

Tento rozdíl lze ilustrovat na mnoha příkladech z různých oblastí společenského života. Zmíním se jen o dvou. Ve vztazích mezi odbory a zaměstnavateli je propouštění z práce obvykle tou první z řídicích funkcí, která podléhá soudnímu přezkumu. Podle zvláštní smlouvy povýšení nikdy takovému přezkumu podléhat nesmějí; podléhají-li mu, hodí se pro přezkum mnohem méně než propouštění. V baseballu formálně posuzují chyby znalci a veřejně je vyhláší, zatímco uznání skvělých hermích projevů v poli – například zásahů Willie Mayse – závisí na neformálním názoru fanoušků a sportovních redaktorů. Tato praxe samozřejmě může zkreslit průměr běhů nadhazovače, my však toto zkreslení přijímáme jako určitou maldou cenu za to, že se vyhneme povinnosti přesně měřit to, co přesně měřit nelze.

Obecně souhlasíme s neformálními způsoby rozhodování – často skrytými před veřejností – udílejí-li se čestné tituly, vojenská vyznamenání, medaile za statečnost, literární a vědecké ceny a ceny nadací a pořadají-li se na něčí počest večere. Významnou výjimkou z této laxnosti může být důkladná formální procedura svatořečení v římskokatolické církvi. Ve skutečnosti však tato procedura výjimkou není. Nejde při ní o to, ocenit svatého, ale autorizovat kult. Jazykem správního práva řečeno, jde o postup vydávání osvědčení. Požadovaný výkon – včetně zářků, k nimž došlo – jde nutně nad rámec stupnice lidských výkonů. Pravděpodobně však spadá do nižších úrovní nadpřirozena.

Uvedené příklady z praktického života přesvědčivě vyvracejí představu, tak často se vyskytující v morální argumentaci, že dokonalé dobro musíme znát dřív, než dokážeme rozpoznat zlo nebo něco ztěžší vyhovující. Kdyby tomu tak bylo, bylo by zřejmě mnohem snazší určit pětiprocentní odchylku od dokonalosti než odchylku devadesátiprocentní. Když však ve skutečnosti dojde na konkrétní případy, zdravý rozum nám říká, že na odchylky od přijatelného výkonu můžeme aplikovat objektivnější kritéria než na odchylky od výkonu usilujícího o dokonalost. A na tomto pohledu zdravého rozumu budujeme své instituce a zakládáme své postupy v praxi.

## II

## MORÁLKA, KTERÁ UMOŽŇUJE PŘÁVO

*Zákon, který člověk nemůže ani dodržovat, ani podle něho jednat, je neplatný a není žádným zákonem: a nelze dodržovat rozpory anebo jednat podle nich.*

C. J. Vaughan, in: *Thomas v. Sorrell*, 1677

*Je žádoucí, aby naši vzdělání právníci odpověděli na následující otázky... zda toto společenství, kdykoli zvolilo parlament, dalo jeho členům právně i jinak neomezenou moc a možnost dle vlastního libovůle postupovat proti svým vlastním zákonům a vyhláškám, dokud je nezruší?*

Lilburne, *England's Birth-Right Justified*, 1645

Tuto kapitolu začneme poměrně rozvleklou alegorií. Pojednává o nešťastném panování monarchy, který měl přiléhavé, ale ne právě nápadité a dokonce ani ne zrovna královsky znějící jméno Rex.

## Osm způsobů, jak neuspět při tvorbě práva

Rex nastoupil na trůn jako zanicený reformátor. Domníval se, že oblastí, v níž jeho předchůdci selhali nejvíce, bylo právo. Po celé generace neprošel právní řád žádnou zásadní reformou. Řízení před soudy bylo těžkopádné, právní normy byly formulovány v zastaralém jazyce, justice byla nákladná, soudci byli lajdáctví a někdy úplatní. Rex se rozhodl toto vše napravit a zapsat se tak do dějin jako velký zákonodárce. Jeho neštěstím bylo, že v tomto úsilí neuspěl. Neuspěl vsádku velkolepě, protože se mu nejen nepodařilo provést nezbytné reformy, ale dokonce ani nikdy nevytvořil žádné právo, ať už dobré, nebo špatné.

Jeho první oficiální čin v úřadě byl nicméně dramatický a slibný. Protože potřeboval čistý stůl, oznámil svým poddaným, že s okamžitou platností ruší veškeré dosavadní zákony. Poté se pustil do formulování nového kodexu. Protože však byl vychován jen jako

princ, jedináček, bylo jeho vzdělání velmi nedostatečné. Zejména zjistil, že není schopen ani těch nejjednodušších zobecnění. Ačkoli nepostrádal sebevědomí, jednalo-li se o rozhodování konkrétních sporů, jakékoli srozumitelné zdůvodnění závěrů bylo zcela nad jeho schopnosti.

Když si Rex začal své meze uvědomovat, vzdal se myšlenky na kodex a svým poddaným oznámil, že od nynějška bude vystupovat jako soudce ve všech sporech, které by mezi nimi mohly vzniknout. Doufal, že díky rozmanitosti jednotlivých případů se rozvinou jeho dřímající generalizační schopnosti a že případ od případu postupně vypracuje systém pravidel, která by se mohla vtělit do kodexu. Nedostatký jeho vzdělání byly bohužel hlubší, než se domníval. Věc totálně zkrachovala. Vynesl doslova stovky rozhodnutí, ale ani on, ani jeho poddaní z nich nedokázali odvodit žádné obecné pravidlo. Pokusy o zobecnění, obsažené v jeho rozhodnutích, zmatek jen zvyšovaly, protože skýtaly jeho poddaným mylná vodítka a oslabovaly jeho vlastní chabé schopnosti rozsuzovat další případy.

Po tomto fiasku si Rex uvědomil, že je třeba začít znovu. Ze všeho nejdřív se dal zapsat do kursu o zobecnování. S takto posílenými intelektuálními schopnostmi se vrátil k myšlence kodexu a po mnoha hodinách samotářské dřiny se mu podařilo sestavit poměrně obsáhlý dokument. Nebyl si však ještě jist, zda se zcela vyrovnal se svými dřívějšími nedostatky. Proto svým poddaným oznámil, že kodex sepsal a bude se jím napříště při rozhodování jednotlivých případů řídit, že však obsah tohoto kodexu zůstane prozatím státním tajemstvím, které bude znát pouze on a jeho písař. K Rexově překvapení jeho poddaní tento praktický plán zcela odmítli. Tvrdili, že je velmi nepřijemné, má-li se případ, se kterým člověk přijde, rozhodovat podle jakýchkoli pravidel, aniž by bylo možno se dozvědět, o jaká pravidla se jedná.

Konsternován tímto odmítnutím, Rex provedl svědomitou inventuru svých předností a slabin. Dospěl k závěru, že život ho poučil v tom, že je snažší rozhodovat věci s pohledem obráceným nazpět, než se snažit předvídat a kontrolovat budoucnost. Zpětný pohled nejen usnadňoval rozhodování v jednotlivých případech, ale – a to bylo pro Rexe nejdůležitější – usnadňoval i jeho zdůvodňování. Rozhodnut z tohoto názoru těžit, Rex pojal následující plán. Počátkem každého kalendářního roku rozhodne všechny spory, které během minulého roku mezi jeho poddanými vznikly. Svá rozhodnutí

odpovodí zevrubnými odůvodněními. Takto podaná odůvodnění se přirozeně nebudou chápat jako něco, čím se bude řídit rozhodování v příštích letech, protože tím by se zmařil smysl nového návrhu, kterým bylo těžit z výhod zpětného pohledu. Rex sebejistě oznámil svým poddaným nový plán s poznámkou, že bude publikovat plný text svých rozsudků včetně pravidel, která aplikoval, čímž vyhoví hlavní námitce proti starému plánu. Rexovi poddaní přijali toto oznámení mlčky a pak prostřednictvím svých vůdců pokojně vysvětlili, že když teklí, že potřebují znát pravidla, mysleli tím, že je potřebují znát *předem*, aby podle nich mohli jednat. Rex zamumlal, že se snad mohli v této věci vyjádřit jasněji, ale řekl, že uvidí, co se dá dělat.

Nyní si Rex uvědomil, že se nevyhne zveřejnění kodexu, vyhlášením pravidla, která se budou aplikovat v budoucích sporech. Dále poslouchal přednášky o zobecnování a zároveň pilně pracoval na revidovaném kodexu; nakonec oznámil, že bude brzy publikován. Toto oznámení bylo přijato se všeobecným uspokojením. O to větší bylo zděšení Rexových poddaných, když jeho kodex spatřil světlo světa a zjistilo se, že jde o opravdu mistrovskou práci plnou záhad. Právní odborníci, kteří kodex prostudovali, prohlásili, že v něm není jediná věta, které by mohl rozumět zkušený právník, natož prostý občan. Nastalo obecné pobouření a brzy se před královským palácem objevili demonstranti s transparentem „Jak se může někdo řídit pravidlem, kterému nikdo nerozumí?“

Kodex byl rychle stažen. Rex poprvé uznal, že potřebuje pomoc, a sestavil tým odborníků, aby pracovali na revizi. Nařídil jim, aby podstatu nechali nedotčenou, ale projasnili vyjadřování. Výsledný kodex byl přímo vzorem jasnosti, při jeho studiu se však ukázalo, že jeho jasnost pouze ozřejmíla, že byl skrz naskrz rozporný. Spolehlivé zprávy uváděly, že v kodexu není jediné ustanovení, které by nebylo rušeno jiným ustanovením, jež mu odporuje. Před královou rezidencí se opět objevili demonstranti; na jejich transparentu stálo „Tentokrát se král vyjádřil jasně – tak i tak“.

Kodex byl znovu stažen k revizi. Nyní však už Rex ztratil trpělivost se svými poddanými a s tím, jak odmítavě zřejmě přistupují ke všemu, co se pro ně snaží udělat. Rozhodl se dát jim za vyučenu a skoncovat s jejich malichernou kritičností. Svým expertům poručil, aby kodex zbavili rozporů, zároveň ale drasticky vystupňovali všechny požadavky v něm obsažené a přidali dlouhý seznam no-

vých zločinů. Tak se stalo, že kde měl občan předvolaný k trůnu původně deset dní na to, aby se dostavil, po revizi se tato lhůta zkrátila na deset vteřin. Z kašlání, kýčání, škytání, mdllob nebo pádu v přítomnosti krále se staly zločiny, trestané deseti lety vězení. Za velezradu se nyní považovalo, když někdo nerozuměl doktríně evoluční, demokratické spásy, nevěřil v ni a řádně se jí neřekl.

Když byl nový kodex publikován, způsobil téměř revoluci. Přední občané vyhlásili, že mají v úmyslu jeho ustanovení nechat. Když si při četbě jakéhosi starého autora objevil pasáž, která se zdála přirohodnou: „Přikázat něco, co nelze vykonat, neznamená tvořit právo; znamená to právo ničít, protože příkaz, který nelze splnit, slouží jen zmatku, strachu a chaosu.“ Brzy se tato pasáž citovala ve stovkách petic, které králi docházely.

Kodex byl opět stažen a tým odborníků byl pověřen, aby ho přepracoval. Rex přikázal odborníkům, aby každé pravidlo požadující něco nemožného bylo revidováno tak, aby bylo možno ho dodržet. Ukázalo se, že má-li se tohoto cíle dosáhnout, musí se každé ustanovení kodexu zásadně přepracovat. Konečný výsledek byl však opravným triumfem legislativní práce. Kodex byl jasný, neodporoval si a po poddaných nepožadoval nic, co by snadno nemohli splnit. Byl vytištěn a zdarma se rozdával na každém rohu.

Ještě dřív, než nový kodex nabyl účinnosti, se však zjistilo, že postupné revize Rexova původního návrhu zabraly tolik času, že události mezitím podstatu kodexu výrazně předběhly. Od chvíle, kdy Rex nastoupil na trůn, byly běžné právní postupy pozastaveny a to vedlo k zásadním ekonomickým a institucionálním změnám v zemi. Aby bylo možno se těmto změnám podřídit, bylo přizpůsobeno, bylo zapotřebí mnoha podstatných změn práva. Od okamžiku, kdy nabyl účinnosti, byl proto nový kodex denodenně novelizován a doplňován. Nesouhlas lidu opět rostl; na ulicích se objevil anonymní leták s karikaturou krále a článkem pod titulem: „Právo, které se každý den mění, je horší než vůbec žádné právo.“

S poklesem tempa přijímání novel a dodatků začal tento zdroj nespokojenosti zakrátko vysychat. Ještě dříve, než k tomu došlo v míře, aby si toho někdo povšiml, však Rex oznámil důležité rozhodnutí. Při uvažování nad neštěstími, která provázela jeho panování, dospěl k závěru, že většinu z nich způsobily špatné rady odborníků. Vyhlásil tudíž, že soudní moc bere opět do svých rukou. Bude tak moci přímo dohlížet na aplikaci nového kodexu a uchránit

svou zemi další krize. Prakticky všechn svůj čas začal trávit slyšením a rozhodováním případů, na které se nový kodex vztahoval.

Když v tom král pokračoval, zdálo se, že jeho dlouho dřímající generalizační schopnosti se začnou pozdě, ale přece probouzet. V jeho názorech se vsutku začala projevat sebevědomá a téměř nevázaná virtuozita, když obratně rozlišoval mezi vlastními dřívějšími rozhodnutími, formuloval zásady, podle nichž rozhodoval, a stanovoval hlavní vodítka pro řešení budoucích sporů. Rexovým poddaným svítila jiskřička naděje, že konečně budou moci přizpůsobit své jednání ucelené soustavě pravidel.

Tato naděje se však brzy rozplynula. Když byly tlusté svazky Rexových rozsudků vydány a pečlivě prostudovány, jeho poddaní s údivem objevili, že neexistuje žádný zjiztitelný vztah mezi rozsudky a kodexem, který se v nich měl aplikovat. Z hlediska toho, jak se promítal do skutečného rozhodování sporů, nový kodex vlastně nemusel vůbec existovat. Přesto v doslova každém svém rozhodnutí Rex tvrdil, že kodex je základním zákonem jeho království.

Přední občané se začali v soukromí scházet a diskutovat, jak kromě otevřené revolvy krále přimět, aby opustil soudcovský stolec a vrátil se na trůn. Za těchto diskusí Rex náhle a předčasně zesnul, hluboce zklamán svými poddanými.

Prvním opatřením jeho nástupce, Rexe II., bylo oznámení, že státní moc odnímá právníkům a světuje ji psychiatrům a odborníkům pro styk s veřejností. Vysvětlil, že tak lze lidi učinit šťastnými bez pravidel.

## Důsledky neúspěchu

Rexova zpackaná kariéra zákonodárce a soudce dokládá, že pokus vytvořit a udržet systém právních pravidel může ztroskotat přinejmenším osmerym způsobem; existuje, chcete-li, osm navzájem odlišných cest ke zkáze. První a nejzjevnější spočívá v neschopnosti vůbec dospět k pravidlům, takže každý případ se musí rozhodnout ad hoc. Ostatní cesty jsou: 2) neschopnost zveřejnit nebo přinejmenším straně jimi dotčené zpřístupnit pravidla, která má dodržovat; 3) zneužití retroaktivního zákonodárství, které nejen samo nemůže být vodítkem jednání, ale podkopává také integritu pravidel působících do budoucna, protože se vystavují hrozbě, že budou re-

troaktivně změněna; 4) neschopnost vytvořit srozumitelná pravidla; 5) uzákonění pravidel, která si odporují nebo 6) pravidel, která vyžadují chování, jehož ten, na koho se vztahují, není schopen; 7) provádění tak častých změn pravidel, že ten, na koho se vztahují, se při svém jednání nemůže podle nich orientovat; a konečně 8) neschopnost dosáhnout shody mezi vyhlášenými pravidly a jejich uplatňováním v praxi.

Naprostý neúspěch v kterémkoli z těchto osmi směrů nevede jen ke špatnému systému práva; vede k něčemu, co se správně vůbec systémem práva nenazývá, leda snad v pickwickovském pojetí, podle kterého se i o neplatné smlouvě stále ještě dá říci, že je určitým druhem smlouvy. Zjistit nemůže existovat žádný racionální základ pro tvrzení, že člověk může mít morální povinnost podřít se právnímu právidlu, které neexistuje, nebo je před ním drženo v tajnosti, nebo vzniklo teprve poté, co již jednal, nebo je nesrozumitelné, nebo odporuje jinému právidlu téhož systému, nebo přikazuje nemožné, nebo se každou minutu mění. Nemusí být pro člověka nemožné podřít se právidlu, které přehlížejí ti, kdo mají na starosti jeho uplatňování, v určitém okamžiku se však poslušnost stává marnou – ve skutečnosti stejně marnou, jako je marné odevzdávat hlas, který se nikdy nezapočítá. Jak vypozeroval sociolog G. Simmel, jedná-li se o dodržování pravidel, existuje mezi státem a občany jakási reciprocita.<sup>1</sup> Stát občanovi říká: „Toť jsou pravidla, která, jak očekáváme, budeš dodržovat. Budeš-li je dodržovat, máš naše ujištění, že se jedná o pravidla, která se budou na tvé chování aplikovat.“ Je-li toto pouto reciprocit zcela a s konečnou platností státem přetřeno, nezbyvá nic, na čem by bylo možno založit občanovu povinnost pravidla dodržovat.

Občanovy nesnáze se ještě stupňují, dojde-li, přestože k totálnímu selhání nedošlo, ke všeobecnému a drastickému úpadku legality, jaký se projevil například v hitlerovském Německu.<sup>2</sup> Vzniká na-

1 G. Simmel, *The Sociology of Georg Simmel* (1950), přel. Wolff, § 4, „Interaction in the Idea of Law“, str. 186–189; viz také kapitola 4, „Subordination under a Principle“, str. 250–267. Simmelovo pojednání by si měli prostudovat ti, kdo se zabývají definováním podmínek, za nichž lze uskutečnit ideál.

