



Ratio Publica

Časopis o právní filosofii
a ústavní teorii



2024

Ratio Publica

No. 2/2024, Volume IV. | číslo 2/2024, ročník IV.

Ratio Publica is an academical peer-reviewed journal publishing original scientific texts (mainly) from areas of analytic legal and political philosophy, legal theory, legal ethics and constitutional theory. All texts published in the journal are subjected to a double-blind peer-review and evaluated from the perspective of their research scope, methodological and scientific background, structure and adherence to stylistic rules.

Editorial Board | Redakční rada

Chairman | Předseda doc. JUDr. Martin Hapla, Ph.D.

Members | Členové Mgr. et Mgr. Jiří Baroš, Ph.D.; Mgr. Sylvie Bláhová, Ph.D.; JUDr. Zdeněk Červínek, Ph.D.; doc. Mgr. Pavel Dufek, Ph.D.; doc. Mgr. Marek Káčer, Ph.D.; doc. JUDr. Pavel Ondřejek, Ph.D.; doc. JUDr. Tomáš Sobek, Ph.D.; JUDr. Michal Šejvl, Ph.D.; JUDr. Zuzana Vikarská, MJur, MPhil, Ph.D.

Editorial Staff | Redakce

Publishing editor | Nakladatelská redakce John A. Gealfow

Proofreading | Korektura Daniel Barták, Zuzana Veselková

Print designer | Sazba Michael Šopík

Contact email | Kontakt na redakci editor@ratiopublica.cz

Published | Vydáno January 2025, Brno, Czech Republic | Leden 2025, Brno

Print registration number | Evidenční číslo periodického tisku **MK ČR E 24124**

ISSN: **2787-9550** (print), **2787-9569** (online)

Publisher | Vydavatel **Nugis Finem Publishing, s.r.o.**

CIN | IČ 07516541

Based in | Sídlo nám. Republiky 1391/6, 678 01 Blansko,
Czech Republic



Obsah / Content

Stat' / Treatise

Johanna Heinemann: Waldron and Dworkin on Judicial Review: Adversaries or Allies?	4–27
Stephan Kirste: Právní pojem lidské důstojnosti jako základ práva	30–49
Jakub Stádník: Rizika striktní vázanosti Ústavního soudu vlastní judikaturou	50–69
Zdeněk Trávníček: Právní význam v teorii Michaela S. Moora a právní jistota	70–84



Treatise

Waldron and Dworkin on Judicial Review: Adversaries or Allies?

Johanna Heinemann

Johanna Heinemann is a PhD candidate at the Graz Jurisprudence Research Centre, University of Graz, Austria. Her main area of research is in the normative theory of democratic legislation. In her thesis she analyses the notion of rational legislation, discusses the significance of the rule of law and the constitution for legislation and develops a Dworkinian theory of legislation. Her other research interests are in labor law and the role of law in climate change adaptation. You can reach her via e-mail at heinemann.j@proton.me.

Abstract

Typically, Waldron and Dworkin are characterized as sustaining opposing opinions regarding the question whether strong judicial review of legislation is legitimate. While Waldron is known as an opponent of judicial review because he considers it to be undemocratic, Dworkin is associated with the view that judicial review makes democracy complete. In contrast to the view that they are best understood as opponents, I argue in this paper that when reconstructing Dworkin's and Waldron's positions in a way that takes into account their shared views on democracy and rights, the nature of rights reasoning, and the contingency of institutional performance, regarding them as adversaries is untenable. The aim, however, is not purely exegetical. Rather, I argue that the convergence of the two scholars reveals that effective rights protection depends crucially on a commitment to rights within the citizenry and that for this reason the two are better understood as allies than adversaries on the question of rights protection in democracy.

Keywords: Dworkin-Waldron debate, judicial review, disagreement, fundamental rights, constitutionalism, rights culture, democracy, institutional design

Introduction

For as long as legislation has been subjected to strong judicial review, the democratic legitimacy of the practice has been a point of fierce and intricate debate.¹ Should unelected judges have the power to invalidate what legislators, the elected representatives of the people, have decided, when they (the judges) think that those legislative decisions violate fundamental rights? Many arguments have been put forward defending as well as opposing the practice. The question of which of the two institutions – the judicial or the legislative – is to have the last word on questions of fundamental significance for a community,² has been one of the central battlegrounds on which crucial questions regarding the implementation of democracy and human rights have been fought out.³

In this debate, two scholars have been especially prominent: Ronald Dworkin, and his one-time student, Jeremy Waldron.⁴ Typically, these two thinkers are understood to occupy opposing positions regarding the legitimacy of judicial review.⁵ While Waldron is regarded as an opponent of strong judicial review because he considers it to be undemocratic, Dworkin is associated with the view that judicial review makes democracy complete.⁶ In accordance with this characterization, Waldron has been depicted as the ‘anti-Dworkin’⁷ and

¹ I dearly wish to thank Hillary Nye and Richard Mailey for the opportunity to present an earlier version of this paper at the University of Alberta in 2022 and all the participants there for their encouraging and helpful comments. I am further grateful to my doctoral supervisor Matthias Klatt for the opportunity to discuss an earlier version of this paper with him and members of the Graz Jurisprudence team including then-visiting scholar Stéphane Beaulac in 2023. Much credit is also owed to two anonymous reviewers, whose comments have greatly helped me to rectify, clarify and sharpen my arguments. I am moreover indebted to Ross Mittiga for his extensive language and style review. For their invaluable support of various sorts, I warmly thank Héctor A. Morales Zúñiga, Zdeněk Červínek and Carolina Alves das Chagas.

² My focus in the following is on strong judicial review, which I understand to contrast to weak judicial review in that it is the judiciary who has the last word on the issue, as opposed to a situation in which, after the judiciary has expressed its concerns regarding the constitutionality of a legislative act, it is the legislature who retains the last word.

³ Jeremy Waldron, ‘Judicial Review and the Conditions of Democracy’ (1998) 6(4) *The Journal of Political Philosophy* 335, 335; Dieter Grimm, ‘Constitutional Adjudication and Democracy’, *Constitutionalism: Past, present, and future* (Oxford University Press 2016).

⁴ Jeremy Waldron, ‘Remembering Ronald Dworkin’ (2013) <<https://www.chronicle.com/blogs/conversation/remembering-ronald-dworkin>>.

⁵ See, e.g., Scott M Noveck, ‘Is Judicial Review Compatible with Democracy?’ (2008) 6(2) *Cardozo Public Law, Policy, and Ethics Journal* 401; Cristina Lafont, ‘Philosophical Foundations of Judicial Review’ in David Dyzenhaus and Malcolm Thorburn (eds), *Philosophical Foundations of Constitutional Law* (Oxford University Press 2016) 265; Richard A Posner, ‘Review of Jeremy Waldron, Law and Disagreement’ (2000) 100 *Columbia Law Review* 582, 582–583, 589; Alexander Kaufman and Michael B Runnels, ‘The Core of an Unqualified Case for Judicial Review: A Reply to Jeremy Waldron and Contemporary Critics’ (2016) 82(1) *Brooklyn Law Review* 163, 168; Theunis Roux, ‘In Defence of Empirical Entanglement: The Methodological Flaw in Waldron’s Case against Judicial Review’ in Ron Levy and others (eds), *The Cambridge Handbook of Deliberative Constitutionalism* (Cambridge University Press 2018) 205.

⁶ Alejandro Sahuí Maldonado, ‘Desacuerdos Sobre Derechos: Waldron y Dworkin Sobre Parlamentos y Tribunales’ (2017) 14(35) *Andamios* 159.

⁷ Javier Gallego Saade, ‘Jeremy Waldron’s “Dworkinian” Theory of Legal Reasoning: The Neglected Link’ (2019) *SSRN Journal* 2 [originally published as Javier Gallego Saade, ‘La teoría “dworkiniana” del razonamiento jurídico de Jeremy Waldron: el eslabón ignorado’ (2019) *Isonomía* 6].

the debate on judicial review itself has been framed as being “Waldron versus Dworkin”.⁸ That their positions are best understood as situated on opposite ends of a spectrum seems to be confirmed by Waldron and Dworkin themselves, who, having engaged in face-to-face as well as written debate on the issue, used each other’s position to contrast it with their own.⁹

Notably, despite this apparent antagonism on the question of institutional design, I argue in this paper, the two share strikingly similar premises. The most obvious commonality consists in the fact that both base their position on democratic considerations.¹⁰ Furthermore, their conceptions of rights interpretation, an issue which is often pivotal for positions on judicial review, are very much alike. Moreover, they both show awareness for the contingency that courts and legislatures perform well regarding the protection of rights.

This raises the question why and where, despite these shared starting points, Waldron and Dworkin part ways to arrive at what seem to be antipodes of the debate over institutional design. In this paper, I argue that when reconstructing Dworkin’s and Waldron’s positions in a way that takes into account their shared views on democracy and rights, the nature of rights reasoning, and the contingency of institutional performance, the substantive differences between them appear far more minor. This, in turn, makes regarding them as adversaries untenable.

The aim here, however, is not purely exegetical. Rather, I argue that the convergence of the two scholars reveals that the question about institutional design may not be as relevant to rights protection as the widespread controversies on the topic may lead one to assume. Instead, I argue that, within the work of both authors, we find important insights on what to focus on if rights protection is our concern, so that the two are better understood as allies than adversaries on the question of rights protection in democracy.

To make this argument, I first argue for the similarities of Waldron’s and Dworkin’s conceptions of rights reasoning (1.). Then, I explain how their views on the role that rights play in democracies converge, as well as what they each see the role of the courts and legislatures to be in protecting rights (2.). While the latter points to some divergences between Waldron and Dworkin, I claim in (3.) that these melt away once we consider several crucial qualifications both made throughout their debates, the key upshot of which is that institutional rights protection is contingent and that effective rights protection depends crucially on a commitment to rights within the citizenry.

Before I start, a note on my choice of sources is in order. Both Waldron and Dworkin were (and the former still is) extremely prolific writers on the issue of judicial review. Moreover, both revised and enhanced their views over time not least of all through engaging with each other. In the following, I do not provide a historical recounting of how their respective views developed over time or how exactly the debate between them unfolded. Rather, I synthesize,

⁸ Olivier Beaud, ‘Reframing a Debate Among Americans: Contextualizing a Moral Philosophy of Law’ (2009) 7(1) *International Journal of Constitutional Law* 53, 55.

