am Main, 1983, s. 25.

¹³⁷ „Takže budeme zde předpokládat, že intencionalismus, stejně jako jakákoli jiná interpretační strategie, se týká druhu důvodů, o které by se měli soudci opírat, když rozhodují *hard cases*; to znamená, když problém není řešený existujícími právními standardy, a interpretace je nutná k určení vhodného řešení případu.“ Viz MARMOR, A. *Positive Law and Objective Values*. Oxford, 2001, s. 121.

otázkou, a přitom neexistuje důvod předpokládat, že odpověď je pro každý případ ano.¹³⁸ To znamená, že Marmor rozlišuje problém rozumnění zákona a problém dodržení zákona. Soudce může bezprostředně rozumět zákonu, je to tzv. easy case, soudce ví, že je aplikovatelný na daný případ, ale to ještě neznamená, že má morální povinnost ho na tento případ aplikovat.¹³⁹

Marmor je intencionalistou, takže polemizuje i s tzv. negativním textualismem. O kolektivním úmyslu uvažuje v pojmech tzv. reprezentačního úmyslu. Nevadí, že kolektiv jako takový nemá svoji vlastní mysl a potažmo ani mentální stavy, my mu totiž připisujeme většinově sdílené úmysly jeho členů, jako by to byl jeho vlastní úmysl. Marmor si uvědomuje, že tzv. většinový model připisování úmyslu je problematický, a to už proto, že není jasné, jaká většina se má vlastně počítat. Máme počítat úmysl pouze té většiny, která hlasovala pro návrh daného zákona?¹⁴⁰ Přitom je dobré rozlišovat dva druhy úmyslů, jednak čeho chtěl zákonodárce stanovením zákona dosáhnout (cílový úmysl), jednak jaké měl názory na to, co je správnou aplikací zákona (aplikační úmysl). V prvním případě ještě musíme rozlišovat mezi právně relevantními a právně irrelevantními důvody zákonodárce. Toto rozlišení je už v principu diskutabilní, nicméně v zásadě jde o to, že právně relevantním důvodem (cílem) může být jen to, co se orientuje na veřejný zájem (např. snížení státního dluhu, zvýšení bezpečnosti v ulicích, zlepšení dostupnosti zdravotní péče). Zatímco sledování partikulárních politických zájmů, například úsilí zvýšit svoji politickou popularitu nebo dokonce vyhovět stranickým sponzorům, je právně irrelevantním motivem.¹⁴¹ Co se týče aplikačního úmyslu, někdy uvažujeme v modu tzv. hypotetického úmyslu, tedy jakou aplikaci zákona by zákonodárce v daném konkrétním případě preferoval, kdyby byl seznámený se zvláštními okolnostmi tohoto individuálního případu.¹⁴² Problém je ale v tom, že své úmysly vždy formujeme s ohledem na své aktuální znalosti, takže doplnění nějakých dalších informací může v konkrétním případě vést k aplikaci původního úmyslu na tyto nové informace (konkretizaci „plánu“), ale také může vést k odstoupení od původního úmyslu (změnu „plánu“), protože se ve světle oněch nových informací ukazuje jako nerozumný. Marmor o věci ale uvažuje primárně tak, že existuje instrumentální vztah mezi cílovým a aplikačním úmyslem zákonodárce, protože určitý způsob aplikace zákona je prostředkem k dosažení cíle, který se zákonem sleduje. „Aplikační úmysly by – z vlastního hlediska zákonodárce – měly být vzaty v úvahu jenom tehdy a do té míry, když jejich realizace pravděpodobně podpoří jeho cílové úmysly.“¹⁴³

Marmor je sice intencionalista, ale nesnaží se intencionalismus založit na argumentaci demokratickou legitimitou. My sice můžeme argumentovat, že nevolení soudci se mají podříditi

¹³⁸ MARMOR, A. *Interpretation and Legal Theory*. Oxford, 2005, s. 105.