2 O některých rysech tohoto úpadku jsem hovořil ve svém článku „Positivism and Fidelity to Law“, in: *Harvard Law Review*, 71, str. 630 a 648–657 (1958). Tento článek nechce být úplným přehledem všech poválečných soudních rozhodnutí v Německu, která se zabývala událostmi za Hitlerova režimu. Někter-

příklad situace, kdy některé zákony sice publikovány jsou, ale jiné, včetně nejdůležitějších, publikovány nejsou. Ačkoli většina zákonů působí do budoucna prospektivně, retrospektivního zákonodárství se používá natolik volně, že žádný zákon není imunní vůči změně ex post facto, hodí-li se to těm, kdo jsou u moci. Pokud se týče trestních procesů, v nichž jde o loajalitu vůči režimu, ustavují se zvláštní vojenské tribunály a ty, kdykoli jim to vyhovuje, ignorují pravidla, jimiž by se mělo jejich rozhodování řídit. Hlavním cílem státu není, jak se zdá, poskytovat občanovi pravidla, podle nichž by utvářel své chování, ale zastrážovat ho až k bezmoci. Jestliže taková situace nastane, problém, kterému občan čelí, není tak prostý, jako problém voliče, který si není jist, zda se jeho hlas započítá. Spíše se podobá problému voliče, který ví, že se téměř s jistotou nezapočítá, a pokud ano, že se s velkou pravděpodobností přičte tomu, koho ve skutečnosti nevolil. V takové obtížné situaci se občan musí sám rozhodnout, zda se bude na systému podílet a odevzdá svůj hlas jen jako jakýsi symbolický akt, vyjadřující naději v lepší budoucnost. Takto stál německý občan za Hitlera před rozhodnutím, zda je povinen dodržovat zákony, které nacistický teror ponechal nezměněné.

V takových situacích nemůže existovat jednoduchý princip, jímž bychom testovali občanovu povinnost být věren právu, stejně jako nemůže existovat princip, jímž bychom testovali jeho právo zúčastnit se revoluce. Jedno je však jasné. Pouhé respektování zavedené autority nelze zaměňovat s věrností právu. Rexovi poddaní například zůstali Rexovi coby králi věrni po celé jeho dlouhé a neschopné panování. Nebyli však věrni jeho právu, protože nikdy žádné nevytvořil.

rá pozdější rozhodnutí dovozovala neplatnost rozsudků vydaných soudy za Hitlera nikoli z neplatnosti aplikovaných právních předpisů, ale z toho, že nacističtí soudci špatně interpretovali zákony svého vlastního státu. Viz H. O. Pappé, „On the Validity of Judicial Decisions in the Nazi Era“, in: *Modern Law Review*, 23 (1960), str. 260–274. Zdá se mi, že Dr. Pappé toto rozlišování poněkud přehání. Konečnou význam právního předpisu závisí částečně na přijatých způsobech interpretování. Lze říci, že poválečné soudy v Německu daly plný průchod nacistickým zákonům, když je interpretovaly podle vlastních kritérií, namísto zcela odlišných kritérií, běžných za nacistického režimu? Navíc se zdá, že je poněkud nemístné přilížit se zabývat otázkami náležité interpretace takových zákonů, které jsou plně vágních formulací a neomezených delegací pravomoci.

## Aspirace na dokonalost v legalitě

Doposud jsme se zabývali sledováním osmi cest, jak neuspět při tvorbě práva. Těmto cestám odpovídá osm druhů právní výtečnosti, o které může systém pravidel usilovat. Co se na nejnižší úrovni zdá jako podmínky, bez nichž právo nemůže vůbec existovat, se postupně, jak stoupáme po stupnici dosažených výkonů, stává výzvou lidským schopnostem. Na vrcholu této stupnice jsme v pokušení si představit utopii legality, ve které všechna pravidla jsou zcela jasná, navzájem v souladu, známa každému občanovi a nikdy nejsou retroaktivní. V této utopii jsou pravidla v čase stálá, žádají jen to, co je možné, a soudy, policie a všichni ostatní, kdo jsou pověřeni jejich uplatňováním, je svědomitě dodržují. Z důvodů, ke kterým se brzy dostanu, není tato utopie, v níž se všech osm principů legality dokonale naplňuje, ve skutečnosti užitečným cílem, k němuž by úsilí o legalitu mělo směřovat; cíl dokonalosti je mnohem složitější. Naznačuje však, že existuje osm navzájem odlišných kritérií, jimiž lze výtečnost v legalitě prověřovat.

Při výkladu rozdílu mezi morálkou povinnosti a morálkou aspirace v první kapitole jsem hovořil o pomyslné stupnici, která začíná nejjevnějšími a nezákladnějšími morálními povinnostmi a stoupá k nejvyšším výkonům, jichž je člověk schopen. Hovořil jsem také o neviditelné rudičce, která označuje dělicí čáru, kde končí tlak povinnosti a začíná výzva k výtečnosti. Nyní by mělo být jasné, že vnitřní morálka práva zahrnuje všechny tyto aspekty. I ona zahrnuje morálku povinnosti a morálku aspirace. I ona nás konfrontuje s problémem jak vědět, kde vytyčit hranici, pod níž budou lidé odsuzováni za neúspěch, nemožou však očekávat odměnu za úspěch, a nad níž budou obdivováni za úspěch a přinejhorším jen litováni, pokud ho nedosáhnou.

Při aplikování analýzy z první kapitoly na předmět, kterým se teď zabýváme, je nanejvýš důležité vzít v úvahu určité vlastnosti, jimiž se vyznačuje vnitřní morálka práva. V tom, co lze nazvat základní morálkou společenského života, vyžadují povinnosti, jež směřují vůči jiným lidem obecně (na rozdíl od povinností, které směřují vůči konkrétním jednotlivcům), obvykle pouze něčeho se zdržet; jinak řečeno, jsou svou povahou negativní: nezabíjej, neubližuj, nepodváděj, nepomlouvej a podobně. Takové povinnosti

lze formálně definovat jen s minimálními obtížemi. Znamená to, že at už se zabýváme povinnostmi právními nebo morálními, dokážeme vypracovat kritéria, která s jistou přesností – nikdy, pravda, zcela úplně – označují chování, kterému je třeba se vyhnout.]

Požadavky na vnitřní morálku práva, třežba se týkají vztahu k lidem obecně, však žádají víc než jen zdržení se něčeho; jsou, jak nepříliš přesně říkáme, svou povahou afirmativní: učí zákon známy, učí jej bezrozporným a jasným, usilují o to, aby se jim tvář rozhodnutí coby rozhodnutí úřední osoby spravovala atd. Aby se těmto požadavkům vyhovělo, je třeba lidskou energii zaměřovat na výkony určitého konkrétního druhu a ne pouze odrazovat od jednání, které škodí.

Vzhledem k afirmativnosti a tvůrčí povaze jejich požadavků je vnitřní morálka práva obtížně uskutečňovat prostřednictvím povinností, at už morálních nebo právních. At se směřování lidského úsilí jeví sebežádoucnější, tvrdíme-li, že existuje povinnost se ho držet, musíme být připraveni definovat bod, kdy byla porušena. Je snadné tvrdit, že zákonodárce má morální povinnost tvořit své zákony tak, aby byly jasné a srozumitelné. Jde však v nejlepším případě o nabádavé kázání, nejsme-li připraveni definovat stupeň jasnosti, kterého musí dosáhnout, aby své povinnosti dostál. Představa, že jasnost se dá kvantifikovat, přináší zjevné obtíže. Můžeme se samozřejmě spokojit s tvrzením, že zákonodárce má přinejmenším morální povinnost se o jasnost pokusit. Problém to však jen odsouvá, protože v některých situacích nemůže být nic více matoucího, než pokoušet se měřit, jak člověk usiloval o to, co se mu udělat nepodařilo. V morálce práva jsou beztoho dobré úmysly málo platné, jak víc než dostatečně prokázal král Rex. To vše vede k závěru, že vnitřní morálce práva je souzeno zůstat převážně morálkou aspirace, nikoli morálkou povinnosti. Musí se dovolávat především smyslu pro správcovství a řemeslnické hrdosti.

Z těchto závěrů existuje jedna důležitá výjimka. Týká se požadavku tvořit zákony tak, aby byly známe, anebo přinejmenším přístupné těm, kterých se týkají. Jde o požadavek, který lze formalizovat neobčejně snadno. Pšaná ústava může stanovit, že žádný předpis se nestane právem, nebude-li stanoveným způsobem zveřejněn. Jsou-li soudy oprávněny toto ustanovení vynuocovat, můžeme hovořit o právním požadavku na tvorbu práva. Ale i morální povinnost, pokud jde o publikaci, si lze snadno představit. Např.

občej by mohl stanovit, jaké vyhlásování zákonů se očekává, a zároveň ponechat nejasným, jaké důsledky to má, jestliže se z přijatého způsobu vyhlásování vybočí. Formalizace požadavku publikace má zjevné přednosti před neregulovaným úsilím, i když je inteligentní a svědomitě. Formalizované kritérium vyhlášení nefká jen zákonodárci, kde má své zákony publikovat; informuje toho, na něhož se zákon vztahuje, nebo právníka reprezentujícího jeho zájmy, kam má jít, aby se dozvěděl, co zákon říká.

Někdo by se mohl domnívat, že princip, který morálně odsuzuje retroaktivní zákony, by se také měl nechat snadno formalizovat do jednoznačného pravidla, že žádný takový zákon se nikdy nepřijme, nebo že přijme-li se, nebude platit. Takové pravidlo by však věci legality škodilo. Jeden ze zdánlivě nejzjevnějších požadavků legality – že pravidlem přijatým dnes se má řídit to, co se stane zítra, nikoli to, co se stalo včera – kupodivu, jak se ukazuje, představuje jeden z nejobtížnějších problémů celé vnitřní morálky práva.

Co se týče jiných požadavků legality, než jakým je vyhlášení, můžeme od ústav a soudů očekávat nanejvýš to, že nás ochrání před propastí; nemůžeme od nich očekávat, že by stanovily množství kroků, které je na cestě k opravdu významnému úspěchu třeba učinit.

## Legalita a ekonomická kalkulace

V první kapitole jsem se pokusil vyložit, jak v okamžiku, kdy opouštíme morálku povinnosti a stoupáme k nejvyšším úrovním morálky aspirace, začíná hrát větší roli v našich rozhodnutích princip mezního užítku. Na úrovni povinnosti není nic takového jako ekonomická kalkulace na místě. V morálce aspirace nejenže na místě je, ale stává se integrální částí samotného morálního rozhodování, a to tím víc, čím víc se blížíme nejvyšším úrovním, jichž může člověk dosáhnout.

Není obtížné ukázat, že cosi jako ekonomická kalkulace se může stát nezbytným, vznikne-li konflikt mezi vnitřní a vnější morálkou práva. Z pozice vnitřní morálky práva je například žádoucí, aby se zákon v průběhu času neměnil. Je ale zjevné, že změny v okolnostech anebo změny ve vědomí lidí mohou vyžadovat změny v materiálních cílech práva, a to někdy změny znepokojivě časté. Zde jsme zhusť nuceni jít křivolakou střední cestou mezi změnou příliš častou

a vůbec žádnou, podepřenou nikoli přesvědčením, že zvolená cesta je jedinou správnou, ale že se za všech okolností musíme vyhnout úskalím, která na obou stranách hrozí pohromou.

Obávám se, že mnohem méně zřejmé je to, že antinomie mohou vzniknout i v rámci vnitřní morálky práva samé. Přesto lze snadno ukázat, že různé požadavky, které dohromady tuto morálku tvoří, se mohou občas dostat do vzájemného rozporu. Proto je současně žádoucí, aby se zákony v průběhu času neměnily a nekladly svému dodržování do cesty žádné nepřekonatelné překážky. Přesto mohou rychlé změny okolností, například ty, které doprovázejí inflaci, vést k tomu, že dodržování konkrétního zákona, kdysi zcela snadné, bude stále obtížnější, až se nakonec stane téměř nemožným. I zde může být nutné jít střední cestou, jejíž součástí je oběma požadavkům určitou měrou vyhovět.

Za návštěvy Polska v květnu 1961 jsem měl rozhovor s bývalou ministryní spravedlnosti, který je na místě zde zmínit. Vyprávěla, jak vážně a soustavně se v prvních dnech komunistického režimu usilovalo o to, sepsat zákony tak jasně, aby jim rozuměl dělník a rolník. Brzy se však zjistilo, že takové jasnosti by se dalo dosáhnout pouze na úkor těch systémových prvků v právním řádu, které z jeho pravidel vytvářejí logicky uspořádaný celek a umožňují, aby je soudy jednotně aplikovaly. Jinak řečeno přišlo se na to, že vytváření zákonů, které by byly pro občana snadno srozumitelné, také něco stojí, že totiž jejich aplikace soudy je najednou nestálejší a méně předvídatelná. Bylo tudíž nutné se tak trochu vrátit k vyváženějšímu názoru.

Takových příkladů a ilustrací je možné uvést mnoho. Jsem přesvědčen, že bylo řečeno již dost, aby se ukázalo, že na utopii legality nelze pohlízet jako na situaci, v níž se každý požadavek zvláštní morálky práva uskutečňuje dokonale. To není žádná zvláštnost – a jistě žádný zvláštní nedostatek – vnitřní morálky práva. V každém lidském konání, postupujeme-li po dlouhé cestě, jež od propasti naprostého neúspěchu vede k vyšším lidské výtečnosti, narozdíme v určitém bodě na problém vyváženosti.

Nyní nastal čas každý z těchto osmi požadavků vnitřní morálky práva prozkoumat podrobněji. Půjde přitom o některé oblasti dosud opomíjené, zejména ty, které se týkají vztahu mezi vnitřní a vnější morálkou práva. Půjde i o některé poznámky týkající se toho, jak problémy vnitřní morálky práva skutečně v dějinách vyvstávaly.

## Obecnost práva

První požadavek systému, který podřizuje lidské chování režimu práveidel, je samozřejmý: musejí existovat pravidla. To lze označit za požadavek obecnosti.

V nedávné minulosti byl snad nejvíce neúspěchem ve snaze dospět k obecným pravidlům případ některých našich regulativních orgánů, obzvláště těch, které měly rozdělovat peníze. Stejně jako král Rex se do své činnosti pustily v přesvědčení, že budou-li nejprve postupovat případ od případu, dospějí postupně k poznání, které jim umožní vypracovat obecná kritéria, podle nichž se bude rozhodovat. V některých případech tato naděje vyústila v téměř úplné zklamání; bylo tomu tak zejména v případě Úřadu pro civilní letectví a Komise pro federální komunikace. Jsem přesvědčen, že důvod tohoto neúspěchu tkví v povaze úkolů, jimiž byly tyto orgány pověřeny; pomocí jakéhosi soudního rozhodování se pokoušejí dělat něco, co se takto dělat nedá.<sup>3</sup> Ať je však důvod jakýkoli, pokud se týče pokusů vytvořit ucelené právní systémy, byly tyto orgány evidentně neúspěšné.

Těmto orgánům lze vytýkat ani ne tak to, že by jejich pravidla byla nespravedlivá, ale že se jim nepodařilo vůbec žádná významná pravidla vytvořit. Tento rozdíl je důležitý, protože požadavek obecnosti se někdy vykládá tak, že zákon musí působit neosobně, že jeho pravidla se musejí týkat obecných skupin a nemají obsahovat žádná konkrétní jména. V ústavních ustanoveních, která za neplatné prohlašují „soukromé zákony“ a „zvláštní zákonodárství“, se promítá tento princip.<sup>4</sup> Princip chráněný těmito ustanoveními je

<sup>3</sup> Pokusil jsem se analyzovat meze soudního rozhodování ve dvou článcích: „Adjudication and the Rule of Law“, in: *Proceedings of the American Society of International Law*, 1960, str. 1–8; „Collective Bargaining and the Arbitrator“, in: *Wisconsin Law Review*, 1963, str. 3–46. Zamýšlím později publikovat obecnější analýzu pod názvem *The Forms and Limits of Adjudication*.

<sup>4</sup> Viz heslo „Special, Local or Private Laws“, in: *Index Digest of State Constitutions* (2. vyd., 1959), který vydal Legislative Drafting Research Fund Kolumbijské univerzity. Taková ustanovení způsobila soudům a zákonodárným orgánům mnoho obtíží. Někdy jejich požadavky obsahují věci tak zřetelně falešné, jako je například ustanovení, že konkrétní zákon se bude týkat „všech měst ve státě, která podle posledního sčítání měla více než 165 000 a méně než

však principem slušnosti, který z hlediska rozboru zde předložený ho patří do vnější morálky práva.

Tento princip se liší od požadavku vnitřní morálky práva, podle něhož musejí přinejmenším existovat nějaká pravidla, ať tak či onak spravedlivá nebo nespravedlivá. Lze si představit systém práva zaměřený na jednoho jmenovitě určeného jednotlivce a upravující jeho chování vůči jiným jmenovitě určeným jednotlivcům. Něco takového může existovat mezi zaměstnavatelem a zaměstnancem. Nechce-li zaměstnavatel stát u zaměstnance a řídit každý jeho úkon, může považovat za důležité zformulovat a zaměstnanci sdělit jistá obecná pravidla chování. Při takovém postupu se zaměstnavatel vystavuje rizikům všech cest k neúspěchu, po kterých kráček král Rex. Nemusí se mu podařit zformulovat obecná pravidla; podaří-li se mu to, nemusí se mu podařit je zaměstnanci sdělit atd. Jestliže se zaměstnavatel podaří fungující systém pravidel vytvořit, zjistí, že za to zaplatí určitou cenu. Nejenže musí do celé záležitosti investovat určité úsilí a určitou inteligenci; sám úspěch omezuje i jeho vlastní svobodu. Jestliže při chválení a karání obvykle svých vlastních pravidel nedbá, může zjistit, že jeho systém práva se rozpadá a – aniž by došlo k otevřené revolci – přestává mu přinášet to, čeho chtěl prostřednictvím něho dosáhnout.

V reálných systémech kontroly a řízení lidského chování je nástroj neúspěch ve snaze dospět k jakýmkoli obecným pravidlům vzácný. V aktu sdělování, třeba i jen pouhého přání, je určité zobecnění implicitně obsaženo. Příklad psů „Dej pac“ vyžaduje po pánu i jeho psovi určitou schopnost zobecnovat. Dříve než může příkaz vykonat, musí pes pochopit, jaká škála nepatrně odlišných úkonů bude přijata jako podání packy. Dále: cvičení pes časem rozezná, v jakých situacích se od něho bude nejspíš podání

166 000 obyvatel“. Než tuto zřetelnou snahu obejít daný princip odsoudíme, měli bychom si připomenout, že množina nebo řada o jednom prvku je známým a důležitým pojmem logiky a teorie množin. Někdy se zákaz zvláštních zákonů zaměřuje na dosti zjevná zneužití zákonodárné moci. Například ústava státu Kalifornie zakazuje zvláštní zákony, které „stanoví tresty za zločiny... upravují řízení před soudním dvorem... vyhlášují rozsvody... stanoví věkovou hranici právní způsobilosti“ (článek VI, § 25, ve znění dodatku ze 4. listopadu 1952). Týmž článkem však obsahuje obecný zákaz zvláštních či místních zákonů „ve všech případech, kde lze aplikovat obecný zákon“. To vyvolalo skutečnou záplavu žalob.

packy vyžadovat a často svou tlapu zvedne, očekáváje příkaz ještě nedaný. Něco podobného se samozřejmě může stát a také stává mezi lidmi, i když ti, kdo mají moc příkazovat žádná obecná pravidla stanovit nechtějí. Jestliže však naprostá neschopnost zobecňovat vyžaduje zvláštní talent k neschopnosti, kterým se vyznačoval král Rex, skutečností je, že mnoho právních systémů, velkých i malých, nepřítomností obecného principu žalostně trpí.<sup>5</sup>

Problému obecnosti se v právně teoretické literatuře nepřikládá patřičný význam. Austin správně pochopil, že právní systém je něčím víc než jen sérií výkonů politické moci, postrádající jakýkoli systém. Přesto byl jeho pokus odlišit obecné a konkrétní příkazy natolik arbitrární a bez vztahu k jeho systému jako celku, že celá anglo-americká literatura se od jeho časů sotva stačila z tohoto špatného nasměrování vzpamatovat.<sup>6</sup>

Základní nedostatek Austinovy analýzy spočívá nejspíš v tom, že nedokázal rozlišit dvě otázky:

- 1) co je nezbytné, aby byl systém právních pravidel účinný, a
- 2) čemu budeme říkat „právo“?