⁹ Waldron (n 4). Note that in written contributions it is predominantly Waldron who reacts to Dworkin’s views.

¹⁰ In itself, this, of course, does not prove much, since conceptions of democracy may differ starkly. However, as I will show in this paper, the two authors’ conceptions of democracy share some crucial similarities. But differently, see Noveck (n 5).

reconstruct, and compare what I take to be their “final” arguments on the topic of judicial review.

1. Reasonable Disagreement About Rights

A common strategy in approaching the question of judicial review is to argue that the institution that is most likely to make “correct” decisions about rights should be assigned the final word. It may seem, now, that with this line of reasoning we have already identified the fork in the road where Dworkin and Waldron part ways. Dworkin, insisting that there are right answers to questions of rights-interpretation and that courts, the “fora of principle”, are more likely to find those,¹¹ seems to be a prototypical proponent of this strategy.¹² Waldron, in turn, is known for his insistence on intractable disagreement about rights, which makes the strategy of assigning competence based on the criterion of correctness appear non-sensical.¹³

In this section I argue, however, that Dworkin is not a proponent of the above strategy for the reason that he cannot be sensibly reconstructed as supporting all the meta-ethical commitments that are involved with that strategy, although I acknowledge that his language sometimes suggests otherwise (as when he insists on the existence of “objectively right” answers). Rather, I show that when reviewing the role that disagreement plays in Dworkin’s theory of legal reasoning, his views on meta-ethics are much closer to Waldron’s than to those of the strategy described above.

The type of disagreement I am concerned with in the context of this argument is the notion of “reasonable” disagreement,¹⁴ which Besson describes as a type of disagreement that persists among disputants “[...] despite thinking and conversing in good faith and doing their best to apply the general capacities of reason pertaining to the domain inquiry [...]”¹⁵ and which is a pervasive and unavoidable feature of Western, pluralist, democratic societies.¹⁶

In the following, I outline how this type of disagreement, in the elaboration of which the two scholars in fact played a leading role,¹⁷ figures in Waldron’s (1.1) and Dworkin’s understandings of rights reasoning (1.2). I then show that they both share the view that we cannot allocate decision-making authority about rights on the basis of which institution is more likely to answer rights questions “correctly” (1.3).

¹¹ See, e.g., Ronald Dworkin, *A Matter of Principle* (Harvard University Press 1985) 71, 119ff; Ronald Dworkin, *Law’s Empire* (Bloomsbury 1986) viii–ix, 77ff.

¹² Waldron seems to read Dworkin as suggesting this, see, e.g., Jeremy Waldron, *Law and Disagreement* (Oxford University Press 1999) 252 n52, 292.

¹³ Ibid 12–15, 181–182, 213; Jeremy Waldron, ‘The Core of the Case Against Judicial Review’ (2006) 115(6) *The Yale Law Journal* 1346, 1371.

¹⁴ This is related to the notion of “reasonable pluralism” coined by John Rawls, *Political Liberalism: Expanded Edition* (first published 1993, Columbia University Press 2005) 36f, 48ff.

¹⁵ Samantha Besson, *The morality of conflict: Reasonable disagreement and the law* (Hart 2005) 1.

¹⁶ Ibid 2, 155, 160.

¹⁷ Ibid 1–2, 9–10, 22ff, 375ff.

1.1 Waldron on Disagreement About Rights and Justice

One of Waldron's central arguments against judicial review is that individuals disagree about justice in a way that resists resolution.¹⁸ Regarding the existence and root source of such intractable disagreement as an unavoidable circumstance of modern political life, Waldron builds upon Rawls' notion of reasonable disagreements concerning religious, philosophical and moral questions. Rawls explained the source of such disagreements by reference to the "burdens of judgement", which are involved with perspective-formation in those spheres. Empirical and normative uncertainties, complexities as well as different life experiences, lead to divergences in individual political and ethical views. Reasonable disagreements do not, therefore, encompass disagreements that arise from pure misunderstanding or faulty reasoning.¹⁹ Waldron argues that reasonable disagreement equally exists in the sphere of justice, law and rights, as they are afflicted by the same burdens of judgment.²⁰

For Waldron, disagreements that arise concerning the concept, content, and scope of rights essentially amount to disagreements over justice or morality.²¹ This is so because, even when rights are formalized in constitutions or human rights conventions, they are almost always vaguely formulated, leaving significant room for disagreement.²² Further, Waldron emphasizes that these types of disagreements run deep, as they arise not only regarding value judgements themselves but also regarding the question of how the correctness of value judgements can be assessed (– i.e., epistemological disagreement).²³

Thus, no one is in a privileged position to know what certain rights *really* entail, all one can do is state what one *thinks* they do, which makes controversies about rights matters of competing beliefs. At the same time, Waldron emphasizes that the circumstance of intractable disagreement does not imply the moral relativist's ontological claim that there is no such thing as a correct answer on matters of values or rights.²⁴ There might be right answers on such questions, yet, due to the epistemological disagreements involved with making such judgements it is impossible to "[...] validate any particular person's or any particular judge's moral beliefs"²⁵. A correct answer, if it exists, simply does not "[...] disclose itself in ways that are beyond dispute"²⁶.

1.2 Dworkin on Interpretive Disagreement

The issue of disagreement is also a prominent theme throughout Dworkin's moral, political and legal writings. Dworkin discusses the pervasiveness of a specific type of disagreement

¹⁸ Waldron (n 12).

¹⁹ Rawls (n 14) 3–4, 54–58.

²⁰ See Chapter 7 in Waldron (n 12); Waldron (n 13) 1368.

²¹ Jeremy Waldron, 'Do Judges Reason Morally?' in Grant Huscroft (ed), *Expounding the Constitution* (Cambridge University Press 2009) 40.

²² Waldron (n 12) 11–12; Waldron (n 13) 1369, n60.

²³ Waldron (n 12) 177–180.

²⁴ Waldron (n 13) 1368; Waldron (n 12) 186–187.

²⁵ Waldron (n 12) 181.

²⁶ Waldron (n 21) 40.

in law, which he calls “theoretical” disagreement. To characterize theoretical disagreement, Dworkin contrasts it with empirical and moral disagreement. An empirical disagreement about the law is disagreement about facts that are relevant in legal cases. Moral disagreement about the law is disagreement about how the law should be. In contrast, theoretical disagreement is disagreement about what constitutes “the grounds of law”, i.e., the general kinds of propositions, which make other, more concrete propositions of law true (or valid).²⁷ The issue of identifying these grounds is consequently crucial for legal argumentation and especially for the interpretation of rights.

Contrary to conventional (“semantic”) legal theories, Dworkin does not believe that the grounds of law are shared and fixed, or, as he puts it, “criterial”. It is quite common, he argues, that it is controversial in abstract (– i.e., regarding the question of the nature of law) or in concrete (– i.e., regarding the application of a law to a specific case) what the law is. This could not be the case if the conditions of legal validity were shared and fixed, as otherwise disagreements about the law could be settled simply by applying those rules to the question at hand.²⁸

Rather, Dworkin famously argues, law, being a social practice, has an “interpretive” nature. In consequence, legal reasoning requires one to reconstruct legal practice “[...] in its best light – and then to restructure it in the light of that meaning”²⁹. Doing so requires the interpreter to provide a “justification” for the practice of law, which “fits” the paradigm manifestations of a concrete legal system, such as its institutions, statutes, or precedents. The mutually supportive rationales that emerge from this reconstruction, and that make up the legal system’s unique “story” (Dworkin uses the metaphor of legal reasoning being a chain novel) can then be brought to bear on any legal question, supplying an answer to every case, hence allowing no room for discretionary judgement.³⁰

Legal argumentation understood in this way involves engaging the personal conviction of interpreters throughout the entire interpretive process, both for identifying the general justification of law and for expanding this justification to concrete cases.³¹ Accordingly, in the case of the interpretation of constitutional rights Dworkin speaks of the “moral reading” of the constitution as the adequate methodology for giving concrete meaning to vague formulations.³²

Note, however, that while Dworkin is adamant that legal argumentation *involves* making moral judgements, he is keen to limit its extent, pointing to the constraints that follow from making a decision fit with the general legal practice’s story.³³ Moreover, although Dworkin often makes his arguments from a judge’s perspective, his interpretive theory is

²⁷ Dworkin (n 11b) 3–5.

²⁸ Ibid 6–12, 31–36, 43–46, 80–91.

²⁹ Ibid 47.

³⁰ Ibid viii, 66–68, 72, 88–90, 121, 228ff; Dworkin, *Taking Rights Seriously* [1977] (Bloomsbury 2013) 51–54.

³¹ Dworkin (n 11b) 87–88, 235; Waldron (n 21) 52.

³² Ronald Dworkin, *Freedom’s law: The moral reading of the American Constitution* (Oxford University Press 1996) 33.

³³ Ibid 3, 5, 11–12, 36–37; Dworkin (n 11b) 87–92, 234–235, 257, 267, 270, 379–380, 398–399, 410–411.

to be understood as applying to any other kind of legal participant, such as “[c]itizens and politicians and law teachers”.³⁴

Due to the moral dimension of legal argumentation, different interpreters will come to different answers to the same case:³⁵

Each judge’s interpretive theories are grounded in his own convictions about the ‘point’ – the justifying purpose or goal or principle – of legal practice as a whole, and these convictions will inevitably be different, at least in detail, from those of other judges.³⁶

It is consequently the moral dimension of legal argumentation that is the source of theoretical disagreement.

This raises the question of how the circumstance of different answers to one and the same case fits with Dworkin’s thesis of the *one right* answer. To answer this question one must look at Dworkin’s meta-ethical views. Until the end, Dworkin fervently emphasized that he is not a moral relativist³⁷ – to him, right answers on questions of value undoubtedly exist, their existence an “obvious, inescapable fact”³⁸.