¹³⁹ Neodpustím si jednu nepříjemnou poznámku. Zatímco angloameričtí pozitivisté říkají: „Toto je **jenom právně** závazné, ale není to morálně závazné.“ Postkomunističtí „pozitivisté“ naopak říkají: „Toto je **jenom morálně** závazné, ale není to právně závazné.“

¹⁴⁰ Vezměme, že soudce si klade interpretační otázku, jestli se pravidlo *P* určitého zákona *Z* vztahuje na případ *X*. Poslanecká sněmovna má 200 poslanců. Všichni nějak hlasovali. 110 poslanců hlasovalo pro návrh zákona *Z*, 90 hlasovalo proti návrhu. *Z* poslanců, kteří hlasovali pro návrh zákona, bylo 80 přesvědčeno, že pravidlo *P* se vztahuje na případ *X*, zbývajících 30 bylo naopak přesvědčeno, že pravidlo *P* se nevztahuje na případ *X*. Přitom všech 90 poslanců, kteří hlasovali proti návrhu zákona, bylo také přesvědčeno, že pravidlo *P* se nevztahuje na případ *X*. To znamená, že většina (80 z 110) poslanců, kteří hlasovali pro návrh zákona, byla přesvědčena, že pravidlo *P* se vztahuje na případ *X*. Ale většina (120 z 200) všech poslanců, kteří (tak či onak) hlasovali, byla přesvědčena, že pravidlo *P* se nevztahuje na případ *X*. Která většina je relevantní?

¹⁴¹ Skutečnost, že je motiv právně irrelevantní, ještě neznamená, že je morálně problematický. Například úsilí politické strany vyhrát volby je sice (vzhledem k intencionalní interpretaci zákona) právně irrelevantním důvodem, ale samo o sobě není nemorální, naopak je to legitimní cíl demokratické soutěže politických stran.

¹⁴² Někdy se prezentuje alternativní formulace, která spočívá v doporučení soudcům, aby sami sobě položili otázku, co by *oni* zamýšleli, kdyby byli na místě zákonodárce. Marmor říká, že toto pojetí je dvojznačné. Buď znamená totéž jako tzv. hypotetický úmysl zákonodárce, anebo je to neobratné vyjádření toho, že soudcovské hledisko se nemá lišit od hlediska legislativního, resp. že aplikace práva je pokračováním tvorby práva. Viz MARMOR, A. *Interpretation and Legal Theory*. Oxford, 2005, s. 130.

¹⁴³ MARMOR, A. *Interpretation and Legal Theory*. Oxford, 2005, s. 131.

demokraticky zvolenému parlamentu, jenomže z toho ještě nevyplývá, že máme být intencionalisty a ne textualisty.¹⁴⁴ Textualisté totiž argumentují, že parlament má ústavní pravomoc k tvorbě práva formou zákona, tedy určitého textu, ne pouhou vůlí. Demokratickou autoritu má tedy až zákon jako takový, nikoli úmysl zákonodárce.¹⁴⁵

Marmor, podobně jako Raz, tvrdí, že je rozumné se podrobit úmyslu zákonodárce, když ho uznáváme jako legitimní autoritu v tom smyslu, že máme za to, že je věcně více kompetentní než my sami pro zhodnocení toho, co je (objektivně) správné dělat, takže je více pravděpodobné, že budeme jednat (objektivně) správně, když budeme jednat na základě zákona, než když budeme jednat na základě své vlastní úvahy.¹⁴⁶ Tuto věc Marmor ještě upřesňuje: Je rozumné interpretovat zákon podle úmyslu zákonodárce tam, kde ho považujeme za epistemickou autoritu, tedy jako toho, kdo lépe než my ví, co je věcně správné. Ale není to vhodné v těch případech, kde zákonodárce uznáváme jako legitimní autoritu jenom proto, že dokáže efektivně koordinovat naše kolektivní jednání. Intencionalismus tedy není vhodný tam, kde se autorita zákona neopírá o znalostní (expertní) autoritu, ale o arbitrární volbu.¹⁴⁷ Další věc je, že jestliže otázku, co je (objektivně) správné, chápeme jako morální otázku, pak uznat zákonodárce jako experta znamená uznat ho jako experta na morálku, což je ovšem velmi problematická záležitost.¹⁴⁸ Nicméně, Marmor netvrdí, že zákonodárce skutečně je epistemickou autoritou v tom, co je správné, on jen kondicionálně tvrdí, že tehdy a jen tehdy, když zákonodárce uznáváme jako epistemickou autoritu v tom, co určitý zákon upravuje, bychom tento zákon měli interpretovat intencionálně. Jestliže se totiž vůli zákonodárce nepodřizujeme jen proto, že to je jeho vůle, ale zejména proto, že se opírá o určitou znalost, která přesahuje naše vlastní znalosti, pak bychom při nedokonalé formulaci zákona měli pátrat po tom, co zákonodárce skutečně myslel, tedy dohledat onu jeho kvalifikovanou znalost, protože o tu nám (podle předpokladu) jde.¹⁴⁹