V analýze obsažené v těchto přednáškách vychází požadavek obecnosti z banality, že máme-li podříditi lidské chování právidlům, musejí existovat pravidla. Tím se nikterak netvrdí, že každý čin státu, který má „sílu práva“ – například rozhodnutí soudu, které se týká konkrétního obžalovaného – musí být stanovením obecného pravidla. Stejně tak se zde nesnažíme zabývat takovými lingvistickými otázkami, zda například předpis, zakládající berní úřad v Nové Vsi, bychom měli nazývat zákonem.

<sup>5</sup> Postesknutí Herberta Wechslera, že některá nedávná rozhodnutí Nejvyššího soudu v ústavních otázkách postrádají míru rozumné obecnosti, která by zajistila „neutralitu“ Nejvyššího soudu, je nejnovějším projevem naříkání, které se datuje od samých počátků práva. Viz H. Wechsler, *Principles, Politics, and Fundamental Law* (1961).

<sup>6</sup> Viz J. L. Austin, *Lectures on Jurisprudence* (1879), přednáška I, str. 94–98; J. C. Gray, *The Nature and Sources of the Law* (2. vyd., 1921), str. 161–162; J. Brown, *The Austinian Theory of Law* (1906), pozn. na str. 17–20; srv. H. Kelsen, *General Theory of Law and State* (1945), str. 37–39 (česky *Ryzi nauka právní*, Praha 1933); F. Somló, *Juristische Grundlehre* (2. vyd., 1927), § 20, str. 64–65. Nejlepší pojednání v angličtině, se kterým jsem se setkal, je obsaženo v E. W. Patterson, *Jurisprudence-Men and Ideas of the Law* (1953), kap. 5.

## Vyhlašování

Zaměříme-li se nyní na vyhlašování zákonů, vidíme, že se jedná o prastarý a stále se vracějící problém, který se objevuje přinejmenším již s odchodem plebejců z Říma.<sup>7</sup> Jakkoli se může tento požadavek zdát zřejmý a naléhavý, je nutno mít na paměti, že podléhá principu mezního užítku. Bylo by ve skutečnosti pošetilé snažit se vzdělat každého občana tak, aby plně chápal každý zákon, který by se na něj mohl případně vztahovat, třebaže Bentham se tomuto požadavku chtěl velmi přiblížit.<sup>8</sup>

Potřeba takového vzdělání bude samozřejmě záviset na tom, nakolik se budou požadavky práva vzdalovat obecně sdíleným názorům na to, co je správné a co špatné. *Common law* (angloamerické zvykové a precedenční právo – pozn. překl.) se ve svých dějinách většinou velmi usilovně snažilo vyvodit důsledky z koncepcí, které byly ve své době ve společnosti obecně sdíleny. Tato široká shoda mezi morálními a právními požadavky velmi oslabil námitku, že pravidla common law, na rozdíl od pravidel práva kodifikovaného, byla obtížně přístupná.

Problém vyhlašování komplikuje otázka „Co přesně se z hlediska tohoto požadavku považuje za právo?“ Orgány přijímající rozhodnutí, zejména orgány správní, často zastávají názor, že třebaže pravidla, která aplikují na spory, by se zveřejňovat měla, netýká se obdobný požadavek pravidel a praktik, jimiž se spravují jejich vnitřní postupy. Přesto každý zkušený advokát ví, že aby bylo možno předvídat, jak jednotlivé případy dopadnou, často nestačí znát jen formální pravidla, podle nichž se rozhoduje, ale že je nutné znát také vnitřní uspořádání porad a konzultací, kde se tato pravidla ve skutečnosti aplikují. Možná právě proto se ve Švýcarsku a Mexiku objevil zdánlivě bizarní požadavek, že určité soudy se musejí radit veřejně.

<sup>7</sup> Relevantní diskuse lze nalézt v J. L. Austin, cit. d., str. 542–544; J. C. Gray, *Nature and Sources of the Law* (2. vyd., 1921), str. 162–170. Austin přejímá bez dalšího názor v Anglii tradiční, podle něhož zákon Parlamentu se považuje za účinný, aniž by byl publikován.

<sup>8</sup> Viz například vzdělávací úsilí doporučené v *Rationale of Judicial Evidence*, kap. IV., „Of Preappointed Evidence“, in: *Works*, Bowringovo vydání, 4, str. 508–585.



Člověk, jehož Thurman Arnold někdy nazývá „pouhý realista“ (pokud si tuto roli nevyhrajuje sám pro sebe),<sup>9</sup> může být v pokusech a říci o požadavku vyhlášení zhruba toto: „Koneckonců, máme tisíce zákonů, z nichž obyčejný občan, přímo nebo nepřímě, zná jen pramalý zlomek. K čemu všechnen ten bláznec kolem jejich zveřejňování? A niž by četl trestní zákoník, občan ví, že by neměl vraždit a krást. Pokud se jedná o esoteričtější zákony, jejich úplný text by se mohl rozdávat na každém rohu a ani jeden člověk ze sta by ho nikdy nečetl.“

Na to musíme dát několik odpovědí. I když si jen jeden člověk ze sta dá tu práci, aby se informoval řekněme o zákonech, které se týkají výkonu jeho povolání, je to dostatečně ospravedlnění nesnázi spojených s tím, aby byly zákony přístupnější. Tento občan má přinejmenším právo vědět, a nelze předem říct, kdo to bude. Dále: v mnoha jednáních se lidé nepodřizují zákonu proto, že ho přímo znají, ale protože následují vzor, převzatý od jiných, o nichž vědí, že jsou lépe informováni než oni. Znalost zákona na straně několika málo lidí tak často nepřímě ovlivňuje chování mnohých. Zákony by se měly řádně zveřejňovat také proto, aby mohly být vystaveny veřejné kritice, včetně té, že jde o zákony, které by se neměly přijímat, pokud se s jejich obsahem skutečně neseznámí ti, na které se vztahují. Je také samozřejmé, že nejsou-li zákony snadno přístupné, neexistuje žádná zábrana, že je budou přehlížet ti, kdo je mají aplikovat a vynucovat. Konečně velké množství moderních zákonů se týká zvláštních forem jednání, například výkonu určitých povolení nebo určitého podnikání; je proto zcela nepodstatné, že průměrný občan je nezná. Požadavek, aby se zákony zveřejňovaly, se neopírá o něco tak absurdního, jako je očekávání, že svědomitý občan si sedne a všechny je přečte.

<sup>9</sup> Zdá se, že soudce Arnold dokáže tyto role kombinovat. V článku „Prof. Hart's Theology“, in: *Harvard Law Review*, 73 (1960), str. 1298 a 1311, se výmluvně povznáší nad „pouhého realistu“, když prohlašuje, že „bez soustavného a upřímného sledování zájvového, nikdy však zcela nedosažitelného ideálu vlády práva nad lidmi, ‚rozumu‘ nad ‚osobními preferencemi‘, bychom neměli civilizovaný stát“. Ve stejném článku však ostře kritizuje profesora Henryho M. Harta za názor, že by Nejvyšší soud měl trávit více času „kultivováním společného myšlení“. T. Arnold prohlašuje, že „takový proces neexistuje a nikdy neexistoval; lidé s pozitivními názory se v těchto názorech utvrzují tím, ... že se o nich rádi“ (str. 1312).

## Retroaktivní zákony

V této zemi se problémem retroaktivních zákonů výslovně zabývají některá ustanovení Ústavy Spojených států<sup>10</sup> a rozptýleně také ústavy některých států Unie.<sup>11</sup> Kromě oblastí, na něž se vztahují tato ustanovení, se platnost retroaktivního zákonodárství většinou považuje za problém náležitého procesu práva. Nebudu se zabývat složitostmi a nejasnostmi tohoto ústavního institutu.<sup>12</sup> Místo toho se zaměřím na některé základní problémy, které se týkají vztahu mezi retroaktivitou a ostatními prvky legality.<sup>13</sup>

<sup>10</sup> Třetí odstavec oddílu 9, článku I říká, že Kongres „nepřijme žádný zákon se zpětnou platností nebo zákon, jehož obsahem by byl soudní rozsudek“. Přes svou jazykovou síru bylo ustanovení zahrnující zákony ex post facto koncipováno tak, aby se týkalo pouze trestních zákonů. (Viz články citované v poznámce 12 níže.) Zákony, jejichž obsahem by byl soudní rozsudek, Ústava myslěla zejména trestní zákony zaměřené proti jednotlivcům. Zákas takových zákonů byl podepřen nejen přesvědčením, že by zákony měly působit prospektivně, ale také a možná především přesvědčením, že měřítka trestání by měla být stanovena pravidly aplikovanými obecně.

Zákas zákonů, jejichž obsahem by byl soudní rozsudek a zákonů se zpětnou platností, je rozšířen oddílem 10, článku I na jednotlivé státy Unie. Tento oddíl připojuje ustanovení, že žádný stát nesmí přijmout „zákon porušující závazky ze smluv“. Toto poslední ustanovení se obecně považuje za ustanovení zneplatňující zvláštní druh „retroaktivního“ zákona. Existují však, jak později v tomto textu ukáží, skutečné obtíže s vypracováním přesné definice „retroaktivního zákona“. Tyto obtíže se stávají obzvlášť kritické ve spojitosti s „klauzuli o porušení závazků ze smluv“.

<sup>11</sup> Viz hesla „Ex Post Facto Laws“ a „Retrospective Laws“, in: *Index Digest of State Constitutions* (2. vyd., 1959). Duch těchto zákonů je výrazně vyjádřen v článku I, paragrafu 23 ústavy státu New Hampshire z roku 1784: „Retrospektivní zákony jsou nanejvýš škodlivé, utlačovatelské a nespravedlivé. Žádné takové zákony by se proto neměly přijímat ani pro rozhodování civilních sporů, ani pro trestání trestných činů.“

<sup>12</sup> Viz R. L. Hale, „The Supreme Court and the Contract Clause“, in: *Harvard Law Review*, 57 (1944), str. 512–57, 612–674, 852–892; C. B. Hochman, „The Supreme Court and the Constitutionality of Retroactive Legislation“, in: *Harvard Law Review*, 73 (1960), str. 692–727; „Prospective Overruling and Retroactive Application in the Federal Courts“, in: *Yale Law Journal*, 71 (1962), str. 907–951 (nepodepsaná poznámka).

<sup>13</sup> Právně teoretická literatura věnuje jen pramalou pozornost retroaktivním zákonům. J. C. Gray pojednává obšírně o účinku soudních rozhodnutí ex post facto (*The Nature and Sources of the Law* [2. vyd. 1921], str. 89–101, 218–233), ale o zákonech říká pouze toto: „zákonodárská moc... může, neexistuje-li žádný

Retroaktivní zákon sám o sobě, odhlédneme-li od jeho možné funkce v systému zákonů, jež jsou převážně prospektivní, tedy orientovány do budoucna, je skutečně hrůznost. Právo se má zabývat tím, že upravuje prostřednictvím pravidel lidské chování. Hovořit o podřizování nebo usměrňování dnešního chování prostřednictvím pravidel, která budou přijata zítra, se rovná prázdnému žvanění. Přát se, jak hodnotit pomyslný právní řád, který by se skládal výlučně ze zákonů, jež jsou pouze a jediné retroaktivní, je jako ptát se, jaký je tlak v dokonalém vakuu.

Máme-li tedy rozumně zhodnotit retroaktivní zákony, musíme je umístit do kontextu určitého systému pravidel, která jsou obecně prospektivní. V tomto kontextu mohou překvapivě nastat situace, v nichž se uznání retroaktivity právních pravidel stává nejen přijatelným, ale ve skutečnosti může být pro zajištění legality věci zásadní důležitostí.

Jako každý jiný lidský čin, i úsilí vyhovět často složitým požadavkům vnitřní morálky práva může různé ztroskotat. Právě když se věci nedají, retroaktivní předpis se často stává nepostradatelným coby léčebné opatření; ačkoli náležitým pohybem práva v čase je pohyb vpřed, někdy se musíme zastavit, obrátit a posbírat spadlé kusy. Předpokládáme, že předpis stanoví, že od data účinnosti nebude žádné manželství platné, pokud oddávající neopatří oddací list zvláštním kolmem, který mu dodá stát. Nehoda ve státní tiskárně způsobí, že v okamžiku, kdy předpis nabude účinnosti, nebudou

ústavní zákaz, dokonce rozhodnout, že nový předpis bude retroaktivní.“ (tamtéž, str. 187). H. Keisena retroaktivní zákony poněkud znepokojují, tvrdí však, že uznává-li se obecně, že neznalost zákona neomlouvá a že zákon lze tudíž řádně aplikovat i na toho, kdo ho neznal, retroaktivní předpis to pouze poněkud rozšiřuje tím, že právo se aplikuje na toho, kdo o něm vědět nemohl. *General Theory of Law and State* (1945), str. 43–44, 73, 146, 149. F. Somló tuto otázku chápe jako otázku slušnosti; ze samé podstaty práva nevyplývá, že by nemohlo být retrospektivní. *Juristische Grundlehre* (2. vyd., 1927), str. 302–303. Zdá se, že pouze J. Austin považuje retroaktivní zákony za vážný problém právní analýzy. Jelikož právo chápe jako příkaz, k němuž je připojena sankce, tvrdí, že „škoda nebo zásah do cizího práva předpokládá protiprávní úmysl, a nebo jeden z oněch druhů protiprávní neuváženosti, které se označují jako nedbalost, nepozornost nebo uvažnost. Pokud strana nevěděla, že porušuje svou povinnost, nebo pokud nemohla vědět, že ji porušuje, sankce nemůže působit, a to od okamžiku, kdy újma nastala, do doby, kdy strana byla přinucena“ podřídit se příkazu. *Lectures on Jurisprudence* (4. vyd., 1879), str. 485.

kolky k dispozici. Přestože zákon je rádně vyhlášen, veřejnost o něm ví jen málo a způsob, jakým se o něm obyčejně dovídá – ústně mezi těmi, kdo manželství uzavírají – zde selhává, protože kolky nejsou k máni. Mnoho sňatků uzavřou osoby, které o zákonu nic nevědí, nadto často před knězem, který o něm také nic neví. Tato situace nastane poté, co zákonodárný sbor ukončil své zasedání. Když je znova svolán, přijme zákon potvrzující platnost manželství, která by podle dřívějšího předpisu byla prohlášena za neplatná. Ačkoli sám o sobě retrospektivní účinek druhého zákona princip legality narušuje, zmiňuje účinek dřívější neschopnosti uvědomit si dva další požadavky legality: že se zákony by měli být seznamováni ti, jichž se týkají, a že by mělo být možné je dodržovat.<sup>14</sup>

Tento příklad by nás mohl uvést v pokušení učinit závěr, že retrospektivní zákony jsou oprávněné nebo přinejmenším neškodné vždy, je-li jejich záměrem napravit formální nedostatek. Než takto úspěchany závěr učiníme, bylo by dobré připomenout si Roehmovo odstranění v roce 1934. Hitler se rozhodl, že určitá individua v nacionistické straně, shromážděná kolem Roehma, jsou pro jeho režim přítežní. Za diktatury by bylo v takovém případě normální uspořádat soudní frašky, po nichž by následovaly rozsudky a popravy. Hitlera a komplice však tlačil čas, takže se rozhodli k spěšné cestě na jih země, během které postříleli téměř sto osob. Po návratu do Berlína Hitler okamžitě zařídil věci tak, že vydal retroaktivní předpis, kterým tyto vraždy proměnil v zákonné popravy. Později prohlásil, že během této akce „Nejvyšší soud německého lidu jsem představoval já sám“, čímž naznačil, že podle jeho názoru střelba trpěla pouhým nedostatkem formy, spočívajícím v tom, že místo meče spravedlnosti držel v ruce pistoli.<sup>15</sup> Dival-li by se na věc takto, mohl dokon-

<sup>14</sup> Jelikož ti, kdo zákony formulovali, nezřídka přehlédli občasnou potřebu „léčivých“ zákonů, musely soudy přísná ústavní ustanovení o zákazu retroaktivních zákonů někdy podstatně upravovat. Tak článek 1, § 20 ústavy státu Tennessee z roku 1870 stanoví, že „nebude přijat žádný retrospektivní zákon, anebo zákon porušující závazky ze smluv“. Toto se nejprve interpretovalo tak, že „nebude přijat žádný retrospektivní nebo jiný zákon, který by porušoval závazek ze smlouvy“. O raných soudních případech se hovoří v *Wynne's Lessee v. Wynne*, 32 Tenn. 405 (1852).

<sup>15</sup> Příslušné odkazy lze nalézt v mém článku v *Harvard Law Review*, 71 (1958), str. 650.

ce citovat slova našeho Nejvyššího soudu, jenž za ústavní prohlášení předpis, který označil za „ozdravný zákon, vhodně formulovaný tak, aby napravil...nedostatky ve vládnutí“.<sup>16</sup>

Druhý aspekt retrospektivního zákonodárství se netýká ani tak pozitivního přínosu, který může občas pro vnitřní morálku práva mít, ale spíše toho, že v určité míře nevyhnutelně zasahuje do činnosti soude. Je důležité si všimnout, že systém podřizování lidského chování formálně přijatým pravidlům nevyžaduje nutně soudy ani žádné jiné institucionální postupy rozhodování sporů o tom, co pravidla znamenají. V malé společnosti přátel, v níž platí relativně jednoduchá pravidla, nemusí být takové spory vyvstat. Vyvstanou-li, lze je vyřešit dobrovolným sladěním zájmů. I když takto vyřešeny nejsou, nemusí určité množství neshod pokračujících na periferii vážně narušit účinnost systému jako celku.