Regarding the ensuing question of how to access this truth, Dworkin states that “[...] moral judgments are made true, when they are true, by an adequate moral argument for their truth”³⁹. In that, Dworkin rejects what he considers the conventional approach to meta-ethics, which separately looks at the substance of a moral judgement and the question about the truth of that judgement. Instead, Dworkin holds that a “substantive theory of value must include, not wait for, a theory of truth in value”⁴⁰. Meta-ethics, Dworkin concludes, “rests on a mistake”⁴¹.

On his view, truth, like law or moral and political concepts, is an interpretive concept.⁴² As such, its more concrete propositions are, again, dependent on the convictions of the interpreter, with the consequence that different interpreters disagree about which account of truth is the correct one.⁴³ Consequently, the truth of any interpretive proposition, such as what certain rights require, may therefore never be finally demonstrable to all others, since each person may hold different views on what constitutes a correct interpretive statement.⁴⁴ As Waldron notably explained,

³⁴ Dworkin (n 11b) 14. See also at 190, 413.

³⁵ Ibid 250, 255, 411–412.

³⁶ Ibid 87–88.

³⁷ Ibid 78ff, 121; Ronald Dworkin, *Justice for Hedgehogs* (Belknap Press of Harvard University Press 2011) 30, 125.

³⁸ Dworkin (n 37) 24.

³⁹ Ibid 37.

⁴⁰ Ibid 24.

⁴¹ Ibid 67.

⁴² Ibid 6–7, 172–178.

⁴³ Ibid 130.

⁴⁴ Dworkin (n 30) 9, 105–106; Brian Bix, *Law, Language, and Legal Determinacy* (Oxford University Press 1995) 107–109; Dworkin (n 37) 100.

[...] the right answer thesis is not associated with any method for determining conclusively who has the answer to the legal question right, it functions mainly as a regulative idea of objectivity, underwriting our insistence that there is still something to argue about even when some human authority claims to have had the last word.⁴⁵

Thus, while right answers to interpretive questions exist, on Dworkin's view, they cannot be unequivocally ascertained. In Dworkin's language, there is no "Archimedean" point, that is, no point from outside our own convictions from which we can judge which of the many answers that are put forward by different interpreters is the correct one.⁴⁶ Even if everyone agrees on what the right answer is, we can never be sure we have truly found it.

1.3 Agreement on Disagreement and the Irrelevance of Meta-Ethics

The last two sections confirm that Waldron and Dworkin put disagreement at the center of their understanding of reasoning about rights.⁴⁷ The question to tackle now is how this relates to their respective views on judicial review. My argument is that the relevant overlap in their meta-ethical views shows that Dworkin, like Waldron, cannot be read as supporting the view that the last word on issues of rights should be assigned based on the criterion of which institution is likely to interpret them correctly.

Before this, though, I must address the potential objection concerning whether Waldron and Dworkin are, in fact, talking about the same kind of disagreement. Recall that, due to the mostly abstract wording of constitutional rights, Waldron considers disagreements about rights to amount to disagreements about justice or morality. In contrast, Dworkin's theoretical disagreement, being about the grounds of law, appears to be specific to law.

There is, however, a link within Dworkin's work between theoretical disagreements and disagreements about justice and morality. This link exists because of Dworkin's adherence to the "one-system" picture of law. Contrary to what is generally assumed, Dworkin asserts that law and morality are not separate systems, but rather that law is a branch, or subdivision, of morality.⁴⁸ It can therefore be argued that theoretical disagreement of the Dworkinian kind is simply more general disagreement about morality that is relevant to the legal domain.

Coming from the other direction, Waldron, as Gallego Saade has argued, converges on a Dworkinian account of the nature of law when he assumes that dignity, the basis of human rights, lies at the foundation of legal order and can hence be considered a legal principle.⁴⁹

⁴⁵ Jeremy Waldron, 'Is the Rule of Law an Essentially Contested Concept (in Florida)?' (2002) 21 *Law and Philosophy* 137, 156 n54. See similarly Héctor A Morales Zúñiga, 'Is legal cognitivism a case of bullshit?' in Gonzalo Villa-Rosas and Jorge Fabra-Zamora (eds), *Objectivity in Jurisprudence, Legal Interpretation and Practical Reasoning* (Edward Elgar 2022) 58, 67–69; Ulfrid Neumann, 'Wahrheit im Recht: Zu Problematik und Legitimität einer fragwürdigen Denkform' [2004] *Würzburger Vorträge zur Rechtsphilosophie, Rechtstheorie und Rechtssoziologie*, 37–41.

⁴⁶ Ronald Dworkin, 'Objectivity and Truth: You'd Better Believe it' (1996) 25 *Philosophy and Public Affairs* 87, 99, 127–128; Dworkin (n 37) 25, 39, 67, 82, 100.

⁴⁷ See also Sahuí Maldonado (n 6).

⁴⁸ Dworkin (n 37) 400–405.

⁴⁹ Jeremy Waldron, *Dignity, Rank, and Rights: The Berkely Tanner Lectures* (Wai Chee Dimock, Don Herzog, Michael Rosen, and Meir Dan-Cohen trs, Oxford University Press 2012) 13–15; Jeremy Waldron, 'How Law

Indeed, the type of moral reasoning that is involved when officials deal with rights questions, which Waldron terms “political” reasoning, is attuned to institutional context and sensitive to the fact that judgments are made in the name of society. And Waldron explicitly relates this to Dworkin’s account of the nature of institutional moral reasoning.⁵⁰

It is therefore defensible that for both scholars, fundamental rights questions lie at the intersection of the moral and legal domains and, consequently, the disagreements we have about them are of this moral-legal or political nature.⁵¹ Moreover, both Waldron and Dworkin view these disagreements as central to rights interpretation, affecting their “core” (or “essence”) and hence are not only relevant in occasional borderline cases.⁵²

We can now move to the question of how this is relevant to institutional design. For Waldron, it is precisely the indeterminacy of rights, together with the epistemic uncertainty involved with specifying their content, that renders the practice of judicial review problematic. With reference to Dworkin’s notion of rights as “trumps”, Waldron states the challenge as follows:

If we say that it is the function of rights to ‘trump’ majority decisions, it is surely incumbent on us to add some acknowledgment that people disagree about what rights we have and to offer some basis whereby that disagreement might be resolved, so that there is something determinate to do the trumping.⁵³

Waldron’s point is that, given the indeterminate nature of rights, when we say a right trumps a majority decision, it is in fact a judges’ opinion on what a right requires that is trumping the majority’s opinion on the same. Judicial review, consequently, is not a review in the strict sense – i.e., an assessment to what extent the legislative decision conforms to settled standards, but rather consists of a subjection of the legislative decision to the standard-setting of courts.⁵⁴

We come precisely to the same point, I argue, when reviewing Dworkin’s views on rights reasoning. As we saw, he readily accepts, or, in fact, takes as a starting point the idea that individuals, be they judges, legislators or citizens, disagree on rights and that moreover, even if all of them believe they have the correct answer, there is ultimately no way to prove it in a way that does not allow for further challenge. Consequently, Dworkin cannot be considered to hold the view that judges should decide questions about rights because they have privileged access to what rights really require. This does not change in the face of

Protects Dignity’ (2012) 71(1) *The Cambridge Law Journal* 200, 215, 221–222; Jeremy Waldron, ‘Is Dignity the Foundation of Human Rights?’ in Rowan Cruft, S M Liao and Massimo Renzo (eds), *Philosophical Foundations of Human Rights* (Oxford University Press 2015) 137; Gallego Saade (n 7) 19.

⁵⁰ Waldron (n 21) 44–48, 51–59.

⁵¹ Note that Waldron makes a distinction regarding the types of reasons that each institution typically refers to in their respective reasoning processes. This point will become relevant in Part 2. This distinction however does not affect the convergence of the two authors’ views on the nature of rights reasoning.

⁵² Jeremy Waldron, ‘Judicial Review of Legislation’ in Andrei Marmor (ed), *The Routledge companion to philosophy of law* (Routledge 2012) 441.

⁵³ Waldron (n 12) 12.

⁵⁴ Ibid 181–186, 262–263; Waldron (n 13) 1371.

Dworkin's insistence on the existence of right answers, as he does not couple this with the claim that their existence can be definitively proven.⁵⁵

In short, Waldron's and Dworkin's⁵⁶ meta-ethical stance that there is ineliminable epistemic uncertainty regarding when a right was interpreted correctly, allows one to read both as rejecting the idea that institutional design should be premised on an answer to the question of which institution is more likely to reach right answers. Rather, as Waldron puts it, the question of moral objectivity is irrelevant to the issue of institutional design.⁵⁷ That Dworkin effectively shares this view is indicated, as we saw, by the extent to which he builds epistemic uncertainty into the very fundamentals of his theoretical framework.

2. Rights Protection in Democracy

If their disagreement does not revolve around the question of finding the institution that makes decisions about rights correctly, it may be that the dividing line between Waldron and Dworkin can be found in the relative importance they attribute to majoritarian decision-making via legislatures vis-a-vis the protection of fundamental rights. Indeed, the value of letting majorities decide versus protecting individuals from majoritarian pathologies has been at the center of the two scholars' exchanges.⁵⁸ Perhaps, then, the core issue is that Waldron values "democratic" (majoritarian) decision-making more than Dworkin, while Dworkin values rights more than Waldron.

In this section, I examine how majoritarian decision-making features first in Dworkin's (2.1) and then Waldron's (2.2) theories, as well as how each believes those rights are best protected institutionally. I then argue that both are equally committed to majoritarian decision-making *and* rights, even if some disagreement over institutional capacities exists between them (2.3).⁵⁹

2.1 Dworkin on Equal Concern and Respect

Dworkin's conception of democracy is, from the very beginning, incontrovertibly rights-centered. His conception is based on the idea that democracy means self-government. He outlines two ways in which this ideal can be understood. The first possibility he calls

⁵⁵ This does not preclude Dworkin from making his case for judicial review "outcome-related" in a different sense, as I will discuss below.