Jeremy Waldron Marmorovi vyčítá, že nebere dostatečný ohled na skutečnost, že moderní zákony nejsou produktem jednotlivce jako expertní autority (osvícený zákonodárce), ale mnohačlenného zákonodárského sboru, jehož demokratická legitimita spočívá v tom, že reprezentuje a kombinuje pluralitu rozmanitých názorů a zájmů ve společnosti, přičemž přijatý

¹⁴⁴ Mohlo by se zdát, že textualista je vlastně umírněným intencionalistou, protože má za to, že nejspolehlivějším zdrojem poznání úmyslu zákonodárce je text zákona (spolu s jeho relevantním veřejným kontextem). Jenomže textualista neusiluje o *poznání* (zjištění) úmyslu zákonodárce, pro něj je úmysl zákonodárce pouze konstruktem významu zákona, který jako interpreti *připisujeme* zákonodárci z hlediska rozumného adresáta ("čtenáře") zákona. Je to projev interpretační vstřícnosti k zákonodárci, protože jeho zákon vykládáme rozumně, i kdyby jeho skutečný úmysl byl idiotský. Viz MANNING, J. F. Textualism and Legislative Intent. In *Virginia Law Review*, vol. 91, 2005, s. 434.

¹⁴⁵ MARMOR, A. *Interpretation and Legal Theory*. Oxford, 2005, s. 133.

¹⁴⁶ V modelu epistemické autority z hlediska utilitarismu pravidel dává dobrý smysl, že dodržuji i takové příkazy autority, o kterých vím, že jsou věcně nesprávné, jestliže obecné dodržování příkazů dává celkově lepší výsledky než jejich dodržování na základě vlastního zvážení jejich věcné správnosti. Viz MARMOR, A. *Positive Law and Objective Values*. Oxford, 2001, s. 102.

¹⁴⁷ Když zákonodárce například stanoví, že se má jezdit vpravo, pak nevystupuje jako epistemická autorita, tedy jako ten, kdo za nás identifikoval věcně správný způsob jednání, ale pouze jako koordinační autorita, tedy jako ten, kdo arbitrárně vybral jednu ze dvou rovnocenných možností.

¹⁴⁸ Jednak proto, že už samotná možnost morálního poznání (morální kognitivismus) je diskutabilní záležitost, ale též proto, že i kdyby existovalo něco jako morální poznání, stejně není zřejmé, že zrovna zákonodárce je expertem v morálce. Viz THOMAS, A. *Value and Context: The Nature of Moral and Political Knowledge*. Oxford, 2006, s. 12.

¹⁴⁹ Zajímavé jsou některé Marmorovy implikace epistemického intencionalismu, například že bychom se neměli omezovat na samotný úmysl zákonodárce, ale měli bychom vzít v úvahu i expertní stanoviska, ze kterých vycházel; a také to, že čím starší je zákon, tím méně relevantní jsou původní úmysly zákonodárce, který ho stanovil, protože jeho tehdejší znalosti postupně zastarávají; ale i to, že spolehlivější jsou cílové než aplikační úmysly zákonodárce, protože ten může mít lepší znalosti toho, co je obecně správným cílem, než toho, co je správnou aplikací v tom či onom individuálním případě.