Zdůrazňuji to proto, jelikož se často považuje za samozřejmé, že soudy jsou pouhou reflexí základního účelu práva, za nějž se pokládá řešení sporů. Potřeba pravidel – zdá se podle tohoto názoru – vzniká výlučně ze sobecké, svárlivé a hašterivé povahy člověka. Ve společnosti andělů nebude žádné práva zapotřebí.

To však záleží na andělech. Mohou-li andělé žít pospolu a realizovat své vznešené počiny bez jakýchkoli pravidel, pak samozřejmě žádné právo nepotřebují. Stejně tak by nepotřebovali právo, jestliže by pravidla, podle kterých by jednali, byla nevystlovená, neformální a chápaná intuitivně. Jestliže však k tomu, aby mohli plnit své nebeské funkce, potřebují „vytvořená“ pravidla, pravidla vzniklá určitým výslovným rozhodnutím, pak potřebují právo také, jak ho pojímáme v těchto úvahách. Král Rex, povolany, aby jim vládli a stanovil pravidla jejich chování, by neptomeškal příležitost své dílo zpackat jen z toho důvodu, že jeho poddanými jsou andělé. Bylo by možno namítnout, že by nevyvstal problém zajistit shodu mezi skutečným jednáním a vydaným pravidlem; to však není pravda, protože Rexovi se snadno může stát, že na své andělské poddané bude mít konkrétní požadavky, které jsou v rozporu s obecnými pravidly, jež pro jejich chování stanovil. Takový postup může vyústit ve zmatek, ve kterém obecná pravidla ztratí svou příkazovací sílu.

<sup>16</sup> *Graham v. Goodcell*, 282 U. S. 409, str. 429 (1930).

Ve složitě a početně politické společnosti plní soudy funkci zásadního významu. Žádný právní systém – ať už jde o právo soudcovské nebo zákonné – nemůže být formulován tak dokonale, aby v něm nebylo místa pro spor. Vyvstanou-li spor o významu konkrétního pravidla, je zapotřebí určitého ustanovení, jak tento spor řešit. Nejvhodnější cestou, jak k řešení dospět, je to či ono řízení před soudem.

Předpokládáme tedy, že mezi A a B dojde ke sporu o význam v zákoně obsaženého pravidla, podle něhož se stanoví jejich vzájemná práva. Jejich spor jde k soudu. Po pečlivém zvážení všech argumentů může soudce dospět k názoru, že stanoviska, která zastávají A i B, mají zhruba stejnou váhu. V tomto smyslu mu předpis opravdu neposkytuje žádné kritérium, podle něhož by věc rozhodl. V tomto předpisu jsou nicméně principy, které jsou pro rozhodnutí věci důležité, jejichž požadavky v devíti případech z deseti nebudou vůbec žádné problémy. Nepodaří-li se soudci rozhodnutí vynést, nedokáže splnit svou povinnost řešit spory, které z existujícího právního řádu vznikají. Jestliže případ rozhodne, pouští se nutně do retrospektivní normotvorby.

Soudce samozřejmě musí případ rozhodnout. Kdyby měl pokřádat, kdy vyvstanou pochybnosti, co určité pravidlo znamená, vyhlásit, že existuje právní vakuum, byla by účinnost celého systému prospektivních pravidel vážně narušena. Aby lidé mohli v důvěře podle pravidel jednat, musejí mít možnost nejen se seznámit s tím, o jaká pravidla se jedná, ale také jistotu, že v případě sporu o to, co znamenají, existuje určitá metoda, jak spor řešit.

V případě, o kterém právě byla řeč, je argument ve prospěch retrospektivního rozhodnutí velmi silný. Předpokládáme však, že soud nejedná, aby odstranil pochybnost o zákonu, ale aby změnil jeden ze svých vlastních precedentů. Stejně jako v případě A v. B vznikne spor například mezi C a D. C odmítne řešit spor na základě rozhodnutí vydaného ve věci A v. B, a místo toho postoupí věc soudu. C soud přesvědčí, že jeho rozhodnutí ve věci A v. B bylo nesprávné a že by se mělo změnit. Bude-li mít tato změna charakter retrospektivní, pak D spor prohraje, třebaže se spoléhal na rozhodnutí, které hovořilo jasně v jeho prospěch. Na druhé straně bylo-li rozhodnutí ve věci A v. B nesprávné a mělo by být změněno, postoupil C ve veřejném zájmu, když se mu odmítl podřídít a postoupil ho soudu, aby ho přezkoumal. Je nepochybně ironií, jestliže jedi-

nou odměnou, kterou C za tuto službu obdrží, je to, že pravidlo nyní uznané za mylné se aplikuje proti němu. Kdyby měl soud změnit precedens prospektivně tak, že nové pravidlo by se aplikovalo pouze na případy vzniklé až po rozhodnutí, kterým se původní precedens ruší, bylo by obtížné si představit, jaký by měl soukromý účastník motiv zajistit zrušení rozhodnutí, které bylo mylné, nebo v důsledku změny okolností své důvodnosti pozbylo. (Ukázali jsme, že tento argument ztrácí přesvědčivost v případě tzv. „institutionálního účastníka“, řekněme odborové organizace nebo podnikatelského sdružení, který má trvalý zájem na vývoji práva, jdoucím nad rámec konkrétních sporů.<sup>17</sup>

Právě probírané situace se týkaly občanskoprávních sporů. V trestních věcech je třeba uvažovat zcela jinak. To bylo uznáno v případech, jejichž součástí byla změna precedentů, jako například tam, kde soud dojde k závěru, že trestního zákona se na určitá jednání nepoužije, a v pozdější věci dospěje k jinému názoru a svůj předchozí výklad změní.<sup>18</sup> Kdyby se tohoto rozhodnutí, jímž se mění precedens, mělo použít retrospektivně, potom by lidé, kteří jednali spoléhající se na soudní výklad zákona, byli označeni za zločince.

Vycházeli jsme z předpokladu, že je třeba uvažovat odlišně v případech, kde soud rozhoduje o dříve nevyřešených nejistotách při aplikaci trestního zákona, a že v takových případech se má postupovat stejně jako v civilní věci A v. B, o níž jsme hovořili výše. Jsem přesvědčen, že tento názor je mylný. Je pravda, že zde existují jisté pojistky, které zmiňuji, co se jeví jako hrubá nespravedlnost v případě, kdy to, co dříve nebylo zjevně trestné, se retrospektivně trestným stane. Jestliže je trestní zákon jako celek neurčitý ve své aplikaci, může být prohlášen za protiústavně neurčitý. Dále, akceptovaným principem interpretace je, že trestní zákon by se měl koncipovat striktně, aby jednání, na která se jeho obvyklý význam nevztahuje, nemohla být považována za trestná jen proto, že jsou stejně nebezpečná jako jednání popsaná jazykem zákona. Přesto je možné, že trestní zákon je formulován tak, že ačkoli je jeho význam v devíti případech z deseti dostatečně jasný, v desátém přípa-

<sup>17</sup> Viz poznámku v *Yale Law Journal*, citovanou v pozn. 12 výše.  
<sup>18</sup> Viz odkaz v předchozí poznámce.

dě, v němž se objeví určitá zvláštní skutková situace, může být tak nejasný, že konkrétního obžalovaného v podstatě nevaroval, že to, co dělá, je trestné. To je pravděpodobně zejména tam, kde jde o regulaci hospodářství. Soudy vesměs vycházely z předpokladu, že v takovém případě jim nezbyvá než odstranit pochybnost tím, že vytvoří retrospektivní trestní právo. Jinými slovy, problém se řeší tak, jako by šlo o civilní proces. Přesto osvobozující rozsudek v trestní věci jako je tato neznamená, že se všechny problémy řeší; znamená jen, že obžalovaný je propuštěn na svobodu.

Domnívám se, že by se měl uznat princip, podle kterého by obžalovaný neměl být shledán vinným tam, kde by předpis, jak je aplikován na jeho zvláštní situaci, byl tak nejasný, že kdyby byl stejně nejasný ve všech svých aplikacích, musel by být prohlášen za neplatný pro nejasnost. Tento princip by odstranil falešnou analogii s civilními spory a řešení toho, co lze nazvat konkrétní nejasností, by sladil s právem vztahujícím se na trestní zákony, které jsou nejasné jako celek.

Zbývá prozkoumat problém ze všech nejobtížnější, totiž jak poznat, kdy by se určitá zákonná úprava měla vsuktu považovat za retrospektivní. Nejsnazší je případ předpisu, který se snaží učinit trestným takové jednání, které v době, kdy k němu došlo, bylo zcela po právu. Ústavní ustanovení zakazující zákony *ex post facto* směřují hlavně proti takovým předpisům. Princip *nulla poena sine lege* je civilizovanými národy všeobecně uznáván. Důvod, proč je retrospektivní trestní zákon takto univerzálně odsuzován, nespočívá pouze ve skutečnosti, že v trestním řízení jde o mnoho. Spočívá také – a především – v tom, že ze všech právních odvětví se trestní právo nejjednodušší a nejbezprostředněji zaměřuje na utváření a kontrolu lidského chování. Retroaktivní trestní zákon dává nejjasněji poznat brutální absurditu toho, kdy člověku se dnes přikazuje, aby něco udělal již včera.

Proti trestnímu zákonu *ex post facto* si postavme daňový zákon, přijatý nejprve řekněme v roce 1963, který uvalil daň na zisky v roce 1960, tedy v době, kdy ještě dani nepodléhaly. Takový předpis je možná velmi nespravedlivý, nelze však říci, že je striktně vzato retroaktivní. Jistě, vyšší daně váže na něco, co se stalo v minulosti. To jedině, co však na adresátovi žádá, je věc velmi prostá, totiž aby zaplatil požadovanou daň. Tento požadavek působí prospektivně. Jinými slovy, nepřijímáme dnes daňové zákony, které

člověku příkazují, aby zaplatil daně včera, přestože dnes můžeme přijmout daňový zákon, který stanoví, že danit se má na základě události, k nimž došlo v minulosti.

Prostému občanovi se právě předložený argument bude nejspíš jevit jako pouhopouhé slovíčkaření. Patrně si řekne, že stejně jako člověk může určitým způsobem jednat, protože ví, že podle současného trestního práva je to legální, může také uzavřít obchod, protože ví, že podle současného práva získá, který z něho vyplyne, podle zákona. Je-li trestní právo ex post facto odporné, protože trestá jednání, které v době, kdy k němu došlo, trestné nebylo, je stejně nespravedlivé právo, které člověku ukládá daň kvůli činnosti, která v době, kdy se jí věnoval, dani nepodléhala.

Odpověď na tento argument vyžaduje zaměřit pozornost na důsledky, které by nastaly, kdybychom zcela přijali to, co z něj vyplývá. Všechny zákony, nejen daňové, vstupují do lidských kalkulačních a rozhodnutí. Člověk se může rozhodnout studovat, aby získal určitě zaměštnání, oženit se, omezit nebo rozšířit svou rodinu, naložit se svým majetkem – to vše s ohledem na stávající právní řád, jehož součástí nejsou jen daňové zákony, ale i zákony o majetku a smlouvách, a třeba také zákony volební, jejichž důsledkem je konkrétní rozložení politické moci. Kdyby pokaždé, kdy se při obstarávání svých záležitostí spoléhá na existující právo, měl být člověk zabezpečen proti jakékoli změně právních pravidel, celý náš právní řád by navždy zkolaboval.

Na tento argument by se dalo odpovědět zhruba takto: Daňové zákony se od ostatních zákonů liší. Za prvé, mnohem bezprostředněji vstupují do toho, jak člověk své záležitosti plánuje. Navíc – a to je daleko důležitější – jejich hlavním cílem často není jen získávat příjmy, ale utvářet lidské chování tak, jak to zákonodárci považují za žádoucí. V tomto směru se blíží trestnímu zákonu. Majetkové zákony a zákony o smlouvách žádný zvláštní způsob jednání ani nepředepisují, ani nedoporučují; jejich cílem je pouze chránit majetek, nabytý při bližší nespecifikovaných činnostech. Daňové zákony naopak lidi k určitému chování nabádají nebo je od něho odrazují, a přesně to je často jejich cílem. Stávají-li se tak určitou náhražkou trestního práva, ztrácejí, tak říkajíc, svou prostou nevinnost. V případě, jímž jsme tuto diskusi zahájili (kdy zákon původně určité zisky nezdaňoval), může být účelem zákona přimět lidi, aby vstupovali do takových transakcí, z nichž samy tyto zisky poply-

nou. Když se později na zisky plynoucí z těchto transakcí uvalí daň, lidé jsou ve skutečnosti trestáni za to, že čínilo to, k čemu je sám zákon původně nabádal.

Na tomto místě lze zopakovat zhruba toto. Veškeré zákony mohou lidi k určitému chování nabádat nebo je od něj odstrašovat. O celém smluvním právu lze například říci, že jeho účelem je lidi přimět, aby své záležitosti uspořádali prostřednictvím „soukromého podnikání“. Má být toto právo navždy imunní vůči změnám, jestliže se obchodní operace plánují částečně s přihlédnutím k existujícímu smluvnímu právu? Předpokládejme, že člověk, který netuší čistě nebo psát, se stane obchodníkem s nemovitostmi v době, kdy smlouvy o převodech nemovitostí, sjednané ústně, lze vynutit. Má být chráněn proti pozdějšímu právu, které by mohlo požadovat, aby takové smlouvy byly stvrzeny písemně? Pokud jde o argument, že jasně vyjádřeným účelem daňových zákonů často je lidi pro určitě činnosti získat, nebo je od nich odradit, kdo může říci, jakou přesně má daň funkci kromě toho, že zajišťuje rozpočtové příjmy? Jeden zákonodárci může podporovat daň z určitého důvodu, jiný z důvodu zcela jiného. Co říci o dani na alkoholické nápoje? Bylo jejím účelem odradit od pití, anebo zajistit rozpočtové příjmy tím, že se uvalí zvláštní daňové zatížení na ty, jejichž návyky ukazují, že se obzvlášť hodí, aby pomáhali hradit státní výdaje? Na takové otázky neexistuje žádná jasná odpověď.

Na tomto místě musíme tento dialog uzavřít a nechat jeho témata nedořešená. Účelem zmínky o nich bylo poukázat na některé obtíže související s pojmem retroaktivního zákona, obtíže, které se nikterak neomezují jen na daňové zákony. Při vyrovnávání se s těmito obtížemi se soudy často uchýlily k pojmu smlouvy mezi vládní mocí a občanem. Vztahuje-li se tedy na určité činnosti osvobození od daně a to se později zruší, často používanou zkouškou je otázka, zda se lze oprávněně domnívat, že stát uzavřel smlouvu, že osvobození od daně zachová. Je třeba poznamenat, že tuto představu smlouvy mezi vládní mocí a občanem je možné donekonečna rozšiřovat. Jak ukázal Georg Simmel, postavení státu coby nadřazené moci spočívá konečně na nevyslovené reciprocitě.<sup>19</sup> Tuto reciprocitu, je-li formulována explicitně, lze pak rozšířit na všech osm

<sup>19</sup> Viz pozn. 1 výše.

## Jasnost zákonů

Požadavek jasnosti je jednou z nezákladnějších náležitostí legalit.<sup>21</sup> Ačkoli se o této tezi téměř nepochybuje, nejsem si jist, zda se vždy chápe, jaké povinnosti jsou s naplňováním tohoto požadavku spjaty.

Dnes existuje silná tendence nezotožňovat právo s pravidly chování, ale s hierarchií moci nebo příkazu. Tento názor – který zaměňuje věrnost právu s podřízeností stávající moci – snadno vede k závěru, že zatímco soudci, policisté a státní zástupci legalitu mohou porušovat, zákonodárci ji porušovat nemohou, kromě případu, kdy mohou přestoupit výslovná ústavní omezení své moci. Přesto je zřejmé, že nejasné a nejednotné zákonodárství může učinit legalitu nedosažitelnou, anebo přinejmenším nedosažitelnou bez neoprávněné revize, která sama legalitu narušuje. Vodu ze znečištěného pramene lze někdy vyčistit, ale pouze za cenu, že změním její původní kvalitu. To, že se zákonodárci nacházejí na samém vrcholu řetězce příkazů, je nezabýváje povinnosti respektovat požadavky vnitřní morálky práva; naopak, tato povinnost se zvyšuje.

Vyzvedávat jasnost zákonů neznamená zatracovat pomocná pravidla, podle nichž se právní důsledky odvozují od kritérií typu

21 V právně teoretické literatuře se o tomto tématu málo diskutuje. Stručně pojednání v J. Benthamově posmrtném díle *The Limits of Jurisprudence Defined*, Everettovo vydání z r. 1945, str. 195, je zcela věnováno pracné snaze vytvořit terminologii, která by umožnila rozlišit různé druhy nejasnosti. Mohli bychom očekávat, že Austin zařadí zcela nesrozumitelný předpis mezi „zákony nesprávně jako zákony označované“ (*Lectures*, str. 100–101). To však v jeho rozboru tohoto problému nenalezeme. To, že pozitivisté toto téma přehlíželi, je však zcela pochopitelné. Uznání faktu, že se zákony mohou lišit co do své jasnosti, by znamenalo i uznání toho, že zákony mohou mít různou míru účinnosti, že nejasný předpis je ve skutečnosti méně zákonem, než zákon jasný. To by však znamenalo přijmout tezi, která odporuje základním předpokladům pozitivismu.

V této zemi se požadovalo, a to zcela bez odkazu na jakákoli kritéria implicitně obsažená v ústavách, aby se soudy nepokoušely aplikovat předpisy výrazně nejasné. R. W. Aigler, „Legislation in Vague or General Terms“, in: *Michigan Law Review*, 21 (1922), str. 831–851. Jak se však právo vyvíjelo, byl požadavek jasnosti vtělen do doktríny o profituátní neurčitosti, jejíž aplikace se takřka výlučně omezuje na trestní věci. Viz obsahlou poznámku „The Void-for-Vagueness Doctrine in the Supreme Court“, in: *University of Pennsylvania Law Review*, 109 (1960), str. 67–116.

svého úřadu byl zvolen doživotně pod podmínkou, že slíbí reformovat právní řád, mohli by se jeho poddání domnívat, že mají právo ho sesadit. Představa, že revoluci lze ospravedlnit tím, že vládní moc porušila smlouvu, je samozřejmě prastará. Je to pojetí, o němž se má všeobecně za to, že se zcela vymyká běžným premisám právního myšlení. Přesto se její mírnější příbuzný objevuje uvnitř samého právního řádu, odvozuje-li se platnost retrospektivního zákonodárství od věrnosti státu dodržovat smlouvu mezi ním a občanem.