⁵⁶ Given that Dworkin has a lot to say on questions that are generally considered as meta-ethical, that is, on questions of the possibility and nature of objective answers as well as their epistemology, his statement of the "mistakenness" of meta-ethics cannot therefore be understood as a rejection of the *issues* that meta-ethics deal with. His claim is better read as rejecting the idea that they are "meta"-questions. As we saw, he criticizes the view that questions about truth or correctness are an *independent* domain, and instead defends that they are on the same level as the value judgements themselves.

⁵⁷ Waldron (n 12) 164ff, 181–186, 306.

⁵⁸ See, e.g., Dworkin (n 37) 386–387; Waldron (n 3).

⁵⁹ That these differences may not weigh too heavy in the overall argument will be argued in Part 3.

the “majoritarian model”. On this model, self-government is realized when decisions are adopted that are voted for, in representation of the citizenry, by a majority of legislators.⁶⁰

The second model, the “partnership conception” of democracy, takes self-government to mean that members of a community must be treated with equal concern and respect,⁶¹ that is, that “[...] its policies treat their fates as equally important and respect their individual responsibilities for their own lives”⁶². This means first and foremost that citizens, as on the majoritarian model, must be able to impact the decisions that structure their lives via decision-making procedures that can be tied back to them, which is the case when each of them is granted an equal vote.⁶³ Moreover, the principle of equal concern and respect requires that a state grants its citizens such “[...] liberties that they need to define a successful life for themselves”,⁶⁴ i.e., a set of certain fundamental civil and political rights that protect the dignity of individuals, such as freedom of speech and religion or due process.⁶⁵ Having such rights means having a “trump” against policies that a community has chosen.⁶⁶ In a community of rights there is a culture of rights, which means that

[...] the public shares a sense, almost as a matter of secular religion, that certain freedoms are in principle exempt from this ordinary process of balancing and regulation. It insists that government may not dictate its citizens’ convictions or tastes, or decide what they say or hear or read or write, or deny them a fair trial [...] even when it believes, with however good reason, that infringing these liberties would on balance protect security or promote economy or efficiency or convenience.⁶⁷

In contrast to the majoritarian model, in the partnership model, differences in citizens’ impact on collective decisions, as is the case when judges invalidate legislation promulgated by the majority’s representatives, are not in all cases democratically problematic. Two conditions must be met, however. First, the difference in impact must not be based on unchosen factors such as race or native endowment and neither on wealth. Second, such differences must increase the overall legitimacy of the system, i.e., they must constitute an improvement in a communities’ respect of the dignity of all individuals by ensuring that all can define what a successful life means to them in an equal measure.

Based on these two requirements, Dworkin argues, rights in the form of disabling provisions in constitutions in combination with judicial review are not necessarily undemocratic. Although this arrangement reduces citizens’ impact on community decisions, this is acceptable if the principle of equal concern and respect is improved overall.⁶⁸

⁶⁰ Dworkin (n 37) 382–383; Ronald Dworkin, ‘Equality, Democracy and Constitution: We the People in Court’ (1990) 18(2) *Alberta Law Review* 324.

⁶¹ Dworkin (n 32) 15–20; Dworkin (n 37) 384; Dworkin (n 60).

⁶² Dworkin (n 37) 330.

⁶³ Ibid 390–391.

⁶⁴ Ibid 330.

⁶⁵ Ibid 368–378; Ronald Dworkin, *A bill of rights for Britain: Why British Liberty Needs Protecting* (Chatto & Windus 1990) 34–35.

⁶⁶ Dworkin (n 37) 329.

⁶⁷ Dworkin (n 65) 10.

⁶⁸ Dworkin (n 37) 382–399.

The judicial arena, for Dworkin, is the place where failures of showing equal concern and respect (whether their source lies with the citizenry or their government officials), are more likely to be detected and redressed. The reason for this conviction lies in the fact that, on Dworkin's view, judges are not subject to as many political pressures, as they do not constantly need to fight for re-election and can therefore more soberly, thoughtfully, and unbiasedly assess questions of rights.⁶⁹ As he puts it, "[j]udicial review insures that the most fundamental issue of political morality will finally be set out and debated as issues of principle and not political power alone, a transformation that cannot succeed, in any case not fully, within the legislature itself"⁷⁰.

2.2 Waldron on Legitimate Democracy

Also at the basis of Waldron's conception of democracy lies the assumption of the importance of rights. He distinguishes between two types of rights: one that is constitutive of democracy and others that attribute legitimacy to it. The constitutive right of democracy is the right to participation. It gives expression to the idea that in the face of disagreement, decisions must be made by equally considering all citizens' views.⁷¹ To do so is to assert the "democratic competence"⁷² of the people, as it expresses the conviction that citizens have the necessary capacities to "[...] participate reasonably in the government of their society"⁷³.

Participation, however, is not enough for Waldron:

No one thinks that any old bunch of people is entitled to impose a decision on others, simply on the ground that there are more individuals in favor of the decision than against it. Democracy and majority-decision make moral sense only under certain conditions.⁷⁴

Waldron's second set of rights therefore comprises rights such as freedom of speech and of association, without which, he says, democracy "[...] would be scarcely worthy of the name"⁷⁵. Yet, Waldron goes beyond even these procedural-kind rights, explicitly endorsing the part of Dworkin's conception of democracy, in which

[m]embership is not just a matter of formal participation: it is also a matter of a person's interests being treated with appropriate concern. Even if he has a vote, he can hardly be expected to accept majority decisions as legitimate if he knows that other members of the community do not take his interests seriously or if the established institutions of the community evince contempt or indifference towards him or his kind.⁷⁶

⁶⁹ Ibid 348; Dworkin (n 11b) 375.

⁷⁰ Dworkin (n 11a) 70.

⁷¹ Waldron (n 12) 251–254, 282–283.

⁷² Ibid 282.

⁷³ Ibid also at 250–251.

⁷⁴ Ibid 283.

⁷⁵ Waldron (n 3) 343.

⁷⁶ Waldron (n 12) 283–284.

Some of such rights will be substantive, protecting personal freedom and likely even providing “[...] affirmative entitlements in the realm of social and economic well-being”⁷⁷. Moreover, he emphasizes, such rights are not simple corollaries to the right to participation but rather are “[...] other conclusions of the very premise that ground the rights-based case for democracy”⁷⁸. Rights of this kind, Waldron explains, are “[...] the conditions of the *legitimate* exercise of” the right to participation.⁷⁹

Yet, Waldron argues, from this commitment to rights and democracy, a commitment to constitutional entrenchment and judicial review does not follow. On the contrary, “[t]he idea of rights-based limits is [...], in the first instance, a matter of political self-understanding”⁸⁰. The viability of this idea in practice is plausible to Waldron, since the notion of self-government constitutively relies on the idea that rights-bearers are also rights-thinkers, that is, democracy itself is based on a conception of citizens who are competent to make decisions about rights. Since decisions taken by legislatures best approximate decisions taken by citizens themselves, it is legislatures that are the more appropriate institution for decision-making in the context of disagreements about rights.⁸¹

The same, he argues, goes for decisions about democracy, i.e., when a case relates to the conditions of democracy. On his view, legislators and citizens are perfectly capable of debating and choosing institutional arrangements in a principled way, so that even structural review along the lines as, e.g., Ely has suggested, is not convincing.⁸² Nonetheless, Waldron accords potential merit to weak forms of judicial review, in which courts give their opinions on rights issues but the final say remains with the legislature.⁸³

2.3 A Trace of Disagreement

Clearly, there are some divergences between Waldron and Dworkin related to their differing views on the relative capacities of courts and legislatures. Before I discuss this point in more detail, however, I want to emphasize the convergences in their conceptions of democracy, which, are far more significant than the trace of disagreement that arises regarding institutional capacities in the end.⁸⁴

The above reconstructions of the two authors’ conceptions of democracy show that for both Waldron and Dworkin majoritarian procedures *and* rights are important. Moreover, there is no indication that they assign different weights to either of the two elements. Waldron may come across as privileging majoritarian decision-procedures given that he has spent much time arguing about the intrinsic value of the former.⁸⁵ As we saw, however, his conception

⁷⁷ Ibid 285.

⁷⁸ Ibid.

⁷⁹ Ibid 284.

⁸⁰ Ibid 308.

⁸¹ Ibid 250–254, 304.

⁸² Ibid 292–296.

⁸³ Waldron (n 52) 435.

⁸⁴ Which, as I will argue in Part 3, is in fact more minute than it seems at this point.

⁸⁵ Jeremy Waldron, ‘A Majority in the Lifeboat’ (2010) 90 *Boston University Law Review* 1043.

of democracy is inextricably linked with the notion of citizens not only being rights-bearers but rights-thinkers, and that it is only when they (and their representatives) act in this spirit that we can speak of “legitimate” democracy.

What Waldron calls “legitimate” democracy thus corresponds to Dworkin’s already integrated concept of democracy, which includes respect for rights per definition but which also allows for distinctions regarding its degree of fulfillment – i.e., between more or less democratic, or, (what is the same), more or less legitimate, states of affairs. For both thinkers, therefore, the notion of democracy is one of degree – the more respect for rights (one of which is the right to participation) it exhibits in its day-to-day practices, the more legitimate it is.⁸⁶

The fact that Dworkin has produced a rich literature on rights should not give rise to the impression that rights play a bigger role in his conception of democracy than they do in Waldron’s. For both, respect for rights is central to (legitimate) democracy, Waldron, as we saw, even explicitly endorses the same types of rights that Dworkin advocates. To be sure, Dworkin has elaborated in great detail what these abstract rights amount to in concrete cases for specific jurisdictions (mostly the U.S.) but they are not therefore part of his abstract conception of democracy. Waldron is likely to hold various opinions on the same questions of rights, and if he does not *yet*, could always do so. In some instances of such rights concretization they are likely to overlap but, of course, on many others they will also have their differences. If we take both authors’ precept of reasonable disagreement seriously, however, we cannot infer from this that either has a stronger or weaker commitment to rights – we could merely conclude that they have *reasonably different* opinions about what various rights require.