zákon často bývá výsledkem nějakého kompromisu.¹⁵⁰ Dívat se na zákon jako na projev koherentní vůle jedné (fiktivní) osoby je nejen zjednodušováním, ale i neporozuměním samotnému smyslu demokratické legislativy. Sjednocené fixování významu zákona nespočívá v tom, že by poslanci a senátoři napříč parlamentem spolu sdíleli politické preference, ale na tom, že sdílejí obecné konvence jazyka, ve kterém je formulován text zákona.¹⁵¹ Můžeme mít nějaké (rozumné či nerozumné) důvody, proč si myslet, že zákon jako produkt demokratické většiny nám lépe identifikuje, co je správné, než naše vlastní úvaha.¹⁵² Tyto důvody se ale vždy orientují na epistemickou kvalitu přijatého zákona jako výsledné syntézy individuálních názorů (v principu) všech členů zákonodárského sboru (*e pluribus unum*), nikoli na epistemickou kvalitu fragmentů informací z legislativního procesu, které nám přinejlepším zprostředkovávají nějaká partikulární hlediska jeho aktérů.¹⁵³ Waldronova kritika vlastně nevyvrací smysluplnost toho, že zákonodárci připisujeme nějaký kolektivní úmysl, spíše mu jde o to, že tento kolektivní úmysl není ničím jiným než výsledkem hlasování (závěrečnou syntézou), totiž samotným úmyslem přijmout konkrétní návrh zákona, což je určitý text. Marmor připouští, že studium předchozích fází legislativního procesu není zjišťováním úmyslu zákonodárce jako takového, ale má za to, že to jsou informace, které můžou nějak přispět k jeho rozumnému připsání.¹⁵⁴ Navíc ale provokativně říká, že Waldronova neosobní koncepce autority zákona může svádet k mystickému pojetí zákona, který už není jen nahodilým produktem určitého politického procesu, ale je ztělesněním „skutečné vůle lidu“. Ironicky, smyslem historického výkladu zákona je nakonec to, že nám připomíná, že to mohlo dopadnout jinak. Zákon není zjevenou Pravdou, je výsledkem působení určitých politických sil v určitém kontextu. Zákon je prostě jenom zákon.¹⁵⁵

¹⁵⁰ V principu je možné, že výsledný zákon nereprezentuje dokonale názor žádného z poslanců. Vezměme, že počet hlasujících poslanců je dělitelný třemi. První třetina poslanců chce zákon, který zahrnuje prvky A, B, nonC; druhá třetina poslanců chce zákon, který zahrnuje prvky A, nonB, C; třetí třetina poslanců chce zákon, který zahrnuje prvky nonA, B, C. Kompromisní zákon, který vznikne většinovým názorem na jednotlivé prvky, bude zahrnovat prvky A, B, C, což je ovšem zákon, který (jako first best) nikdo nechtěl.

¹⁵¹ WALDRON, J. *Law and Disagreement*. Oxford, 1999, s. 129.

¹⁵² 1. Utilitaristické vysvětlení: Většinové demokratické rozhodování je nejefektivnějším způsobem, jak maximalizovat společenský užitek, protože ten je agregovaný z individuálních užitek všech členů společnosti. 2. Condorcetův teorém: Jestliže každý hlasující dokáže určit, co je ze dvou možností správná odpověď, s pravděpodobností větší než 50 %, přičemž jejich hlasování je vzájemně nezávislé, pak čím více je hlasujících, tím je větší pravděpodobnost, že výsledek hlasování bude správný. 3. Aristotelovská syntéza: Demokratické rozhodování umožňuje kolektivní syntézu rozmanitých perspektiv a zkušeností, kterou nedokáže žádný člen kolektivu jako jednotlivec, ani ten nejmoudřejší z nich.

¹⁵³ Důsledně vzato, pátrat v historii legislativního procesu po záměrech, které se do textu zákona nedostaly, znamená pátrat po záměrech, které v jeho demokratickém testu neuspěly, takže nemají demokratickou autoritu.

¹⁵⁴ MARMOR, A. *Positive Law and Objective Values*. Oxford, 2001, s. 95.

¹⁵⁵ Moralista s radostí připustí, že zákon je jenom zákon, ale už nepřipustí, že jeho morální názor je jenom jeho názor.