V této diskusi o retrospektivních zákonech se kladl velký důraz na obtíž analýzy. Neměl bych proto předemt diskuse opustit, aniž bych připomněl, že ne každý její aspekt je zahalen rouškou tajemství. Stejně jako v případě ostatních požadavků, které utvářejí vnitřní morálku práva, by nám oběže a jemné rozdíly neměly bránit vidět, že zatímco dokonalost je prchavým cílem, do nebe volající neslušnosti není těžké rozpoznat. Ani při vyhledávání příkladů zřejmých zlořádů se nemusíme omezovat jen na hitlerovské Německo nebo stalinské Rusko. I my máme zákonodárce, kteří po svém a mírněji dokazují, že účel podle jejich názoru světu prostředky. Vezměme například federální zákon přijatý v roce 1938. Tento zákon učinil „protiprávním, aby kdokoli, kdo byl odsouzen za násilný trestný čin... obdržel zbraň nebo střelivo, zasláné nebo dopravené v rámci mezistátního nebo zahraničního obchodu“. Tvůrci předpisu zcela oprávněně předpokládali, že osoby, na něž zákon dopadá, vcelku netvoří skupinu našich nejdůvěryhodnějších občanů. Zcela pochopitelně si také přáli učinit svůj zákon retroaktivním. Když si však uvědomili, že to nejde, hledali druhé nejlepší řešení. Vložili do zákona ustanovení, že pokud osoba odpovídající charakteristice obsažené v zákoně obdržela v rámci mezistátního obchodu zbraň, bude se vycházet z domněnky, že se tak stalo poté, co zákon nabyl účinnosti. Tento příklad přemoudřelosti zákonodárce Nejvyšší soud zrušil svým rozhodnutím ve věci *Tot v. United States*.<sup>20</sup>

20 *Tot v. United States*, 319 U. S. 463 (1942). Soud zrušil také další domněnku obsaženou v zákoně. Týkala se toho, že vlastnictví zbraně nebo střeliva osobou, na niž se zákon vztahuje, má vést k domněnce, že k jejímu získání došlo v rámci mezistátního nebo zahraničního obchodu.

kejme a uvidíme“ nebo „sociálního experimentování“ k nim nemá mnoho co říci.

## Rozpor v zákonech

Je zřejmé, že vyhnout se nechtěným rozporům v zákoně může vyžadovat značnou dávku zákonodárcovy velmi pečlivé pozornosti. Tak zřejmé však už není, že může vyvstat problém, jak poznat, kde rozpor je, nebo jak abstraktně rozpor definovat.

Všeobecně se má za to, že jde pouze o logický problém. Rozpor je něco, co porušuje zákon totožnosti, podle něhož A nemůže být negací A. Pokud má tento formální princip vůbec nějakou hodnotu, pak zabýváme-li se zákony, které si navzájem odporují, nemá hodnotu vůbec žádnou.<sup>24</sup>

Představme si situaci, ve které se rozpor „v logickém smyslu“ zdá být naprosto evidentní. Předpokládejme, že v jediném předpisu lze objevit dvě ustanovení: jedno požaduje, aby vlastník automobilu namontoval novou poznávací značku 1. ledna; druhé říká, že v tento den je trestné vykonávat jakoukoli práci. Zdá se, že se zde jedná o porušení zákona totožnosti; jednání nemůže být zároveň zakázáno a příkazáno.

Ale jedná se o nelogičnost, je-li člověk přinucen něco udělat a pak je za to potrestán? Samozřejmě můžeme o tomto postupu říci, že je nesmyslný; hodnotíme-li jej takto, mlčky předpokládáme, že cílem je dát lidskému snažení rozumný směr. U člověka, který je obvykle trestán za to, že provedl něco, co mu bylo příkazáno, lze stěží očekávat, že bude náležitě reagovat na příkazy, které se mu budou dávat v budoucnosti. Je-li naše zacházení s ním součástí snahy vytvořit systém pravidel, jemuž se má jeho chování podřizovat, potom v této snaze neuspějeme. Je-li naopak naším cílem způsobit, aby se nervově zhroutil, může se nám to povést. Ani v jednom případě se však neproviníme proti pravidlům logiky.

<sup>24</sup> Domnívám se, že H. Kelsenova vysoce formální analýza problému vzájemně si odporujících norem nikterak nepomáhá zákonodárci, usilujícímu vyhnout se rozporům nebo soudci, usilujícímu je vyřešit. *General Theory of Law and State* (1945), str. 374–375 a dále; viz rejstříkové heslo „Non-contradiction, principle of“. Stejně tak příliš nepomůže ani Benthamovo pojednání o „rozporrech“. Everett, *Bentham's Limits of Jurisprudence Defined* (1945), str. 195–198.

sáhnout jasnosti, je využít a do zákona vtělit kritéria zdravého rozumu, jež vzešla z běžného života, který se žije mimo budovy zákonodárných orgánů. To konečným nevyhnutelně děláme při používání běžného jazyka coby prostředku vyjádření zákonodárného úmyslu. Stejně tak nemůžeme, jak již dávno zjistil Aristotelés, být přesnější, než připojíme povahu předmětu, jímž se zabýváme. Zvláštní jasnost může být potom mnohem škodlivější než poctivě přiznaná neurčitost.

Na druhé straně je však vážnou, a to neustále se opakující chybou domnívat se, že ačkoli zaneprázdněný legislativec nemůže nalézt způsob, jak vyjádřit svůj cíl v podobě jasně stanovených pravidel, vždy a bez obav může tento úkol delegovat na soudy nebo zvláštní správní tribunály. To však ve skutečnosti závisí na povaze problému, o který se při delegaci jedná. V obchodním právu mohou například požadavky „slušnosti“ nabytí přesného významu na základě obchodní praxe a principů chování sdílených ve společnosti hospodářských obchodníků. Bylo by však mylné z toho dovozovat, že všechny konflikty mezi lidmi lze zvládnout pomocí pravidel, která se případ od případu odvozují z kritéria slušnosti.

Pak je třeba umět rozlišovat, jsme-li vystaveni Hayekovu ráznému odmítnutí právních ustanovení, která vyžadují, co je „slušné“ nebo „rozumné“.

*Bylo by možné popsat dějiny úpadku vlády práva... pomocí postupného zavádění těchto neurčitých formulací do zákonodárství a soudnictví,<sup>22</sup> a rostoucí arbitrárnosti, neurčitosti a následné neúcty vůči zákonu a soudům.<sup>23</sup>*

Velmi potřebná kapitola z oboru právní teorie zůstává v této chvíli převážně nenapsaná. Zabývala by se analýzou okolností, za kterých by bylo možné otázky státní regulace bez obav přenést na soudní rozhodování s odůvodněnou nadějí, že z řešení sporů případ od případu vzejdou jasná kritéria, podle nichž se rozhoduje. Zabýváme-li se problémy takto zásadního charakteru, politika podle zásad „poč-

<sup>22</sup> Zde se nepochybně myslí „soudní rozhodování sporů“ (adjudication), nikoli „jurisdikce“.

<sup>23</sup> F. A. Hayek, *The Road to Serfdom* (1944), str. 78.

Jedním z přijatých principů, jak řešit zřejmé rozpory v právu, je zkoumat, zda neexistuje způsob, jak tato zdánlivě si odporující ustanovení sladit. Vycházejí z tohoto principu, soud může přijít na myšlenku odsoudit člověka, který namontoval značku na Nový rok, a pak mu neuložit trest, jelikož tak učinil pod tlakem právního předpisu. To se zdá být řešením poněkud těžkopádné, v dějinách práva se však už použilo podivnějších postupů. Kdyby existovaly v církevním právu vedle sebe dva principy: podle jednoho byl závazný každý přísežný slib, podle druhého některé sliby, například sliby vynucené nebo lichvářské, závazné nebyly. Jak pak měly soudy posuzovat případ lichvářského přísežného slibu? Řešení spočívalo v tom, že tomu, kdo slíbil, se přikázalo splnit jeho povinnost vůči tomu, komu byl slib dán, a pak toho, komu bylo slíbeno, okamžitě přinutit, aby vrátil, co právě obdržel.<sup>25</sup> Tento podivný postup mohl dokonce mít jistou symbolickou hodnotu. Tím, že soud nejprve smlouvu vynutil, dramaticky podtrhl pravidlo, že lidé jsou přísežnými sliby vázání; když pak své rozhodnutí zrušil, připomenul tomu, komu byl slib dán, cenu za jeho lest.

Pokud by soud, zabývající se právním předpisem o Novém roce, nepovažoval za vhodné nejprve obžalovaného odsoudit a pak ho nepokutovat, mohl by přijmout jednu ze dvou interpretací tohoto předpisu: 1) že paragraf, který stanoví, že práce na Nový rok je trestným činem, má přednost před ustanovením o poznávacích značkách, takže vlastník automobilu může odložit namontování své značky až na druhého ledna, aniž by porušil zákon; anebo 2) že ustanovení o poznávacích značkách má přednost před zákazem pracovat, takže vlastník musí namontovat svou značku prvního ledna, ale nedopustí se tím trestného činu. Méně samozřejmým, ale mnohem lepším řešením by bylo tyto interpretace zkombinovat: vlastník, který namontuje svou značku prvního ledna, zákon nepřestoupí, stejně jako ho nepřestoupí vlastník, který namontování značky na své auto odloží až na druhého ledna. Tímto řešením by se uznalo, že základní problém, který je s předpisem spojen, je, že občana máte a občani by se tudíž mělo umožnit řešit tento zmatek oběma způsoby, aniž by si způsobil újmu.

<sup>25</sup> Rudolph von Jhering, *Geist des römischen Rechts*, II<sup>2</sup> (6. a 7. vyd., 1923), § 45, str. 491.

Bude dobré zvážit ještě jeden „odporující si“ zákon, tentokrát takový, který se promítá do konkrétního soudního rozhodnutí. Ve věci *Spojené státy v Cardiff* byl prezident potravinářské společnosti odsouzen za trestný čin, protože odmítl pustit do tovarů federálního inspektora, který měl zkontrolovat, zda se v ní dodržuje federální Zákon o potravinách, léčích a kosmetických přípravcích.<sup>26</sup> Paragraf 704 tohoto zákona stanoví podmínky, za nichž může inspektor vstoupit do továrny; jednou z nich je, že nejprve získá svolení vlastníka. Podle paragrafu 331 se vlastník dopustí trestného činu, odmítne-li „povolit vstup nebo prohlídku podle paragrafu 704“. Zákon tudíž zřejmě říká, že inspektor má právo vstoupit do továrny, ale vlastník má právo mu v tom zabránit, odmítne-li mu dát svolení. Existuje však velmi jednoduchý způsob, jak tento zřejmý rozpor odstranit. Byla by jím taková interpretace zákona, podle níž by vlastník porušil zákon, jestliže *poté*, co se vstupem inspektora souhlasil, by mu vstup odepřel. Že by jeho odpovědnost potom závisela na tom, jak se sám svobodně zachová, není nic nenormálního; člověk nemusí nic slibovat, jestliže však slíbí, může tím na sebe vzít značnou odpovědnost.

Nejvyšší soud tuto interpretaci zvažoval, ale odmítl ji přijmout. Problém není v tom, že by postrádala logiku, ale že neodpovídá zájmu rozumnému zákonodárcímu účelu. Lze pochopit, že Kongres by mohl chtít zajistit, že inspektor bude moci vstoupit do továrny, i když vlastník protestuje. Nelze pochopit, že by měl inspektorovo právo vstoupit omezit na nepravděpodobný případ výstředního továrníka, který by nejprve vstup povolil a pak zavřel dveře. Zákon by dal val smysl, jestliže požadavek, aby si inspektor nejprve vyzádal povolení, by se vložil tak, že se týká běžných zdvořilostí co do vhodné hodiny a dne, třebaže formulace se této interpretaci vzpírá. Nejvyšší soud rozhodl, že střet dvou ustanovení vyústil ve výsledek příliš nejednoznačný, než aby náležitě varoval pokud jde o povahu trestného činu; soud proto odsuzující rozsudek zrušil.

Tato diskuse se dosud týkala rozporů vznikajících v rámci jednoho právního předpisu. Obtížnější problémy mohou vyvstat, zjistí-li se, že zákon, přijatý dejme tomu v roce 1963, odporuje ustanovením zcela jiného zákona přijatého v roce 1953. Za řešení, které

<sup>26</sup> 344 U. S. 174 (1952).



úzus sankcionuje, se volí hledět na jakékoli ustanovení dřívějšího zákona, které nelze sladit s pozdějším předpisem, jako na zrušené; to se vysvětluje zásadou *lex posterior derogat priori*.<sup>27</sup> V některých případech by však bylo vhodnější řešit problém podle zásady, která se nyní aplikuje, nastanou-li rozpory v rámci jednoho zákona, tj. tak, že dva zákony se navzájem přizpůsobí a jeden se bude interpretovat ve světle druhého. I toto řešení by však vedlo k obtížím. Jednou by byl problém s tím, kde přestat, protože soudy by mohly snadno zjistit, že se pushty do nebezpečného dobrodružství, jímž je pokus přetvořit veškeré naše zákonné právo v uspořádanější celek. Reinterpretace starých předpisů ve světle nových by rovněž nastolila obtížné problémy retrospektivního zákonodárství. Těmito problémy se nebudu zabývat. Dost však již bylo řečeno, aby se ozřejmilo jedno: nedbalost zákonodárce, pokud jde o soulad právních předpisů, může silně poškodit legalitu a neexistuje žádné jednoduché pravidlo, jak tuto škodu napravit.

Řekli jsme již, že místo o „rozporech“ v právní a morální argumentaci bychom měli hovořit spíše o „inkompatibilitě“<sup>28</sup> – o věcech, které nejdou dohromady nebo které nejdou dohromady dobře. Užitečné je zde i jiné, v dějinách common law velmi oblíbené slovo. Je to slovo „přičící se“. Je obzvlášť příhodné, protože zákony, které nazýváme rozpornými, jsou zákony, které spolu bojují, aniž by se musely nutně zabíjet, jak se to předpokládá o odporujících si výrocích v logice. Jiným vhodným slovem, kterého se přestalo užívat, je slovo „nevhodný“ v jeho původním smyslu. Nevhodný zákon byl ten, který neladil s ostatními nebo se s nimi dostával do rozporu. (Srv. v moderní francouzštině *convenir*, shodovat se nebo setkávat se.)

Z předložené analýzy by mělo být zřejmé, že k tomu, abychom určili, kdy jsou dvě pravidla lidského chování neslučitelná, je třeba

<sup>27</sup> Lord Ellesmere formuloval ve svém raném pojednání o interpretaci právního, že objeví-li se rozpory v rámci jednoho zákona, má mít přednost ustanovení, které je v zákoně uvedeno na prvním místě. S. E. Thorne, *A Discourse upon the Statutes* (1942), str. 132–133. Je s podivem, o co se tento podivný názor mohl opírat. Byl to snad předpoklad, že tvůrci, ti, co zákon formulují, se zpravidla unaví a jsou méně pozorní, když se blíží k závěru své práce?

<sup>28</sup> C. Perelman, Olbrechts-Tyteca, *La Nouvelle Rhétorique-Traité de l'Argumentation* (1958), str. 262–276.

vzít často v úvahu mnoho okolností, které nejsou přímo vyjádřeny ve formulacích samotných pravidel. Kdysi v sobě příkaz „přejdi řeku a nenamoč se“ obsahoval rozpor. Od doby, kdy byly vynalezeny mosty a lodě, to však již není pravda. Když dnes někomu řeknu, aby vyskočil, ale přitom zůstal jednou nohou na zemi, bude se můj rozkaz zdát rozporuplný jednoduše proto, že předpokládáme, že neexistuje způsob, jak by někdo s sebou mohl při výskoku vzít kus země. Kontext, který je nutno vzít v úvahu při určení, zda jde o inkompatibilitu, samozřejmě není jen nebo dokonce především technologický, protože zahrnuje veškerý institucionální rámec, do něhož je problém zasazen – právní, morální, politický, ekonomický a sociologický. Abychom toto tvrzení prokázali, předpokládejme, že právní předpis o Novém roce požadoval, aby se v tento den instalovaly poznávací značky, v jiném paragrafu však ukládal nepřímou daň ve výši jednoho dolaru každému, kdo by v ten den pracoval. Bylo by poučné se zamyslet, jak by se prokazovalo, že tato ustanovení se sobě navzájem „přičí“ a že jejich zahrnutí do jednoho a téhož právního předpisu muselo být výsledkem nepozornosti zákonodárce.

## Zákony požadující nemožné

Na první pohled se zákon prikazující nemožné zdá natolik absurdní, že jsme v pokušení předpokládat, že žádný duševně zdravý zákonodárce, dokonce ani ten nejhorší diktátor, by neměl jediný důvod jej vydat.<sup>29</sup> Zkušenost však bohužel tomuto předpokladu od-

<sup>29</sup> Zde se lze ptát, zda ve většině dalších požadavků, které utvářejí vnitřní morálku práva, nakonec také nejde o možnost poslouchat. Není sporu, že na celou záležitost lze takto pohlížet. Stejně jako nelze dodržet zákon, který požaduje, aby někdo byl tři metry vysoký, je také nemožné dodržovat zákon, který je neznámý, nesrozumitelný, nebyl ještě vydán atd. Že věci byly v textu odděleny, lze zdůvodnit tím, že mně nešlo o procvičování logického vyplývání, ale o stanovení principů řízení cílevědomé lidské činnosti. Logik může, chce-li, pohlížet na odporující si zákon jako na zvláštní případ nemožnosti ho dodržovat, ačkoli tento pohled, jak jsem naznačil, ho může dovést do situace, kdy bude jen obtížné definovat, co myslí slovem „rozpor“. Z hlediska zákonodárce je v každém případě zásadní rozdíil mezi opatřeními, která musí přijmout k udržení souladu mezi předpisy, které vydal, a opatřeními, která musí přijmout, aby bylo v lidských silách požadavky zákona splnit. Jakýkoli pokus vměsnat vše pod označe-ní „nemožnost poslušnosti“ by tyto zásadní rozdíly zateznil.

poruje. Takový zákon může samou svou absurdností sloužit tomu, co Lilburne nazýval „bezprávná neomezená moc“, jeho brutální nesmyslnost může tomu, kdo mu podléhá, sdělovat, že neexistuje nic, co by se od něj nemohlo požadovat, a že by měl být připraven na všechno.

Techniky požadování nemožného se dá někdy použít jemněji a někdy dokonce ve prospěch dobré věci. Dobrý učitel často od svých žáků požaduje víc, než podle jeho názoru svedou. Činí tak se zcela chvályhodným úmyslem rozvíjet jejich schopnosti. V mnoha oblastech se však hranice mezi prospěšným pobízením a stanovennou povinností může bohužel setřít. Zákonodárce tak snadno může nabýt mylného přesvědčení, že jeho role je stejná jako role učitele. Zapomíná, že učitel, jehož žáci nesplní, k čemu je vyzýval, jim může bez pokrytectví, nebo aniž by si protřečtil, gratulovat k tomu, čeho ve skutečnosti dosáhli. Státní úředník stojí v obdobné situaci před alternativou, že se buď dopustí hrubé nespravedlnosti, nebo oslabí respekt k právu tím, že sám sleví z jeho požadavků.