This also does not change when we take into account Waldron’s insistences that legislatures, not courts, should have the final say on rights questions. In this, he is not arguing that majoritarian decision-making is more important than protecting rights.⁸⁷ Rather, his claim is that legislatures are fully competent to protect rights and that there is simply no necessity to delegate this to the judiciary. In fact, Waldron explicitly acknowledges his concurrence with Dworkin’s view in this respect when he states that

[...] a theorist of democracy should not affect a pure proceduralist’s nonchalance about the fate of individual rights under a system of majority-decision, for many of these rights are implicated in the democratic ideal. Dworkin is therefore quite correct when he insists that we are not entitled to appeal to any fundamental opposition between the idea of democracy and the idea of individual rights as a basis for criticizing judicial review.⁸⁸

Undeniably, for both Waldron and Dworkin, the notion of (legitimate) democracy is inseparable from the protection of rights.

Nonetheless, there does remain some disagreement between them about *who* should have the final word. Waldron thinks legislatures are equally capable of principled decision-making and since their decisions approximates citizen-made decisions best, it is their call. Notably,

⁸⁶ See similarly, Sahui Maldonado (n 47).

⁸⁷ Waldron (n 3) 343.

⁸⁸ Ibid 341; Waldron (n 12) 282.

(this point will be relevant in the next section) Waldron's view requires that citizens and legislators be regarded as reasonable rights-respecters as a way of underwriting our faith in democracy, which, for him, is based on the assumption that individuals have what it takes to self-govern.⁸⁹

In contrast, Dworkin claims that judges are *better* suited for the task since they are in an institutional position that allows for more impartiality and thus have a higher propensity for principled reasoning. One may wonder, how this view fits with my arguments in Part I that Dworkin does not assume that judges have privileged access to what rights mean, and that the moral reading of the constitution also requires judges to engage their convictions (– i.e., that they cannot be fully impartial). May it not be, as some have claimed, that Dworkin simply considers judicial review valuable because it has yielded outcomes that correspond to his partisan liberal preferences?⁹⁰ Indeed, precisely this explanation suggests itself when Dworkin says that he sees “[...] no alternative but to use a result-driven rather than a procedure-driven standard for deciding” questions of constitutional design.⁹¹

As Kaufman and Runnels have argued, however, to read Dworkin in this consequentialist way is to fundamentally misinterpret him. They claim that when Dworkin refers to “outcomes” he does not mean the “[...] answers to the specific questions of law presented in the particular case”⁹² but the more abstract moral and political background questions that are involved in resolving concrete cases. That is, on Dworkin's view, judges should not be politicians, foisting their political views on the community, but should be the reconstructors and guardians of the legal and political community's foundational principles.⁹³ For example, in the case of the famous Brown decision⁹⁴ that held school segregation unconstitutional, judges would not have been right to base their arguments on the fact that segregation is unjust on some (controversial) account of justice, but only that it violated the “more fundamental principles necessary to justify law as a whole”⁹⁵.

Answering such background questions of course equally engages the interpreter's convictions but they are heavily constrained by the interpretive methodology's requirement of fit, which requires judges to reconcile their answers with (a reconstruction of) a scheme of justice common to the community.⁹⁶ Further, applying the criterion of equal concern and respect does influence the outcome, but only indirectly, for example by requiring the state to “[...] limit the influence of certain types of preferences on the process of social choice”⁹⁷. For Dworkin, legislatures are simply not always in the best position to filter preferences that are irreconcilable with equal concern and respect, a circumstance that he sees confirmed

⁸⁹ Waldron (n 12) 304.

⁹⁰ Dworkin (n 32) 36–38.

⁹¹ Ibid 34.

⁹² Kaufman and Runnels (n 5) 174.

⁹³ Dworkin (n 11b) 255; Dworkin (n 32) 32.

⁹⁴ Brown v. Board of Education, 347 U.S. 483 (1954).

⁹⁵ Dworkin (n 11b) 221.

⁹⁶ Ibid 176, 190, 211, 217, 221, 225.

⁹⁷ Kaufman and Runnels (n 5) 180.

by history, e.g., by preferences motivated by racial prejudice or pro-slavery sentiments.⁹⁸ The better “result” of courts thus consists in their being more likely to filter out such anti-democratic (or, what is the same, anti-rights) preferences.⁹⁹

That Dworkin is not best understood as supporting judicial review only because it satisfied his personal, liberal preferences, is confirmed, as he himself pointed out, by the fact that even after the U.S. Supreme Court rulings clearly started to corresponded more to conservative positions, he did not step back from defending the practice itself.¹⁰⁰ Further, he explained, what was valuable about certain liberal decisions of the court that did coincide with his own views was not their content per se, but rather the fact that the courts reasoned their way to these outcomes by reference to deeper principles of law.¹⁰¹

Waldron has responded to the claim about the superior reasoning capacity of judges by questioning the appropriateness of the methodology they use when they decide rights cases. As we saw in Part 1 Waldron agrees with Dworkin that when judges are deciding about rights they must reason morally, making these decisions in the name of society and that the judge’s decision must therefore take into account its own institutional context. Moreover, he agrees that moral reasoning of judges, if done correctly, does not amount to imposing their personal views on others but rather, analogous to Dworkin’s interpretive methodology, consists in mediating personal moral judgement by “public reason”¹⁰². But still, for Waldron, the idea that judges are better at this type of moral reasoning is not convincing. Rather, he argues, legislatures are institutionally better placed to reason in this way because, unlike courts, they are not under strict interpretive constraints that allow only for a narrow range of considerations (such as precedent, legal texts or constitutional doctrine) to figure in the reasoning process. For when deciding about what he calls “watershed” issues (such as abortion, affirmative action or assisted suicide), the legislative mode of reasoning, which is characterized by the inclusion of much broader ranges of reasons, permits discussing issues “afresh” and on their immediate moral merits without deliberations being legalistically “contaminated”.¹⁰³

This objection does not hold up, however, at least not regarding Dworkin’s account of judicial rights reasoning, since Dworkin does not sustain judges are deciding cases on their merits, as noted above. Rather, legislatures remain the first instance decision-makers and in that indeed take into account more aspects than courts devising schemes afresh. But, as explained above, also legislatures are under a duty to choose only schemes that treat all members with equal concern and respect, and to determine this (correctly) they must equally employ the

⁹⁸ Dworkin (n 11b) 375; Dworkin (n 37) 398; Kaufman and Runnels (n 5) 177.

⁹⁹ Kaufman and Runnels (n 5) 174–180.

¹⁰⁰ Dworkin (n 32) 36–38; Dworkin (n 37) 399.

¹⁰¹ Ronald Dworkin, *The Supreme Court phalanx: The court’s new right-wing bloc* (New York Review of Books 2008) ix.

¹⁰² Waldron (n 21) 55–59.

¹⁰³ Jeremy Waldron, ‘Judges as moral reasoners’ (2008) 7(1) *International Journal of Constitutional Law* 2, 22–24, 60–61; Waldron, (n 21) 44, 51–54, 59–64; Waldron (n 12) 11–12; Waldron (n 13) 1367–1369, 1380–1381, 1383–1384.

interpretive methodology.¹⁰⁴ Judges come into the picture only regarding this latter issue and consequently the judicial methodologies that involve the employment of precedent or constitutional doctrine only serve to answer this latter question and not the question of the immediate merits of the legislative act.¹⁰⁵ Although overall the structure of the interpretive reasoning of legislatures will be different to that of judges, as the interpretive methodology is always sensitive to the interpreters position within the legal system, regarding rights reasoning it is essentially the same, even if the language of the respective institutions may sometimes not make this apparent.¹⁰⁶ The crucial question at hand, therefore, is not which mode of reasoning is more appropriate but rather, which institution simply is better at reasoning about what equal concern and respect requires.

Noticing that Waldron's objection misses its target if directed at Dworkin, dispels another instance of opposition between the two. It does not, however, dissolve all of their differences. Although Waldron's claim that legislatures are better placed to reason morally because their arguments are not legalistically contaminated, fails, his argument that judicial review constitutes an encroachment on the right to participation remains intact. Despite the large areas of overlap between the two authors, then this thin line of disagreement between them remains on the account that I have so far presented. In the next section, however, I argue we have reason to doubt whether even this minor point of difference holds up, which we can see by considering more fully the two authors' views on institutional capacities.

3. Contingent Institutional Capacities

Waldron and Dworkin have advanced their respective arguments for their positions on judicial review in a variety of contexts. In this section I argue that when looking more closely at these contexts as well as the purposes each had in developing their claims, we find, to put it provocatively, that they may often have been talking past each other rather than truly disagreeing.

In the following, I highlight some of Waldron's (3.1) and Dworkin's (3.2) statements on institutional capacity to then assess the extent of amount of disagreement that remains as well as what to make from this conclusion (3.3).

3.1 Waldron's Relativism

Although Waldron is often considered as an unwavering opponent of judicial review, there is, arguably, considerable nuance to his position. For example, as mentioned above, weak judicial review is not his target of criticism; quite on the contrary, he has referred to it as an "admirable system"¹⁰⁷.

¹⁰⁴ Dworkin (n 11b) 401, 410.

¹⁰⁵ Note that this does not presuppose that it can be unanimously established when a violation of equal concern and respect is given. Rather, what is relevant is that the judges' arguments are directed at establishing this rather than declaring the injustice of the measure they are invalidating.

¹⁰⁶ Lack of space does not allow me to elaborate on this point, but see my forthcoming works.

¹⁰⁷ Waldron (n 52) 435.

Moreover, Waldron is most of the time concerned with making an abstract case against judicial review, that is, one that is “[...] independent of both its historical manifestations and questions about its particular effects – the decisions (good and bad) that it has yielded, the heartbreaks and affirmations it has handed down”¹⁰⁸. We need to understand Waldron’s argument against judicial review in this light of abstract principle. It is not motivated by concrete legislative pathologies but takes as its starting point the ideal of legislative functioning. That this is a realistic and not an utopian ideal is justified, according to Waldron, by the fact that the same ideal must be assumed for democratic self-government to work in the first place. To bolster his point, Waldron identifies a few concrete legislative debates that putatively demonstrate that deliberations in legislatures often live up to this ideal.¹⁰⁹

Nonetheless, Waldron concedes that legislatures do not always live up to this ideal, which reveals that his argument is dependent on this condition. In *The Core of the Case Against Judicial Review*, Waldron elaborates the conditions that must be met for his argument against judicial review to hold. These are, first, the existence of a reasonably well-functioning democratic political order, including legislatures; second, adjudicative institutions; third, “a commitment on the part of most members of the society and most of its officials to the idea of individual and minority rights”; and, fourth, disagreement about what such a commitment amounts to in concrete cases.¹¹⁰ If these conditions are not fulfilled, Waldron argues, judicial review might be defensible. Particularly, failures of conditions one and three, that is, pathologies in the legislative and the general democratic process, give legitimate room to judicial review:¹¹¹

Maybe there are circumstances – peculiar pathologies, dysfunctional legislative institutions, corrupt political cultures, legacies of racism and other forms of endemic prejudice – in which these costs of obfuscation and disenfranchisement [that having judicial review entails] are worth bearing for the time being.¹¹²

Waldron, however, is adamant that we should view such shortcomings as pathologies, and not assume this to be the normal, inevitable state of (legislative) politics.¹¹³

Moreover, Waldron warns that judicial review may not lead to

[...] ameliorating a particular situation. It may not be appropriate to set up judicial review of legislation if judicial decisionmaking in a society is no less corrupt or no less prejudiced than its legislative decisionmaking.¹¹⁴

¹⁰⁸ Waldron (n 13) 1351.

¹⁰⁹ Waldron (n 21) 60; Waldron (n 52) 437, 439, 444; Waldron (n 13) 1349; Waldron (n 12) 304–305, 309.

¹¹⁰ Waldron (n 13) 1360.

¹¹¹ Ibid 1401.

¹¹² Ibid 1406.

¹¹³ Ibid 1386. See also, Jeremy Waldron, ‘Legislation and the Rule of Law’ (2007) 1(1) *Legisprudence* 91, 108.

¹¹⁴ Waldron (n 13) 1402.

In fact, Waldron argues, when judged by today's human rights consensus, history is replete with examples in which judicial review has made things worse or has obstructed legislative attempts for improvement.¹¹⁵

Waldron does not go into much detail regarding the question of how to assess whether his conditions are fulfilled.¹¹⁶ Concerning the first condition (of having reasonably well working democratic institutions such as legislatures), he emphasizes that the bar should not be set too high and that evaluations should be made by reference to process rather than outcomes.¹¹⁷ What is relevant, is that officials foster a "[...] culture of democracy, valuing responsible deliberation and political equality"¹¹⁸ and remain committed to addressing departures from those ideals when and where they arise.¹¹⁹ The third condition (of citizens exhibiting an adequate level of rights-commitment), is met when citizens have adopted a written declaration of rights (although this does not presuppose agreement on their concrete meaning). Moreover, rights must not be merely empty talk, rather citizens must "[...] care about them", "keep their own and others' views on rights under constant consideration and lively debate", and remain "alert to issues of rights in regard to all the social decisions that are canvassed or discussed in their midst"¹²⁰. Although Waldron deems these conditions demanding, he does not consider them unrealistic.¹²¹

3.2 Dworkin's Moderation

Similar moderating tendencies are visible in Dworkin's position on judicial review. For starters, his enthusiasm for judicial review is strongest when discussed in application to the U.S. (and occasionally the U.K.). Focusing on these contexts, he gives concrete examples of prevalent pathologies and uses strong language that suggests that democracy cannot do without judicial review.¹²²

Yet, when talking about legislatures in more abstract terms, Dworkin does not depict them as inevitably unprincipled and self-interested. For example, his aspirational theory of law as integrity assigns equal responsibility to legislatures to implement a morally coherent account of equal concern and respect. In other words, from an ideal-theoretical vantage point, legislatures are also guardians of principle for Dworkin, not merely bias-ridden, aggregative policy-making machines. Dworkin explicitly claims that legislatures do not simply respond to numbers. Rather, in his positive case for representation, he argues that the mediation of the majority of citizens' will through legislatures already provides some protection from populist passions (as may the subsequent mediation of the legislative majorities' will by courts), and thus induces some measure of principledness to public will-formation. In other

¹¹⁵ Waldron (n 52) 435–437.

¹¹⁶ Roux (n 5) 207–208.

¹¹⁷ Waldron (n 13) 1361–1362.

¹¹⁸ Ibid 1361.

¹¹⁹ Ibid 1362.

¹²⁰ Ibid 1365.

¹²¹ Ibid 1401–1402.

¹²² Dworkin (n 32) 33–35, 71; Dworkin (n 65) 1–9.

words, also on Dworkin's normative account, legislatures reason with attention to rights. Notably, this has repercussions for his views on the necessity of judicial review:

Judicial review may well be less necessary in nations where stable majorities have a strong record of protecting the legitimacy of their government by correctly identifying and respecting the rights of individuals and minorities. Unfortunately, history discloses few such nations, even among mature democracies.¹²³

Although the quote shows that Dworkin considers legislative pathologies to be commonplace, he is nevertheless aware that they are pathologies, and that legislatures can, if functioning properly, protect rights.¹²⁴

Moreover, Dworkin is equally wary of judicial failures regarding rights protection. For example, in *Law's Empire* he concedes that judges "can be tyrants too".¹²⁵ Further, in *The Supreme Court Phalanx* Dworkin heavily criticizes U.S. Supreme Court decisions that occurred in the wake of Bush's nominations of Justices from 2005 on. His objection is not to do with the conservative content of the decisions made, but with the unprincipled modes of reasoning that underwrote them:

It would be a mistake to suppose that this right-wing phalanx is guided in its zeal by some very conservative judicial or political ideology of principle. It seems guided by no judicial or political principle at all, but only by partisan, cultural, and perhaps religious alliance.¹²⁶

His criticism, then, is that the judges were opportunistic when deciding cases, which manifested itself, for example, in their inconsistent exercise of judicial restraint and activism. They seemed whimsically to favor whichever interpretational methods pointed to their desired substantive outcome in.¹²⁷ In this vein, Dworkin argues that "[n]othing guarantees in advance that judicial review either will or will not make a majoritarian community more legitimate and democratic"¹²⁸. This depends on the attitude of the appointed individuals. It does not follow from the mere fact of being a judge, that one reasons in a principled way.

In view of these complexities, Dworkin concludes that whether judicial review will benefit a legal community "[...] obviously depends on a host of factors that vary from place to place"¹²⁹. In the case of the U.S., despite its judicial failures, Dworkin nevertheless believed "[...] that the overall balance of its historical impact remains positive. Everything now turns on the character of future Supreme Court nominations. We must keep our fingers crossed"¹³⁰. Thus on Dworkin's account, too, judicial review is not a safe bet. The recent developments in constitutional adjudication around the world, and particularly in the U.S., likely would have weakened Dworkin's confidence in judicial capacities even more.

¹²³ Dworkin (n 37) 398.

¹²⁴ Dworkin (n 11b) 355; Dworkin (n 32) 33–34; Dworkin (n 37) 385.

¹²⁵ Dworkin (n 11b) 375.

¹²⁶ Dworkin (n 101) 47–48.

¹²⁷ Ibid ix–xiii, 1–15, 48.

¹²⁸ Dworkin (n 37) 398.

¹²⁹ Ibid.

¹³⁰ Ibid 399.

3.3 Final Convergences and the Work Ahead

Having examined how Waldron and Dworkin stand on the value (or necessity) of judicial review in different contexts, we can now determine the extent to which the conventional view – which regards them as intellectual opponents – holds up. Notably, neither is categorical regarding the question of judicial review; rather, both maintain simply that it is a vital corrective to legislative pathologies. In this sense, for both, whether judicial review is desirable in concrete cases will turn on the contingent, empirical circumstances of the legislature and judiciary, particularly regarding their ability to reason in principled ways.¹³¹

Some differences between Dworkin and Waldron appear to remain, however, concerning each one's estimations of the prevalence of legislative pathologies. Put simply, Waldron seems to believe that such pathologies are exceptions, while Dworkin seems to assume they are the rule. This divergence, however, may well be explained by the fact that the two approach the question of institutional capacities from different viewpoints: Dworkin mainly focuses on concrete pathologies that occur in specific jurisdictions and builds his argument from there, whereas Waldron takes as a starting point ideal-type models of legislatures and societies. In this sense, the two develop their positions with different purposes in mind. While Dworkin may have been more concerned with fixing concrete problems that particular Western democracies faced at the time he made his argument, Waldron's case may be more general, abstract and aspirational.

Accepting this, there is a real possibility that, at least in some concrete cases, the two thinkers may have coincided on the question of the desirability of judicial review. Indeed, as Roux has argued, the empirical element that Waldron introduces via his four conditions may drastically restrict the scope of his "core" argument against judicial review, excluding from it most liberal Western democracies,¹³² which is precisely the context in which Dworkin makes his argument for judicial review most of the time. In fact, apparently agreeing with Dworkin, Waldron himself states: "There may be some countries – perhaps the United States – in which peculiar legislative pathologies have developed. If that is so, then Americans should confine their non-core argument for judicial review to their own exceptional circumstances."¹³³

One might object, that Waldron and Dworkin have explicitly aired their disagreement on the British case.¹³⁴ But to my knowledge, Waldron rather uses it as an occasion to make his abstract argument, making only sparse reference to the concrete circumstances.¹³⁵

Of course, even granting that Waldron and Dworkin converge on the necessity/desirability of judicial review in some contexts, like that of the US, it does not follow that they would substantively agree in other contexts or cases. Yet, crucially, disagreement between them would not follow from differences in principle but only from diverging views on what

¹³¹ For this point regarding Waldron's argument, see Roux (n 5) 204, 207–211. See differently Sahuí Maldonado (n 47).

¹³² Roux (n 5) 209–210.

¹³³ Waldron (n 13) 1386. See also his critical comments on the bad state of legislation in New Zealand that possibly justify introducing judicial review, Waldron (n 113) 108.

¹³⁴ Dworkin (n 65).

¹³⁵ Waldron (n 12) 211–212, 285–287, 290.

adequate levels of commitment to democratic values and rights entails. As Roux has argued with respect to Waldron, by premising his argument on the said conditions, “[...] Waldron simply relocates the debate over the moral justifiability of judicial review, in so far as it concerns any particular society, to a debate about whether his four assumptions hold in that society”¹³⁶. Moreover, as such judgements involve a host of complex normative-empirical evaluations, disagreement about concrete cases is, in fact, to be expected.¹³⁷ Any difference between the two authors’ positions on judicial review, therefore, does not consist of theoretically significant disagreements, as their convergence at the level of abstract principle is substantial.