Princip, že zákon by neměl požadovat nemožné, lze dovést do donkichotského extrému, který by končil tím, že nemožné požaduje po zákonodárci. Někdy se vychází z předpokladu, že žádný druh právní odpovědnosti nelze ospravedlnit, nespočítá-li 1) na úmyslu dopustit se činu, jímž se škoda působí nebo 2) na nějakém omylu nebo opomenutí. Je-li člověk volán k odpovědnosti za něco, co mu nelze vytýkat – buď proto, že to způsobil neúmyslně, nebo proto, že k tomu došlo v důsledku jeho opomenutí – připisuje se mu odpovědnost za něco, co nemohl ovlivnit. Interpretuje-li se zákon tak, aby se k takovému výsledku dospělo, ve skutečnosti činí člověka odpovědným za porušení příkazu „to se nesmí stát“, který prostě nemohl dodržet.

Nádech rozumnosti, který tento závěr obklopuje, zastírá skutečný rozsah toho, co ve skutečnosti požaduje. Jde-li například o prokazování zavinění, ocitá se zákon před neřešitelným dilematem. Aplikujeme-li na konkrétního obžalovaného objektivní kritérium – obvykle kritérium „rozumného člověka“ – zjevně riskujeme, že na něj klademe požadavky, které není schopen splnit, protože jeho vzdělání a vrozené schopnosti mu třeba neumožňují, aby dokázal tomuto kritériu vyhovět. Budeme-li postupovat opačně a zkusíme se zeptat, zda ten, koho máme před sebou, se všemi svými individuálními mezemi a návyky, nesplnil něco, co splnit měl, dostaneme

se do oblasti nebezpečných úvah, v nichž můžeme přijít o veškerou schopnost objektivního posuzování. Tyto úvahy vyžadují, abychom se soucitně ztotožnili s životem druhého. Třídní, rasové, náboženské, věkové a kulturní rozdíly mohou toto ztotožnění samozřejmě ztěžovat nebo mařit. Výsledkem je, že ačkoli odosobněná spravedlnost někdy musí postupovat tvrdě, dokonalá spravedlnost, snažící se poznat a pochopit meze soukromého světa, nemůže být ze samé povahy věci nestranná. Zákon nezna žádné kouzlo, které by mu umožnilo tuto antinomii překlenout. Je proto zapovězeno ubírat se nejistou střední cestou, kdy bychom kritérium rozumného člověka oslabovali ve prospěch jistých zjevných nedostatků a přitom se snažili formalizovat, jak toto kritérium tyto nedostatky definuje.

Lze říci, že právě popsané obtíže vznikají proto, protože součástí určení zavinění je i to, co je ve své podstatě morálním soudem. Naopak určení záměru, s nímž byl čin spáchán, vyžaduje pouze zkoumat fakta. I zde je však skutečnost složitější. Je-li záměr faktem, je faktem soukromé povahy, který lze dovodit z vnějších projevů. Ně kdy je toto dovození relativně snadné. Holmes kdysi poznamenal, že i pes zná rozdíl, když o něj někdo zakopne a když ho někdo nakopne. Někdy je však záměr, který zákon požaduje, nanejvýš konkrétní, jako v případech, kdy tresty závisí na důkazu, že obžalovaný porušil zákon vědomě. Taková ustanovení lze někdy nalézt ve složitých předpisech, regulujících hospodářství a jejich účelem je zamezit nespravedlnosti spočívající v tom, že někdo je potrestán za to, že učinil něco, co se na první pohled zdálo zcela nevinné. Na základě svého vlastního pozorování vím, že je mnohdy otázkou, zda v tomto případě není léčba horší než nemoc. Požadovaný záměr lze s určitostí prokázat nebo vyvrátit tak těžko, že ten, kdo zkoumá fakta, se musí téměř nutně ptát: „Vypadá jako někdo, kdo by dodržel pravidla, nebo jako někdo, kdo by je porušoval, kdyby k tomu měl příležitost?“ Tato otázka, bohužel, vede snadno k jině: „Vypadá, že je stejný jako já?“<sup>30</sup>

<sup>30</sup> V této souvislosti by se mělo upozornit na článek „The Modern Conception of Animus“, in: *Green Bag*, 19 (1906), str. 12–33. Jeho autorem je Brooks Adams, bratr Henry Adamse a vnuk Johna Quincy Adamse. Adams v tomto článku uvádí duchaplný a překvapivě marxistický argument, že vládnoucí třídy vždy ve svém vlastním zájmu manipulovaly definicí *animus*, který se vyžaduje u konkrétních trestních či civilních deliktů. Adams se také pokouší

Toto jsou tedy obtíže, na něž narážíme, když ve snaze, aby právo zůstalo tím, co je občan schopen dodržovat, se právní odpovědnost občana omezuje na případy, kdy lze prokázat nedbalost nebo zlý úmysl. V našem právu však existuje mnoho případů, kdy je právní odpovědnost výslovně upravena tak, že nezávisí na tom, že se prokáže nedbalost nebo úmysl.

Jedna poměrně rozšířená forma takové právní odpovědnosti není pro vnitřní morálku práva závažným problémem. Šílenec mi dejme tomu ukradně peněženku. Jeho duševní stav může být takový, že není schopen chápat nebo dodržovat zákony o soukromém vlastnictví. Tato okolnost je dobrým důvodem, aby nebyl poslán do vězení, není však zároveň vůbec žádným důvodem, aby si mou peněženku ponechal. Podle zákona mám právo dostat svou peněženku zpět a on je v tomto smyslu povinen mi ji vrátit, ačkoli ve chvíli, kdy mi ji bral, jednal bez zavinění a bez úmyslu dopustit se něčeho špatného. Jiný případ ilustrující týž princip nastává, když při vypovídání dlužník zaplatí svému věřiteli víc, než měl, přičemž oba jednali v dobré víře a ve stejném mylném přesvědčení, co se patří. Zde je věřitel nucen přeplatek vrátit, ačkoli se jeho přijetím ničeho špatného nedopustil.

Nemalý soubor právních předpisů se týká prevence nebo nápravy bezdůvodného obohacení, k němuž může dojít, když lidé jednájí neuváženě, v omylu nebo bez obvyklé schopnosti rozpoznat povahu svého jednání. Část tohoto práva se výslovně týká kvazikонтрактů; zbytek se projevuje v podobě vlivu – často sotva pozorovatelného – na smluvní právo a právo upravující občanskoprávní delikty. V common law i v římském právu byla analýza zamlžena skutečností, že jednání formálně klasifikovaných jako „deliktů“ nebo jako „spadající pod občanskoprávní delikty“ se používalo k nápravě bezdůvodného obohacení jedné strany na úkor druhé v situacích, kdy na žádném provinění žalovaného vůbec nezáleží.

Existence souboru právních předpisů týkajících se nápravy neuváženosti může zdánlivě inspirovat námitku proti analýze předlo-

ukázat, že obdobná manipulace je obsažena v pravidlech dokazování, která stanoví, co postačuje, aby se požadovaný úmysl prokázal nebo neprokázal. Ačkoli hlavní myšlenka je někdy spíš originální než přesvědčivá, článek stojí za přečtení, jelikož ukazuje obtíže spojené s dokazováním, kde se odpovědnost váže na úmysl.

žené v těchto úvahách. Právo se zde považovalo za „činnost spočívající v podřizování lidského chování pravidlům“. Jednají-li však lidé v omylu nebo z neuváženosti, evidentně neprizpůsobují a ne mohou prizpůsobovat své činy právu. Nikdo nestuduje právní úpravu kvazikонтрактů, aby se naučil, co by měl udělat ve chvílích, kdy presně neví, co dělá. Řešení této obtíže je vcelku samozřejmé. Aby se zachovala integrita systému právních vztahů založených uváženě, je nutno vytvořit doplňkový systém pravidel k nápravě důsledků neuváženosti. Existuje zde blízká paralela s problémem retrospektivních zákonů. Právní řád tvořený pouze retrospektivními pravidly by mohl existovat pouze jako výsledek groteskního návodu hodného Lewise Carrola nebo Franze Kafky. Přesto může retrospektivní „léčivý“ právní předpis plnit užitečnou funkci při vyrovnávání se s nehodami, k nimž může dojít v rámci systému pravidel většinou prospektivních.<sup>31</sup> Stejně je tomu s pravidly, která napravují důsledky neuváženosti. Kdyby ke všemu došlo z neuváženosti, neexistoval by způsob, jak o problému nápravy neuváženosti vůbec přemýšlet. Pravidla vytvořená za tímto účelem odvozí nejen své ospravedlnění, ale i sám svůj význam z toho, že fungují jako doplněk širšího systému pravidel, zamýšlených jako vodítka k jednání.

Princip nápravy bezdůvodného obohacení, jež je výsledkem neuváženosti, však nemůže objasnit všechny případy, kdy právní od povědnost vzniká bez úmyslu či nedbalosti. Existuje velmi důležitá část právního řádu, stanovící absolutní odpovědnost za škody způsobené činností určitého druhu. Například ze střelných prací v lomu může vyplývat odpovědnost za všechny škody ostatním osobám případně způsobené, přestože nelze prokázat úmysl něko rových případech zákon stanoví, že – jak zní slavná formule – „lidé jednají na vlastní nebezpečí“.

Takováto absolutní odpovědnost se nejméně zdůvodní pomocí ekonomického principu, podle něhož předpokladatelné společenské náklady spojené s podnikáním by se měly odrazit v soukro mých nákladech na ně. Nebezpečí vyplývající ze střelných prací

<sup>31</sup> Viz str. 54–55 výše.

<sup>32</sup> American Law Institute, *Restatement of Torts* (1938), § 519: „Škody způsobené obezřetně vykonávanými rizikovými činnostmi“.

jsou taková, že sebevětší předvídavost nebo péče nemůže zabránit náhodným nezamýšleným škodám na lidech nebo majetku. Odpovídá-li stavitel dálnice, který pomocí odstředivých vytváří zářez ve svahu pouze za prokázané zavinění, jeho snaha bezpečněji odstraňovat horninu klesá. Jinak řečeno, jeho ekonomické kalkulace jsou zfalšované a cenu za toto zfalšování platí veřejnost. Aby se tato situace napravila, určitým způsobem jeho střelné práce zdanujeme pomocí pravidla, že za každou škodu, která z těchto prací vzniká, odpovídá nezávisle na tom, zda je či není důsledkem jeho nedbalosti.

Analogie s daní nám pomáhá objasnit vztah mezi takovouto absolutní odpovědností a vnitřní morálkou práva. Na všeobecnou dan z odbytí nepohlížíme jako na něco, co má mít lidí k tomu, aby neprodávali zboží; chápeme věc tak, že zavádí pouze určité dodatečné zatížení prodejní činnosti. Stejně tak bychom neměli pohlížet na zvláštní pravidlo o střelných pracích jako na pravidlo, které tomu, kdo používá trhaviny, říká, aby nikdy nezpůsobil škodu, byť nechtěně. Spíše bychom ho měli chápat tak, že se vstupem do určitého podnikání spojuje zvláštní odpovědnost. Od pravidla o absolutní odpovědnosti vnitřní morálka práva nepožaduje, aby přestalo přikazovat nemožné, ale aby co nejjasněji definovalo činnost, se kterou je zvláštní zatížení co do právní odpovědnosti spjato.

Princip, že s podnikatelskou činností, která je zvlášť riziková, by měly být spojeny náklady za škody, které z ní vyplývají, lze značně rozšiřovat. V některých zemích byl tento princip například rozšířen na používání automobilů včetně automobilů pro zábavu nebo soukromé pohodlí. Zní to již téměř jako klišé, že dnes existuje „obecná tendence“ k absolutní odpovědnosti. Často, jak se zdá, se má za to, že tato tendence nás nelitostně unáší k budoucnosti, v níž pojmy úmyslného a nedbalostního zavinění přestanou hrát v právu roli.

Můžeme si být, domnívám se, dostatečně jisti, že žádná taková budoucnost před námi není. Kdyby měla nastoupit absolutní odpovědnost, vytratil by se pojem kauzálního vztahu mezi jedním a způsobenou škodou nejen u některých konkrétních, ale u všech činností. Básník napíše smutnou báseň. Zhrzený milenec si ji přečte a propadne takové depresi, že spáchá sebevraždu. Kdo „zapřičinil“, že přišel o život? Byl to básník, žena, která zesnulému dala košem, nebo snad učitel, který u něho vzbudil zájem o poezii? Opilý manžel v zuřivosti zastřelí ženu. Kdo ze zúčastněných za tuto

událost odpovídá – samotný vrah, muž, který mu půjčil pušku, obchodník, který mu prodal gin, nebo snad přítel, jenž mu rozmlouval rozvod, který by nešťastný svazek ukončil?

Jistou matnou představou o povaze takového problému můžeme získat z obtíží, které provázejí realizaci těch forem absolutní odpovědnosti, které již máme. Jednu z nich obsahují zákony o odškodnění za pracovní úrazy a nemoci z povolání. Mezi prací zaměstnance a nemocí či úrazem, za které mu přísluší odškodnění, se musí samozřejmě prokázat určitá příčinná souvislost. Formulace použitá v zákoně nech říká, že k úrazu nebo nemoci musí „dojít v důsledku pracovního poměru a během něho“. Na základě interpretace této klauzule se zformuloval nanejvýš nevyhovující a často bizarní soubor právních pravidel. Abychom pochopili, co by univerzální aplikace absolutní odpovědnosti znamenala, stačí si položit otázku, jak bychom aplikovali pravidlo, které by požadovalo jediné to, aby k poškození nebo úrazu žalobce „došlo v důsledku“ chování žalovaného.

Právě podaný výčet problémů absolutní občanskoprávní odpovědnosti věc rozhodně nevyčerpává. Existují některé formy této odpovědnosti, které nelze snadno vysvětlit na základě toho, čím jsme se zde zabývali. Existuje také mnoho příkladů nejasných nebo smíšených záměrů zákonodárce. Pravidla o absolutní odpovědnosti se například běžně dodatečně zdůvodňují tím, že náležitou péči zajišťují obvykle účinněji než pravidla zakládající odpovědnost výslovně na tom, že se prokáže nepřítomnost náležité péče. Některé případy absolutní odpovědnosti je nejspíš třeba považovat za anomálie, vyplývající buď z analytického zmatení, nebo z dějinné náhody. Hranici mezi absolutní odpovědností a odpovědností za nedbalostní zavinění často také zastírají presumpce nedbalostního zavinění, z nichž některé jsou značně drsné v tom smyslu, že ukládají těžké břemeno na ty, kdo se je snaží vyvrátit. Konečně je vhodné připomenout, že smluvní odpovědnost je obvykle „absolutní“, ačkoli některé katastrofické a neočekávané zásahy do plnění mohou vyvíjet, obecně se strana, která neplní, nemůže dovolávat toho, že udělala, co mohla. Je sotva třeba prokazovat, že tato naposled uvedená forma absolutní odpovědnosti není z hlediska vnitřní morálky práva problém; zákon sám by neměl člověku ukládat břemeno, které není schopen unést, nemusí ho však chránit před tím, aby na sebe smluvně vzal odpovědnost za událost, kterou není s to ovlivnit.

Nyní se dostáváme k nejuzávanějšímu porušení principu, že právo by nemělo přikazovat nemožné. Jsou jím zákony, které stanoví absolutní trestní odpovědnost – zákony, podle nichž lze konstatovat, že někdo se dopustil trestného činu, třebaže jednal s náležitou péčí a se záměrem zcela nevinným. V moderní době se těchto zákonů nejlépe užívá v oblasti hospodářské, zdravotní a bezpečnostní regulace, není však neobvyklé stanovit absolutní trestní odpovědnost také v oblastech souvisejících s držením drog, hracích automatů a zakázaných alkoholických nápojů.

Absolutní trestní odpovědnost si v našem právu nikdy nezískala uznání. Kdykoli se přijaly zákony, které takovou odpovědnost stanovily, vyvolaly protesty i obranu, která jde zřídka nad rámec omluvy za domnělou nutnost. Důvodem jejich pokračujícího a snad i narůstajícího výskytu v moderním zákonodárství není nic tajemného: jsou silnou zbraní v rukou žalobce. Ten nás bude nejspíš ujišťovat, že jejich zjevnou nespravedlnost odstraňuje „selektivní uplatňování“. Ačkoli teoreticky jsou takové zákony pastí na nevinné, v praxi se podle nich stíhají jen skuteční darebáci. Pokud jde o ně, to, že stanou tváří v tvář spravedlnosti, je značně usnadněno, protože stát je zbaven povinnosti prokázat úmysl nebo nedbalost, což je zvlášť obtížné, jde-li při tom o složitá regulační opatření. Je-li absolutní odpovědnost spojena s drastickými tresty – což často je – postavení žalobce se ještě posiluje. Nebude obvykle muset vůbec postoupit případ soudu; hrozba vězení nebo velké pokuty často stačí k doznání nebo – kde to zákon připouští – k řešení mimosoudní cestou. Drastické tresty také zvyšují společenské postavení donucovacích orgánů. Ten, kdo nevěnně zakopne a ví, že by mohl být shledán vinným, je nanejvýš vděčný, je-li propuštěn a uchráněn tak oceňovaní za zločince. Uprímně slíbí, že napříště bude rozumněji spolupracovat.

Výhody toho, čemu se říkávalo „donucování mlácením hubou“ – méně vřidně se to dá nazvat „donucování vydíráním“ – se široce ozřejmily za rušných časů druhé světové války, kdy si přepracovaní úředníci, odpovědní za uplatňování složitých opatření k regulaci hospodářství, museli najít něco, jak si svůj úkol usnadnit. Pokračující používání tohoto nástroje by mělo znepokojovat každého, kdo si rád myslí, že věrnost právu je spíše respektováním náležitě stanovených pravidel než ochotou v tichosti rozhodnout o jakémkoli požadavku, se kterým donucovací orgány přijdou. V poslední době

se naštěstí ozvaly vlivné a přesvědčivé hlasy, které toto zlo kritizují a které kritizují i další formy zneužívání, jež s sebou absolutní trestní odpovědnost nese.<sup>33</sup>

Ještě než opustíme téma zákonů přikazujících nemožné, je třeba učinit ještě dvě poznámky. Jedna se týká toho, že jednoduše nelze vést jasnou dělicí čáru mezi mimořádnou obtížností a nemožností. Pravidlo, které požaduje jaksi příliš, může být tvrdé a nespravedlivé, nemusí však protřešnit základnímu účelu právního řádu tak, jako mu protřešňuje pravidlo, které požaduje něco, co je očividně nemožné. Mezi oběma je jistá neurčitá oblast, v níž se vnitřní a vnější morálka práva setkávají.