Notably, the idea that the desirability of judicial review will depend largely on contingent, empirical circumstances, suggests where future work must focus for those principally concerned with rights protection. In my view, given that we have no reason to regard legislators or judges as necessarily more principled or capable encourages us to inquire more deeply into the factors that conduce to principled reasoning in each institution. That is, instead of taking the performance of these institutions as given and merely focusing on damage containment, we must develop normative accounts of what optimal institutional performances amount to.

Undeniably, there is a vast literature on the judicial role and its desired operating principles, a prominent contributor to which is none other than Dworkin himself. As Waldron and others have noted, however, comparable accounts of the same for legislatures are largely lacking.¹³⁸ To remedy this neglect of legislative theory Waldron considers what “legislating with integrity” would look like, providing yet another indicator of his intellectual kinship to Dworkin.¹³⁹ In this context, Waldron argues that legislatures are restricted in their legislative activity not only by the explicit rules that govern the law-making process, but also by principles, in the explicitly Dworkinian sense, that underlie those rules.¹⁴⁰ This intriguing proposition, appears to be a promising starting point for developing a full-fledged normative theory of legislation.¹⁴¹

It is not enough, however, that we possess such ideals; we must also hold the respective institutions accountable to them. Precisely the point that a sincere society-wide concern and a subsequent formal (by citizens’ participation in elections as well as deliberations) as well as informal enforcement (by citizens criticizing their institutions) of this rights commitment is the only reliable way to reach high levels of rights protection (and consequently democratic legitimacy), is, to me, another crucial upshot of the analyzed debate. Both the positions of Waldron and Dworkin a society-wide commitment to rights (Waldron) or culture of rights as crucial pre-condition for institutional rights protection. The point about their convergence here could not be made more forcefully than when Waldron draws on the Dworkinian-type notion of integrity:

¹³⁶ Roux (n 5) 209.

¹³⁷ Ibid 204.

¹³⁸ Waldron (n 12) 32; Jeremy Waldron, *The Dignity of Legislation* (Cambridge University Press 1999) 1–3.

¹³⁹ Jeremy Waldron, ‘Legislating with Integrity’ (2003) 72(2) *Fordham Law Review* 373.

¹⁴⁰ Ibid 385.

¹⁴¹ See my forthcoming works.

Legislative integrity is not just a principle for legislators, nor is it just a principle for those who set the legislatures up or make decisions about their structures. Legislating with integrity is also a duty incumbent upon society as a whole: it is an aspect of the morality with which citizens deal with one another, under the auspices of their most serious society-wide relations, namely, law and law-making.¹⁴²

The convergent reading of Waldron and Dworkin thus makes it clear that, in the long run, no particular institutional design can substitute a community's commitment to rights, but rather the former must find its source in the latter. In turn, when a culture of rights prevails in the citizenry at large, the decision whether or not to institutionalize judicial review may become far less momentous. Overall, in view of the insignificant differences the two exhibit in their theoretical arguments about judicial review, as well as the productive synthesis of their thought regarding the question of where to look to in order to improve levels of rights protection, I believe we have strong reasons to view Waldron and Dworkin as allies in the quest for protecting rights in democracies.

Conclusion

In this article I have shown that Waldron and Dworkin, despite often being perceived as opponents on the question of judicial review, in fact share substantial ground. The two authors agree on the fact that rights reasoning includes moral elements, which, moreover, are so deeply fraught with disagreement that their correctness will never be safe from contestation, although we should do our best to get right. Further, their concepts of (legitimate) democracy are largely congruent, both relying on participatory decision-making procedures as well as on rights-commitment. Finally, the two even converge on the contingent nature of institutional capacities. Based on these similarities, not much difference in their positions on judicial review remains, apart from potential, theoretically insignificant, disagreements about contingencies relating to the institutional capacities in concrete jurisdictions. Consequently, the upshot of what we might call the Dworkin-Waldron debate is that whether judicial review improves the legitimacy of a democratic community can only be made on a jurisdiction-specific basis.

Moreover, I argue, this debate points us to crucial questions that must be addressed if we want to ensure high levels of rights protection. While good institutional design is surely an important factor, it is not itself sufficient. Rather, and this is precisely the point in which Dworkin and Waldron become allies, the structures of their congruent arguments show that rights protection inside institutions depends in large measure on the commitment to rights that prevails outside of those institutions.

Admittedly, the fact that effective rights protection requires large-scale commitment to rights sounds trivial, however, the obsession with the question of institutional design indicates that it is not insignificant. That is, we can make sense of the intensity with which the issue has been discussed, if we read it as a warning signal, indicating that many do not consider society-wide rights culture pervasive in many jurisdictions, which triggers attempts to redress deficiencies via particular institutional design arrangements. However,

¹⁴² Waldron (n 139) 385.

as I have argued, institutional design is not the only issue we should look to if we want to ensure rights protection. Rather, we must attend to the question of what currently stands in the way of the development of a stable and strong commitment to rights. That is, we may assume with Waldron, that human beings are indeed capable of such a commitment, while at the same time concurring with Dworkin that in most Western liberal democracies such a commitment is not prevalent; then, the question becomes one about which circumstances are fueling the gap between the unattained but attainable ideal and the worrisome status quo. This is, in effect, a question about which conditions individuals need in order to sincerely regard each other with equal concern and respect. At this point, I can only provide some negative answers to this question, but this should suffice to understand in which direction inquiries of this kind could go. For example, in circumstances in which all are concerned with meeting their own needs and safeguarding what they have, the likelihood that individuals will positively care about what is important to others is not very high. Arguably, economic inequalities, pressures to perform, as well as individualistic ethics may well all be factors that fuel such a climate hostile allowing us to act from a place of concern for our fellow community members. Moreover, to seriously consider others in our own deliberations we need to have a minimum understanding of what is important to others. Yet, owing to ethnic as well as economic segregation as well as algorithmically induced media bubbles, individuals in one and the same communities are often so severely estranged from each other's lifeworld's that they even often lack recourse to a shared language (literally) for communicating their values and concerns. Being aware of these challenges and the significance they have for rights protection might provide some further impetus for addressing them.



Stat'

Právní pojem lidské důstojnosti jako základ práva

Human Dignity as a Foundation of Law

Stephan Kirste

Od roku 2012 působí jako profesor na Právnické fakultě Univerzity v Salcburku a jako hostující profesor na univerzitách v USA a Brazílii. V letech 2010–2018 byl předsedou německé sekce Mezinárodní asociace pro filozofii práva a sociální filozofii. Věnuje se filozofii práva, jurisprudenci, právní etice a ústavnímu právu.

Tento text je překladem originálního článku Stephan Kirste, 'A Legal Concept of Human Dignity as a Foundation of Law' in Winfried Brugger a Stephan Kirste (eds), Human Dignity as a Foundation of Law (Franz Steiner Verlag 2013) 63-81. Autorkou překladu anglických částí je Zuzana Veselková a autorem překladu německých částí je Jakub Valc.

Abstrakt

Význam principu lidské důstojnosti se zdá být příliš široký a jeho forma subjektivního práva příliš silná na to, aby odpovídala právu. Nabízejí se dvě strategie, jak se s těmito problémy vypořádat. Zprvée zredukovat význam na obecné pojetí pojmu osoby a zadruhé oslabit formu za předpokladu, že důstojnost je buď mimoprávní princip, nebo pouhá právní hodnota, ale ne individuální právo. V tomto článku se pokusím obojímu vyhnout. Jak rozplynutí konkrétního významu, tak oslabení formy, jenž má za následek nebezpečí bezvýznamnosti, a to cestou pojetí lidské důstojnosti jako práva být uznán jako subjekt práva. Právní osobnost znamená schopnost být subjektem práv a povinností. Lidská důstojnost má v tomto směru formu individuálního práva a obsah, který z ní činí základ práva mít práva, a i formu dalších individuálních práv.

Klíčová slova: lidská práva, důstojnost, právní osobnost, subjekt práva

Abstract

The principle of human dignity seems to have a meaning that is too broad and its form as a right seems to be too strong to conform to law. There are two strategies to cope with these problems; one is to reduce its meaning to general ideas of personhood; the other is to weaken its form by assuming that dignity is either an extra-legal principle or a mere legal value, but not an individual right. In this article, I will try to avoid both, the dissolution of a particular meaning and a weakening of the form which entails a danger of insignificance, by conceptualizing human dignity as a right to be recognized as a person in law. Legal personhood means the capability of being a subject of rights and duties. In this way, human dignity has the form of an individual right and a content that makes it the foundation even of a right to have rights and of further individual rights.

Keywords: human rights, dignity, legal personhood, subject of law

Úvod

Zdá se, že myšlenka lidské důstojnosti není vhodná pro právo. Jedná se o nejzákladnější materiální princip ve všech ústavách, které jej uznávají. Princip lidské důstojnosti má očividně význam, který je příliš široký, a jako právo formu, která je příliš silná na to, aby dosáhla systematicky uspokojivé pozice v právní argumentaci¹. Díky svému fundamentálnímu obsahu slouží jako univerzální právní řešení jakýchkoliv druhů potíží, jako je chybný zápis jmen ve veřejných spisech. Taktéž je používána jako eso, které překoná vše ostatní, neboť důstojnost je úzce spojena s člověkem jako takovým. Pokud je tento druhý význam převeden do právní formy individuálního práva, bude nadřazen každému dalšímu právu v právním řádu. Moderní ústavy, jako je německý Základní zákon² a Listina základních práv Evropské unie³, vlastně kladou zvýšený důraz na formu, protože lidská důstojnost nemůže být poměřována s žádným jiným právem. Avšak pokud je toto právo považováno za absolutní, které nelze poměřovat s žádným jiným právem nebo ústavní hodnotou, co si počít v případech střetu lidské důstojnosti dvou osob, jako je tomu například v situaci, kdy si matka po znásilnění nehce ponechat dítě?⁴

Ponechme si nyní otázku, jak analyzovat důstojnost lidské osoby v její právní formě, pomůže nám, když se pro začátek krátce podíváme na formu práva: Právo je určitý druh normy, jejíž ustanovení a prosazování je regulováno dalšími normami⁵. Není podstatné, aby norma byla skutečně prosazována – ačkoliv bychom neměli co analyzovat, kdyby nebyla skutečně stanovena. Taková norma je platná, pokud naplňuje požadavky, které ukládají příslušné normy pro její ustanovení. Stanovení je často transformací hodnot, norem nebo práv mimoprávního původu do práva⁶. Takovouto transformaci budu nazývat legální institucionalizací dotčené hodnoty nebo normy. Jelikož normy implikují, že by něco „mělo být“, a nikoliv to, že něco „musí být“, jako je tomu u přírodních zákonů, apelují tak na svobodu adresáta. Demokraticky legitimizované právo navíc nejen apeluje na svobodu, ale je samo o sobě jejím vyjádřením. A svoboda jako autonomie opět nepředstavuje pouze ústřední hodnotu spravedlnosti⁷, ale je taktéž modelem jednání člověka v právu. Tato autonomie je formována a chráněna subjektivními právy. A tato subjektivní práva jsou poté adresována právním subjektům.