Mou poslední poznámkou je, že naše představy o tom, co je ve skutečnosti nemožné, mohou být dány předpoklady o povaze člověka a vesmíru, které se v dějinách mění. Dnešní odpor proti zákonům, které se snaží nutit k náboženskému nebo politickému přesvědčení, je založen na tom, že takové zákony jsou neoprávněným zasahováním do osobní svobody. Thomas Jefferson měl jiný názor. V původním návrhu preambule virginského Zákona o náboženské svobodě takové zákony odsoudil coby zákony, snažící se vynutit nemožné:

*Vědomi si toho, že názory a křehká lidí nezávisí na jejich vlastní vůli, nýbrž vyplývají bezděčně z důkazů, jež se nabízejí jejich mysli...*<sup>34</sup>

Lze si položit otázku, zda se v této koncepci neprojevuje větší úcta k pravdě a lidským schopnostem než v naší.

## Stálost práva v čase

Z principů, které utvářejí vnitřní morálku práva, se ten, který požaduje, aby se zákony neměnily příliš často, zdá být nejméně přístupný formalizaci v podobě ústavního omezení. Je obtížné například

<sup>33</sup> J. Hall, *General Principles of Criminal Law* (2. vyd., 1960), kap. X, str. 325–359; H. L. A. Hart, „The Aims of Criminal Law“, in: *Law and Contemporary Problems*, 23 (1958), str. 401–441; „The American Law Institute“, in: *Model Penal Code, Proposed Official Draft* (1962), paragrafy 1.04(5), 2.01–2.13.

<sup>34</sup> Boyd, *The Papers of Thomas Jefferson*, II, str. 545.

představit si natolik nemoudrý ústavní konvent, který by se usnesl, že žádný zákon se nemá měnit častěji než, řekněme, jednou za rok. Omezení týkající se retroaktivního zákonodárství jsou naopak mezi ústavodárci velice populární.<sup>35</sup> Existuje nicméně spřízněnost mezi škodami způsobenými retrospektivním zákonodárstvím a škodami, které jsou důsledkem příliš častých změn v právu. Obojí jsou důsledkem toho, co lze označit za vrkavost zákonodárce. Stojí za to poznamenat, že když se snažil obhajovat ústavní ustanovení zakazující zákony ex post facto a zákony porušující závazky ze smluv, Madison užil slov, která se hodí spíše pro popis zla, které je důsledkem častých změn, než zla vyplývajícího z retroaktivních zákonů:

*Střízlivě uvažující Američané jsou unaveni nestálostí, která ovládla veřejná shromáždění. S politováním a rozhořčením sledují, jak se náhle změny a legislativní zásahy ... stávají ... pastí na pilnější a méně informovanou část společnosti. Vidí také, že jeden legislativní zásah je pouze prvním v dlouhé řadě opakujících se zásahů.<sup>36</sup>*

Příbuznost mezi problémy vzniklými z příliš častých nebo náhlých změn v právu a problémy vzniklými z retrospektivního zákonodárství uznávají rozhodnutí Nejvyššího soudu. Zlo retrospektivního zákona pochází z toho, že lidé mohli jednat v souladu s předchozí zákonnou úpravou a tato jednání mohou být zmařena nebo neočekávaně ztížena zpětnou změnou jejich právních důsledků. Někdy je však možné jednání motivované spoléháním se na dřívější zákon, a to za podmínky, že se na hrozící změnu upozornilo a změna sama nenabude účinnosti natolik rychle, že by nezbyl čas se nové právní úpravě přizpůsobit. Soud proto prohlásil:

*...je v pořádku, že (zákony o promlčecích lhůtách) lze měnit tak, že se stanovené lhůty zkrátí, ale jen tehdy, děje-li se tak v době, kdy lhůta stále ještě běží, a zbývá-li stále ještě rozumná doba, aby se o žalobě začalo jednat dříve, než omezení nabude účinnosti.<sup>37</sup>*

<sup>35</sup> Viz pozn. 10 a 11 výše.

<sup>36</sup> *The Federalist*, č. 44 (česky *Listy Federalistů*, Olomouc 1990).

<sup>37</sup> *Ochoa v. Hernandez y Morales*, 230 U. S. 139, str. 161–162 (1913).

## Shoda mezi úředním postupem a deklarovaným pravidlem

Konečně se dostáváme k nejkompexnějšímu z desiderat, která utvářejí vnitřní morálku práva: ke shodě mezi úředním postupem a deklarovaným pravidlem. Tato shoda může být poplena nebo narušena mnoha různými způsoby: mylnou interpretací, nedostupností práva, neschopností vidět, čeho je zapotřebí, aby se zachovala integrita právního řádu, úplatky, předsudky, lhostejnosti, hloupostí a touhou po osobní moci.

Stejně jako je mnoho toho, co tuto shodu ohrožuje, je i mnoho procedurálních nástrojů, jak ji udržet. Můžeme mezi ně zahrnout většinu prvků „procedurálního soudního řízení“, jako je například právo na zastoupení advokátem a právo podrobit svědky protistraně křížovému výslechu. K dosažení těchto cíle slouží zčásti i habeas corpus a právo odvolat se proti nepříznivému rozsudku k soudu vyšší instance. I otázka „aktivní legitimace“ k předkládání ústavních problémů soudu je v této souvislosti důležitá; nahodilá a proměnlivé principy v této oblasti mohou vyústit v narušení a arbitrární vztah mezi Ústavou a jejím uskutečňováním v praxi.

V této zemi je to především soudnictví, komu je svěřen úkol zabraňovat rozporu mezi deklarovaným právem a právem skutečně uplatňovaným. Lokalizovat tuto funkci sem má tu výhodu, že odpovědnost se vkládá do zkušených rukou, že zhošťování se jí se podřizuje kontrole ze strany veřejnosti a že je zdůrazněna integrita práva. Jakýkoli systém, který ochranu před protiprávním uplatňováním práva spatřuje jen v soudech, má však závažné nevýhody. Náprava křivd zde závisí na ochotě a finančních možnostech dotčené strany dovést svou věc k soudu. Jako relativně neúčinný se ukázal při zvládnání protiprávních postupů policie, kdy toto zlo se fakticky mísí s tendencí nižších soudů ztotožňovat své poslání s posláním podporovat morálku policejních složek. Pokud jde o účinné zvládnání policejního bezpráví, lze toho hodně říci ve prospěch nějakého dohlížecího orgánu, jako je například skandinávský ombudsman, který dokáže okamžitě a pružně reagovat na neformální stížnosti.

De Process  
of Law

Lze říci, že ačkoli v oblastech soudcovského práva mohou zásadní shodu mezi právem a postupem státního orgánu narušovat nižší soudy, Nejvyšší soud ji narušovat nemůže, protože ten právo tvoří. Může se zdát, že Nejvyšší soud v rámci určité jurisdikce nemůže být mimo rytmus, protože rytmus udává. V tomto rytmu však také nikdo nemusí umět tančit, a to včetně toho, kdo jej udává. Všechny vlivy, které mohou způsobit, že soudní rozhodování se neshoduje se zákonným právem, mohou, jestliže soud sám právo tvoří, způsobit stejně nebezpečné odchylky od ostatních principů legality: neschopnost formulovat dostatečně jasná obecná pravidla, nestálost v rozhodování projevující se ve vzájemně si odporujících výrocích, v častém měnění směric i v retrospektivních změnách v právu.

Nejozřejavější prvek úkolu udržet shodu mezi právem a úředním postupem tkví samozřejmě v problému interpretace. Legalita vyžaduje, aby soudci a jiní úředníci aplikovali zákonné právo nikoli tak, jak se jim zlíbí nebo s tvrdohlavým lpěním na literě, ale v souladu s principy interpretace, které odpovídají jejich postavení v právním řádu jako celku. Jaké jsou to principy? Nejlepší stručná odpověď, kterou znám, pochází z roku 1584, kdy se sešli soudci anglického Finančního soudu, aby se zabývali obtížným problémem interpretace ve věci Heydon a dospěli k závěru, že mají-li s jistotou a správně interpretovat zákony vůbec (ať trestní či jiné, takové, které common law omezuje nebo rozšiřují), je třeba rozlišit a vzít v úvahu čtyři věci:

*Za první. Jaké bylo common law před přijetím zákona.*

*Za druhé. Jaká byla nepravost a vada, s níž common law nepočítalo.*

*Za třetí. Jakou nápravu parlament přijal, aby léčil chorobu spočívající v nepravosti.*

*Za čtvrté. Skutečný důvod nápravy; pak je úkolem všech soudců, aby vždy vytvořili takovou konstrukci, která odstraní nepravost a zjedná průchod nápravě.*<sup>38</sup>

<sup>38</sup> 3 Co. Rep. 7a. Je zřejmé, že v citované pasáži má slovo „újma“ význam, který dnes už není běžný. V Heydonově věci se fakticky blíží ke dvěma jiným příbuzným slovům, která byla tehdy ve velké oblibě: „rozpor“ a „obtěž“. Všechny tyto výrazy popisovaly situaci, ve které si věci navzájem neodpovídaly, protože chaos se lidským úsilím ještě nezměnil v rozumný řád.

Lze-li tuto analýzu vůbec kritizovat, pak jedině za to, že mohla „rozlišit a vzít v úvahu“ ještě pátý bod, který by mohl znít zhruba takto: „Jak ti, kdo se podle jeho slov musí řídit, budou rozumně chápat záměr zákona, protože právo se nesmí stát nástrahou na ty, kdo nemožou jeho důvody znát stejně dobře jako soudci.“

Budeme-li mít na paměti ústřední myšlenku rozhodnutí ve věci Heydon, totiž že k porozumění zákonu je třeba porozumět „chorobě společnosti“, kterou má zákon léčit, budeme schopni vyjasnit problém interpretace zmatků, které ho obvykle zatemňovaly. Někteří z nich jsou zahaleny do šálivého hávu zdravého rozumu, který jim propůjčuje nezaslouženou dlouhověkost. To platí obzvlášť o myšlence obsažené v následující pasáži z Graye:

*O interpretaci se obecně hovoří tak, jako by její hlavní funkcí bylo přijít na to, co zákonodárny sbor skutečně zamýšlel. Měl-li však zákonodárny sbor v nějaké otázce skutečný úmysl, ať takový či onaký, nevzniká ani v jednom ze sta případů pochybnost, v čem tento úmysl spočíval... Pravdou je, že takzvané interpretační obtíže vznikají tehdy, když zákonodárny sbor vůbec žádný záměr neměl; když ho otázka, která nad zákonem vyvstává, nikdy ani nenapadla... [V takových případech], kdy se soudci snaží vyhlásit, co zákonodárny sbor zamýšlel, ve skutečnosti sami jednají jako zákonodárci, aby vyplnili casus omissi.<sup>39</sup>*

Je samozřejmě pravda, že při formulování zákona se občas na nějakou pravděpodobnou situaci zcela zapomene, takže si lze představit, jak legislativec zvolá „no nazdar“, když toto přehlédnutí způsobuje. Takové případy jsou však pro problémy interpretace netypické. Mnohem častěji se ukazuje, že zákon je spíše nepropracovaný a neúplný než zaměřený tak, že se svým zcela zřejmým cílem míjí.

Grayův názor se opírá o atomistické pojetí úmyslu, spojené s něčím, co lze nazvat teorií ukazatele významu. Tento názor předpokládá, že mysl se zaměřuje spíše na jednotlivé věci než na obecné

Za zmínku snad stojí také to, že jelikož zpravodajem byl Coke, je možné, že podává zprávu spíše o tom, k čemu soudci měli dospět, než o tom, co si skutečně myšleli a co říkali.

<sup>39</sup> J. C. Gray, *The Nature and Sources of the Law* (2. vyd., 1921), str. 172–173.

představy, spíše na výrazné faktické situace než na určitý význam v lidském životě, který mohou tyto situace mít. Kdybychom brali tento názor vážně, museli bychom si myslet, že úmysl toho, kdo zákon namířil proti „nebezpečným zbráním“ formuluje, míří proti nekonečné řadě jednotlivých předmětů: proti revolverům, automatickým pistolím, dýkám, loveckým nožům atd. Aplikuje-li soud zákon na zbraň, na kterou ten, kdo ho formuloval, ani nepomyslel, pak by zákon „neinterpretoval“, ale „tvořil“, což by bylo ještě zřejmější v případě, kdy by měl zákon aplikovat na zbraň, která v době, kdy se zákon přijímal, nebyla ještě vynalezena.<sup>40</sup>

Toto atomistické nazírání na úmysl ovlivňuje teorie interpretace přímo či nepřímo natolik, že se ukazuje nezbytným výslovně proti němu postavit pravdivější pohled na věc. Dovolte mi proto zmínit jednu analogii. Vynálezce užitečných přístrojů pro domácího zeměmě a zanechá nářt jakéhosi vynálezu, na němž pracoval těsně před smrtí. Na smrtelném loži žádá svého syna, aby v práci na vynálezu pokračoval; zemře však, aniž by měl možnost synovi říct, k čemu měl vynález sloužit, nebo mu sdělit cokoli o svých vlastních plánech, jak ho dokončit. Prvním synovým krokem při plnění otcova přání by bylo určit, k jakému účelu byl vynález zamýšlen, jaké chyby a nedostatky existujících přístrojů měl odstranit. Pak by se pokusil pochopit základní princip navrhovaného vynálezu, slovy případu Heydon „skutečný důvod nápravy“. Až by tyto problémy vyřešil, začal by se zabývat tím, co je pro dokončení návrhu vynálezu zamýšleného přístroje nezbytné.

Položme si nyní, pokud jde o synovo jednání, otázky, které se obvykle kladou v souvislosti s interpretací zákonů. Byl syn věren úmyslu svého otce? Jestliže tím myslíme: „Naplnil úmysl, který si jeho otec skutečně stanovil, pokud se týče způsobu, jak návrh dokončit?“, pak na takovou otázku samozřejmě nemůžeme vůbec odpovídat, protože nevíme, zda otec vůbec nějaký úmysl měl a jaký případně byl. Pokud tím myslíme: „Držel se v rámci, který stanovil jeho otec, tím, že přijal otcovu představu potřeby, kterou měl navr-

<sup>40</sup> „Atomistické“ pojetí účelu popisované v textu souvisí s filosofickým minimalismem a můžeme ho pokládat za jeho projev. Vlivem tohoto názoru na školu známou jako právní realismus jsem se zabýval ve svém článku „American Legal Realism“, in: *University of Pennsylvania Law Review*, 82 (1934), str. 429, 443–447.

hovaný přístroj uspokojovat a jeho celkový přístup k problému, jak ji uspokojit?“, pak za předpokládaných okolností zní odpověď ano. Kdyby si syn mohl přivolat na pomoc otcova ducha, měla by tato pomoc pravděpodobně podobu spolupráce se synem na řešení problému, který otec nedořešil. Stejně tak je tomu obvykle s obtížnými problémy interpretace. Kdyby byl ten, kdo zákon formuloval, požádán o konzultaci, postupoval by za normálních okolností stejně jako soudce, a to tak, že by si kladl zhruba následující otázky: Spadá tento případ mezi nepravosti, které se zákon snažil upravit? Spadá pod „skutečný důvod nápravy“, o němž se zákon zmiňuje, tj. hodí se předepsaná náprava k tomu, aby se pomocí ní řešil tento konkrétní projev obecné nepravosti, na niž se zákon zaměřil?

Analogie s nedokonečným vynálezem nám také pomůže objasnit určitou nejasnost, která postupuje slovník interpretace. Úmysl často chápeme jako fenomén individuální psychologie, ačkoli to, co interpretujeme, je společenský akt. Proto se piáme po úmyslu „zákonodárcé“, třebaže víme, že žádná taková bytost neexistuje. Jindy hovoříme o úmyslu „zákonodárné moci“, ačkoli víme, že ti, kdo pro zákon hlasovali, tak velmi často činí s různým názorem na jeho smysl a často bez skutečného pochopení, o čem je. Přiblížíme-li se individuální psychologii, můžeme hovořit o úmyslu toho, kdo „zákon formuluje“.

Opět však narážíme na potíže. Těch, kdo formulují, může být víc a mohou jednat v různém čase a bez jakéhokoli společného chápání přesného účelu, o který jde. Navíc se jakýkoli soukromý a nesdělený úmysl tvůrce zákona správně ve vztahu k jeho správné interpretaci považuje za právně irelevantní.<sup>41</sup> Vraťme se k analogii s nedokonečným vynálezem, abychom zjistili, zda nám nabízí nějaké východisko z této slepé uličky. Je jasné, že syn při řešení problému shledá, že je užitečné vžít se do kontextu otcova myšlení, připomenout si otcovy myšlenkové pochody a charakteristické způsoby řešení problémů. Je však také zřejmé, že tento postup nemusí být ani

<sup>41</sup> Lord Nottingham ve věci *Ash v. Ash*, 3 Swanson 664 (1678), o Zákonu o podvodech řekl: „Měl jsem jistý důvod znát smysl tohoto zákona; vznikl totiž z mého popudu.“ Srv. „Jestliže ho lord Nottingham vypracoval, byl nejméně kvalifikovaný k tomu, aby ho vykládal, protože autor zákona se zabývá více tím, co soukromě zamýšlel, než smyslem toho, co vyjádřil.“ A. H. Campbell, *Lives of the Lord Chancellors of England*, III, (3. vyd., 1848), str. 423 n.



zásadně důležitý, ani užitečný. Skutečně je tomu tak, že kdyby nedokončený návrh pocházel od nějakého zcela neznámého vynálezce, synův úkol by se nemusel nijak podstatně změnit. Podíval by se na schéma samo, aby zjistil, jakému účelu měl vynález sloužit a na jakém obecném principu či principech návrh spočívá. V takovém případě bychom mohli hovořit o „úmyslu návrhu“. Jde možná o metaforu, ale o metaforu přinejmenším užitečnou, která nepřekrucuje povahu synova úkolu. Hovoříme-li tedy o úmyslu zákonodárce, myslím, že by bylo lépe hovořit o „úmyslu zákona“, stejně jako Mansfield kdysi při posuzování úmyslu sledovaného smlouvou hovořil o „úmyslu transakce“.<sup>42</sup>

Věrnost schválenému zákonu se často ztotožňuje s pasivním a čistě receptivním přístupem na straně soudce. Jestliže jedná „tvorivě“, musí jít o jednání nad rámec jeho úlohy interpreta. Ti, kdo soudcovskému právu dávají přednost před zákony, tuto odchylku nejspíš uvítají a budou se radovat z toho, jak mnoho je soudce evidentně schopen vytvořit z tak mála. Naopak ti, kdo soudní moci nedůvěřují, budou nejspíš v jakékoli tvořivé roli sledovat odvržení principu a snahu získat osobní moc. Budeme-li k problému přistupovat takto, nepochopíme ho. Když v případě nedokončeného výnězu syn přebíral tvůrčí roli, nezasluloval si, abychom ho za sám tento čin chválili nebo odsuzovali. Tím, že dělal to, co musel, aby splnil otcovo přání, prostě plnil požadavky, související s úkolem, před nímž stál. Chválit či odsuzovat bychom mohli teprve tehdy, až bychom mohli zjistit, čeho v této nutně tvůrčí roli dosáhl. Stejně je tomu i se soudci.

Lze namítnout, že analogie, které jsme zde použili, je zavádějící. Je možné říci, že účel, jemuž zákon slouží, není tak jednoduchý a tak snadno definovatelný, jak je tomu například u vysavače. Společenská nepravost, kterou se snaží napravit, je často sotva patrná a složitá a samu její existenci vnímají jen ti, kdo mají určité hodnotové soudy. Znovu vidíme, že náprava, kterou zákon k léčbě „choroby společnosti“ stanoví, není nějakou hřídelkou spojující jeden mechanismus s druhým. Zákonodárny sbor musí často volit mezi širokou škálou možných náprav, z nichž některé přinášejí velice zcestnou léčbu vady, o jejíž nápravu se usiluje.

42. *Kingston v. Preston*, 2 Douglas 689 (1773).

Toto vše lze připustit; přesto se domnívám, že přesně v této věci evidentního zanedbání se schéma nedokončeného vynálezu stává nejužitečným. Pokud jde o nepravost, která se má zákonem napravit, lze jistotu nejasnost tolerovat. Jestliže však tato nejasnost překročí určitou rozhodující mez, žádná formulační virtuozita ani interpretační dovednost ze zákona takto postiženého nic smysluplného neudělá. A zase: určité vágní chápání vztahu mezi nápravou a nedostatkem, k jehož odstranění je určen, nutně právní předpis nekazí. Chápe-li se však tento vztah zcela mylně, je pak jakákoli možnost koherentní interpretace ztracena. Myslet si něco jiného by bylo totéž jako domnívat se, že vynález, jehož sama koncepce je zásadně chybná, se dá zachránit úhledným nákresem.

Dovolte mi uvést historický příklad zákonného ustanovení zkaženého zásadně chybným projektem. Hovořím o pátém odstavci paragrafu čtyři Zákona o podvodech, vydaného v roce 1677. Paragraf čtyři tohoto zákona byl postaven na předpokladu, že určité druhy smluv by neměly být právně vynutitelné, dokud nebude důkaz jejich existence podpořen podepsanou listinou. Na druhé straně se však pokládalo za nerozumné rozšířit tak přísný požadavek na všechny smlouvy, z nichž některé by měly být právooplatné, přestože byly uzavřeny ústně. Ti, kdo zákon formulovali, tudíž stáli před nutností rozhodnout, u kterých druhů smluv by se měla vyžadovat písemná forma a které lze bez obav ponechat ústnímu projevu. Jedno takové rozhodnutí je vtěleno do těchto slov: „žádá žaloba se nebude týkat... (5), dohody, která se nemá plnit do jednoho roku od jejího uzavření; ledaže dohoda, již se žaloba bude týkat...; bude písemná a podepsaná stranou, proti které má žaloba směřovat“.

S jistotou lze asi říci, že jen málo zákonných ustanovení vyvolalo tolik navzájem si odporujících a bizarních interpretací jako slova práve citovaná. V čem byla chyba? Zákon je sepsán v prosté, jasné angličtině. Nepravost, které se mělo zabránit, se zdá být dosti zřejmá. Stejně snadné je pochopit, proč ti, kdo zákon formulovali, měli jako smlouvy, které jistotu písemného důkazu zvláště potřebují, zvolit smlouvy, které mají pokrývat značný časový úsek; Holtovy slovy řečeno, „záměrem zákona bylo nedůvěřovat paměti svědků déle než rok“.<sup>43</sup>

43. *Smith v. Westfall*, 1 Lord Raymond 317 (1697).

Obtíž vznikla proto, jelikož tvůrci zákona jednoduše nepromysleli vztah mezi nepravostí a lékem, který k její nápravě určili. Za prvé je jasné, že neexistuje žádný přímý vztah mezi dobou, kdy bude svědek povolán svědčit, a dobou, kterou si plnění smlouvy vyžádá; lze předpokládat, že plnění smlouvy zabere měsíc a přesto se existence smlouvy stane předmětem dokazování před soudem o dva roky později. Dále, tvůrci zákona si nepoložili otázku, co by měly soudy dělat v případě velice častých smluv, u nichž nelze předem říci, kolik času jejich plnění zabere, tedy například smluv o doživotním zaměstnávání nebo smluv, na jejichž základě se někomu vyplácí měsíční dávka, dokud se neuzdraví. Tuto třídu smluv lze velmi rozšířit, představíme-li si neočekávané události, které plnění urychlují nebo odsouvají. V případě, o němž se muselo rozhodnout krátce poté, co byl zákon přijat, se dalo k úvaze, že platnost smlouvy by měla záviset na tom, jak se události ve skutečnosti odvíjejí.<sup>44</sup> Pokud se ukázalo, že ke splnění smlouvy došlo během jednoho roku, byla ústně uzavřená smlouva platná; jestliže nikoli, smlouva nebyla vynutitelná. Toto řešení však nikdy nebylo a nemohlo být přijato. Strany potřebují od počátku, nebo přinejmenším ve chvíli, kdy se potíže objeví, vědět, zda mezi nimi smlouva existuje či nikoli. Učinit existenci závazné smlouvy závislou na pozdějších událostech by znamenalo vyzývat k nejruznějším handrkováním a vytvářet ten největší zmatek, který si lze představit. Soudy zkrátka stály před zákonem, který jednoduše nešlo aplikovat tak, aby se naplnil vágní záměr těch, kdo ho formulovali. Britové nakonec v roce 1954 objevili to jediné, čím bylo možno tuto situaci vyřešit: úplné zrušení příslušného paragrafu. Stále usilujeme o to, vyřešit hádanku, která žádné řešení nemá.

Můj druhý příklad zcela špatně pochopeného zákonodárství je o téměř tři století mladší. Týká se zákona, který má tu chybu, že vůbec nejdě jasné určit, jakou nepravost měl napravit. Po zrušení prohibice se Američané rozhodli „zabránit návratu starého saloonu“. Co to znamenalo? Stará nálevna, zvaná saloon, byla čímsi složitým, v čem se spojovaly prvky architektonické, umělecké, obchodní, právní a sociologické, vytvářející dohromady osobitou atmosféru. Bylo nanejvýš nepravděpodobné, že by se po patnácti letech,

<sup>44</sup> Viz věc uváděnou v předchozí poznámce.

během nichž došlo k podstatným společenským změnám, saloon vůbec ve své staré podobě objevil nebo mohl objevit. Přesto, aby byla jistota úplná, si v mnoha státech lidé mysleli, že „by měl existovat zákon“.

Jak můžete zákonem zakročit proti něčemu takovému, jako je „starý saloon“? Dobrá: starý saloon měl létací dveře; nechť je proto nezákonné podávat nápoje za něčím, co lze právem nazvat létací dveře. Ve starém saloonu štamgasti u skleničky stáli; nechť se tedy nařídí, že nyní musejí sedět – třebaže, jak tomu bylo podle původního návrhu, existuje dostatek důvodů se domnívat, že nutnost připojení stát by věci umírněnosti prospěla. Ve starém saloonu jste si nemohli koupit jídlo, ačkoli zadarmo vám ho mohli dát. Vytvořme tedy v nové nálevně prostředí na způsob rodinné restaurace, a to tak, že právo bude vyžadovat, aby se v ní podávala jídla. To se však nesmí přehnat. Bylo by nanejvýš nespravedlivé požadovat, aby si živnivý zákazník koupil jídlo dřív, než se mu může naservírovat pití. Nechť zní tedy právní požadavek tak, že nová nálevna má být připravena nabídnout jídlo komukoli, kdo si ho objedná, byť takových je mezi stálými zákazníky sobeméně.

Primární odpovědnost za prosazování této alopatické směsi pravidel měl samozřejmě nikoli státní zástupce, ale živnostenský úřad. Může si někdo myslet, že by byl společensky užitečný, kdyby na takovém úřadu pracoval? Překvapí někoho, že tato sféra regulace je proslavená svou neúčinností a korupcí? I když by se našel uvědomělý byrokrat, který by to považoval za své životní poslání, kdyby se mu jen dovolilo prosazovat pravidla jakkoli nesmyslná, problémem by to stále neřešilo. Zůstaly by neřešitelné interpretační otázky, například co to znamená být náležitě připraven podávat jídlo hostu, který nikdy nepřijde.

Na tomto místě musíme naši diskusi o problému interpretace přerušit. Jde o problém příliš složitý, než aby se dal vyčerpat nějakou analogií nebo metaforou. To, co vyžaduje, závisí natolik na kontextu, že ilustrativní případy mohou pouze odhalit obecné principy, nemožou však vyjádřit jemné nuance, provázející jejich aplikaci na jednotlivá právní odvětví. Problém interpretace se všemi svými jemnostmi zaujímá citlivé, ústřední místo ve vnitřní morálce práva. Jako žádný jiný odhaluje kooperativní povahu úkolu udržet legalitu. Má-li si ten, kdo interpretuje, i nadále myslet, že to, co dělá, má smysl, nesmí mu zákonodárce ukládat nesmyslné úkoly.

Má-li se naopak zhostit své odpovědnosti ten, kdo zákon formuluje, musí být schopen předjímat racionální a relativně stabilní způsoby interpretace. Tato vzájemná závislost prostupuje v podobách na první pohled méně zřejmých celý právní řád. Žádná koncentrace moudrosti, pochopení a dobré vůle, jakkoli strategicky umístěná, nemůže zajistit, že činnost podřizující lidské chování pravidlům bude úspěšná.

## Legalita jako praktická dovednost

K podrobné analýze, kterou jsme právě uzavřeli, bychom měli dodat několik závěrečných poznámek týkajících se praktické aplikace principů legality.

*Za první*, varovat, pokud jde o slovo „zákon“. V roce 1941 byla sbírka komentovaných zákonů státu Massachusetts (kap. 2, § 9) doplněna o ustanovení, že kuře by se mělo stát oficiálním ptákem tohoto státu. Nyní je zřejmé, že veřejné blaho by neutrpělo žádnou vážnou újmu, kdyby se tento zákon před veřejností zatajil a kdyby působil retroaktivně už od přistání lodi Mayflower. Označujeme-li slovem zákon jakýkoli oficiální akt zákonodárního sboru, mohou opravdu vyvstat okolnosti, za nichž se všechny podrobnosti zákona musí udržet v tajnosti. Takový případ by mohl nastat, kdyby se přijala určitá zákonná úprava, na základě níž se má financovat vývoj nějaké nové zbraně. Je to vždy neštěstí, musí-li se rozhodnutí státních orgánů tajit před veřejností a tak chránit před veřejnou kritikou. Jsou však situace, kdy se musíme sklonit před nelítoznou nutností. Sama Ústava v oddílu 5, článku 1 stanoví, že „každá sněmovna pořizuje záznamy o jednání a čas od času je publikuje s vyloučením těch částí, které podle jejího mínění musí zůstat zachovány v tajnosti“. To vše se však jen velmi málo týká zákonů, o nichž hovoříme.<sup>45</sup> Nemožno si například představit výjimečné okolnosti, které by zdůvodnily, že se veřejnosti zatají zákon zavádějící nový trestný čin nebo měnící požadavky na pořízení platné závěti.

<sup>45</sup> Pojednání o některých problémech publikace, které ovlivňují postup státních orgánů a u nichž přitom nejde o přijímání zákonů v běžném slova smyslu, lze nalézt v mém článku „Governmental Secrecy and the Forms of Social Order“, in: *Nomos*, 2 („Community“), (1959), str. 256–268.

*Za druhé*, porušení právní morálky mají snahu se hromadit. Zanedbání jasnosti, konzistentnosti nebo publikace může vyvolat nutnost přijetí retroaktivních zákonů. Příliš časté změny v právu mohou anulovat výhody formálních, ale zdoluhavých procedur, prostřednictvím nichž se veřejnost s právem seznamuje. Nedbalost pokud jde o možnost zákony dodržovat může vyvolat potřebu prosazovat právo na základě volné úvahy, což zase narušuje shodu mezi úředním postupem a deklarovaným pravidlem.

*Za třetí*, úměrně míře, v níž právo pouze vyjadřuje široce ve společnosti sdílené názory na to, co je správné a co nesprávné, ztrácí na významu potřeba publikace a jasného formulování přijatého zákona. Stejně je tomu s problémem retroaktivity; kde je právo z velké části odrazem mimoprávní morálky, tam to, co se objevuje ve formě retrospektivního zákonodárství, může být v podstatě pouhým potvrzením široce sdílených názorů, anebo názorů postupně se vyvíjejících směrem k pravidlu, které se nakonec vyhlásí. Když koncem šestnáctého století anglické soudy konečně sankcionovaly nesplněnou dvoustrannou smlouvu, pouze se připůsobilý obchodní praxi, protože stranám umožnilo dosáhnout přímo toho, čeho musely předtím dosahovat nepřímě.

*Za čtvrté*, na přisnost, s jakou by se mělo jako celek aplikovat osm požadavků, stejně jako na jejich seřazení co do důležitosti, bude mít vliv příslušné právní odvětví a druh právních pravidel, o která půjde. Obecně je například důležitější, aby se člověku dostalo jasného upozornění ohledně jeho právních povinností, než aby přesně věděl, jaké nepřijemnosti budou následovat, jestliže je poruší; retroaktivní zákon kon zavádějící nový trestný čin je veskrze sporný, obdobný zákon prodávající odněti svobody za existující trestný čin méně. Známé dělení právních pravidel je to, které rozlišuje pravidla prikazující a pravidla dovolující. Obojí jsou do jisté míry ovlivněna všemi osmi požadavky právní morálky. Pravidla zakotvující a vymezující právní náležitosti však mají zřídka analogii v každodenním praktickém životě – podání ruky na stvrzení obchodu se nikdy neakceptovalo coby náležitá právní formalita. Požadavky veřejnosti a jasnosti jsou proto v případě pravidel stanovících právní náležitosti zvláště naléhavé. Naproti tomu dát retroaktivní účinnost tomu, co podle existujícího práva bylo marným pokusem k výkonu oprávnění, se bude často chápat jako něco, co legalitě prospívá, jelikož se zabrání zmatení subjektivních práv.

Konečné za páte, je vhodné připomenout, že ve své podrobné analýze každého z osmi požadavků právní morálky jsme obecně stáli na stanovisku svědomitého zákonodárce, který chce pochopit povahu své zodpovědnosti a je ochoten čelit obtížím, které to s sebou nese. Při tomto zdůrazňování detailů a obtížných problémů bychom neměli zapomínat, že ne všechny případy jsou obtížné. Každý z požadavků legality lze zmrzačit způsobem, který nenechává nikoho na pochybách. Např. Caligula prý zachovával tradici, že římské zákony se mají vyvšovat na veřejném prostranství, dbal však na to, aby jeho vlastní zákony byly napsány písmem tak malým a pověšeny tak vysoko, že je nikdo nemohl přečíst.

Paradox, že věc může být zároveň tak jednoduchá a tak složitá, lze osvětlit příměrem z Aristotela. Ve své *Etice* se Aristotelés táže, zda je snadné jednat s jinými spravedlivě. Pozoruje, že by se mohlo zdát, že to snadné je, protože existují určitá zavedená pravidla spravedlivého jednání, kterým se lze bez obtíží naučit. Aplikace jednoduchého pravidla by sama měla být jednoduchá. Tak tomu však není, říká Aristotelés, dovolává se v tomto bodě oblíbené analogie z lékařství: „Jest snadno znáti med, víno a čemeřici a pálení a řezání, ale jak jest toho zapotřebiti ke zdraví a komu a jak, jest takový úkol, jako býti lékařem.“<sup>46</sup>

My tedy zase můžeme říci: je snadné nahlédnout, že zákony mají být vyjádřeny jasně v obecných pravidlech, která působí prospektivně a občanovi jsou sdělena. Vědět však jak, za jakých okolností a v jaké rovnováze bychom měli těchto věcí dosáhnout, není o nic menším úkolem než být zákonodárcem.

<sup>46</sup> Aristotelés, *Etika Nikomachova*, V, 1137a (přeložil A. Kříž), Praha 1996.

### III

## POJEM PRÁVA

*Protože představy o tom, čemu právo slouží, jsou tak často obsaženy v představách o tom, co právo je, stručný přehled představ o povaze práva... bude užitečný.*  
Roscoe Pound

*Das Vergessen der Absichten ist die häufigste Dummheit, die gemacht wird.*  
Friedrich Nietzsche

Cílem této kapitoly je uvést analýzu, která je obsažena ve druhé kapitole, do náležitého vztahu k hlavním právně teoretickým školám. Tento úkol primárně nespočívá v obhajobě toho, jak jsem kritizoval odlišné názory jiných autorů, ale v podrobnějším objasnění toho, co zde bylo doposud řečeno. Přestože souhlasím, že by kniha o právní teorii neměla být pouze „knihou, z níž se člověk dozví, co obsahují jiné knihy“,<sup>1</sup> faktem zůstává, že co se člověk dozví z jiných knih (někdy nepřímo aniž by je četl), působí jako prizma, kterým pohlíží na jakoukoli novou analýzu. Zdůraznění vlastních názorů proti těm, které jsou hluboce zakořeněny ve slovníku a myšlení daného oboru, je podstatnou částí následujícího výkladu.

## Právní morálka a přirozené právo

V další části výkladu je tedy prvním úkolem uvést to, co jsem nazval vnitřní morálkou práva, do vztahu k prastaré tradici přirozeného práva. Jsou principy, které jsem vložil ve druhé kapitole, druhem přirozeného práva? Odpovědí je důrazné, třebaže nikoli jednoznačné ano.

Tím, o co jsem se pokusil, bylo rozlišit a zformulovat přirozené zákony zvláštního druhu lidské činnosti, kterou jsem popsal jako „činnost podřizující lidské chování pravidlům“. Tyto přirozené zá-

<sup>1</sup> H. L. A. Hart, *The Concept of Law* (1961), VIII.

LON L. FULLER

*Morálka práva*

PRAHA  
1998