V tomto právním kontextu je pojem osoby fundamentální právní institucí. Jako subjekt práva má člověk v právu určité postavení, může uplatňovat svá práva, vlastnit věci a bránit

¹ Pro kritickou analýzu právní argumentace založené na lidské důstojnosti srov. Ulfrid Neumann, 'Die Tyrannei der Würde. Argumentationstheoretische Erwägungen zum Menschenwürdeprinzip' (1998) 84 *ARSP* 153; Eric Hilgendorf, 'Die mißbrauchte Menschenwürde. Probleme des Menschenwürdetopos am Beispiel der bioethischen Diskussion' (1999) 7 *Jahrbuch für Recht und Ethik* 137.

² Art 1 (1) „Die Würde des Menschen ist unantastbar. Sie zu achten und zu schützen ist Verpflichtung aller staatlichen Gewalt.“ Překlad: Čl. 1, odst. 1 německého Základního zákona: „Lidská důstojnost je nedotknutelná. Povinností všech státních orgánů je respektovat ji a chránit ji.“

³ Čl. 1 EU-ChFR: „Lidská důstojnost je neporušitelná. Musí být respektována a chráněna.“

⁴ Winfried Brugger, 'Würde gegen Würde' (1995) 16 *Baden-Württembergische Verwaltungsblätter* 414.

⁵ Stephan Kirste, *Einführung in die Rechtsphilosophie* (Darmstadt 2010) 87 ff.

⁶ Stephan Kirste, 'Recht als Transformation' in Herausgegeben von Winfried Brugger, Ulfrid Neumann a Stephan Kirste (eds), *Rechtsphilosophie im 21. Jahrhundert* (Frankfurt/Main 2008) 134–156.

⁷ Kirste (n 5).

své zájmy. V právu má institut osoby technickou hodnotu. Může být připsán jakékoliv entitě, která by měla být právně způsobilá mít práva a užívat je. V souladu s tím může mít podnik status právnické osoby. Zároveň však v historii docházelo k tomu, že příslušníkům sociálních skupin byl často status subjektu práva odpírán: Vezměme si otroky nebo Židy za vlády národně socialistického režimu v Německu.

Zde se snoubí dva problémy: Na jedné straně je složité najít vhodnou právní formu pro fundamentální materiální princip lidské důstojnosti, na straně druhé potřebujeme materiální kritérium, abychom dokázali rozhodnout, kdo by měl obdržet status osoby. V tomto článku tvrdím, že oba problémy se dají vyřešit, pokud budeme lidskou důstojnost chápat jako právo být uznán jako subjekt práva.^{8**} Než se k tomu však dostanu, pojďme alespoň zčásti prozkoumat princip lidské důstojnosti a následně také vývoj pojmu osoby v právu.

1. Lidská důstojnost

1.1 Některé aspekty historie pojmu lidské důstojnosti

Historické kořeny pojmu lidské důstojnosti sahají až do antických dob. Teologicky i filozoficky jde o mnohostranný fenomén. Ovšem v ostrém kontrastu s tímto je historie jeho právní institucionalizace, která je poměrně krátká. Začíná odkazem v článku 151 I německé Výmarské ústavy z roku 1919⁹. Explicitnější byla irská ústava z roku 1937, jež zmiňovala „důstojnost a svobodu jednotlivce“ ve své preambuli. Ústava frankistického Španělska pak termín používala s rostoucí četností¹⁰. Po druhé světové válce zahájil institut lidské důstojnosti své dominantní, triumfální tažení texty mezinárodního práva¹¹, deklarací lidských práv¹² a ústav. Ve Spolkové republice Německo byl pojem lidské důstojnosti poprvé

⁸ ** Poznámka k překladu: Autor v originále používá výrazy „legal person“ a „person“. S ohledem na českou terminologii byly zpravidla překládány jako „právní subjekt“ a „osoba“, čímž se ovšem z textu vytratila původní stylistická návaznost mezi oběma výrazy. Ve vhodných situacích je proto používán i výraz „morální subjekt“ jako ekvivalent „osoby“.

⁹ „Die Ordnung des Wirtschaftslebens muß den Grundsätzen der Gerechtigkeit mit dem Ziele der Gewährleistung eines menschenwürdigen Daseins für alle entsprechen.“ Překlad: „Organizace hospodářského života musí odpovídat zásadám spravedlnosti s cílem zajistit důstojnou existenci pro všechny.“

¹⁰ Čl. I 1. „[d]ůstojnost lidského života“, čl. I 2. „osobní důstojnost pracujícího“, ale též čl. I 3. „důstojnost vlasti“, a také v Chartě Španělů (17. červenec 1945), čl. 1.25.

¹¹ Preamble Charty OSN: „...prohlásit znovu svou víru... v důstojnost a hodnotu lidské osobnosti.“

¹² Všeobecná deklarace lidských práv (10. pros. 1948), Preamble: „U vědomí toho, že uznání přirozené důstojnosti a rovných a nezcizitelných práv členů lidské rodiny je základem svobody, spravedlnosti a míru ve světě..., že lid Spojených národů zdůraznil v Chartě znovu svou víru v základní lidská práva, v důstojnost a hodnotu lidské osobnosti...“ Čl. 1: „Všichni lidé rodí se svobodní a sobě rovní co do důstojnosti a práv. Jsou nadáni rozumem a svědomím a mají spolu jednat v duchu bratrství.“ Srovnejte též Mezinárodní pakt o občanských a politických právech z 16. pros. 1966, Preamble: „uznávající, že tato práva se odvozují od přirozené důstojnosti lidské bytosti.“ Tamtéž, čl. 10: „1. Se všemi osobami zbavenými osobní svobody se jedná lidsky a s úctou k přirozené důstojnosti lidské bytosti.“ Též v preambuli a textu Mezinárodního paktu o hospodářských, sociálních a kulturních právech z téhož dne a jeho čl. 13: „Souhlasí, že vzdělání bude směřovat k plnému rozvoji lidské osobnosti a smyslu pro její důstojnost a posílení úcty k lidským právům a základním svobodám.“ K regionálním úmluvám patří také Africká [Banjalská] charta lidských práv a práv národů, přijatá 27. června 1981, čl. 5: „Každý jednotlivec má právo na respektování důstojnosti, jež je vlastní lidské bytosti, a na uznání jeho právního statusu. Veškeré formy

kodifikován v několika ústavách spolkových zemí a nakonec v Základním zákoně z roku 1949. Posledním krokem jeho vítězného pochodu skrze ústavy 20. a 21. století je článek 1 Listiny základních práv Evropské unie, jež je nyní závazným pramenem evropského práva (čl. 6 I Lisabonské smlouvy): „Lidská důstojnost je nedotknutelná. Musí být respektována a chráněna.“

Pozoruhodně krátká právní historie může v kontrastu se staletou filozofickou a teologickou tradicí vysvětlit, proč právní diskurz týkající se institutu lidské důstojnosti ještě definitivně neopustil další diskuze týkající se tohoto pojmu. Vnesení mimoprávních myšlenek o lidské důstojnosti do práva však způsobuje dva problémy. Na jedné straně se tyto koncepty vyvinuly na etickém, politickém nebo teologickém pozadí a mají již výše zmíněný široký obsah a implikace, které snadno nezapadají do právního kontextu. Na straně druhé množství těchto konceptů volá po tom, abychom si mezi nimi vybrali nebo provedli abstrakci některých jejich společných aspektů. Výběr jednoho z konceptů vyžaduje pro takovou volbu kritéria. Odkud by měla pocházet? Pátrání po společném významu všech těchto konceptů krom toho vyžaduje ústřední bod. To s sebou opět může nést nebezpečí vágního obecného pojmu, který není schopen poskytnout argumentační základ pro legitimní právní rozhodnutí.

Intenzivní diskuze v právní vědě se zčásti zabývá otázkou, zda by vůbec měl existovat filozofický nebo teologický základ právního konceptu lidské důstojnosti, a v případě, že se na tomto shodneme, o jaký by mělo jít. Zda by ústavní koncept lidské důstojnosti měl být chápán v morálním, teologicko-katolickém pojetí¹³, v protestantském pojetí jako „komunita božích

vykořisťování a ponižování člověka, zejména otroctví, obchod s otroky, mučení, kruté, nelidské nebo ponižující tresty a zacházení, jsou zakázány.“ Charta Organizace amerických států, jež vešla v platnost 13. pros. 1951, čl. 45: „a) Všichni lidé bez rozdílu rasy, pohlaví, národnosti, vyznání nebo sociálního postavení mají právo na hmotný blahobyt a duchovní rozvoj v podmínkách svobody, důstojnosti, rovnosti příležitostí a ekonomického zabezpečení; b) Práce je právo a společenská povinnost, dává důstojnost tomu, kdo ji vykonává.“ Americká úmluva o lidských právech vešla v platnost 18. července 1978, čl. 5.2: „Nikdo nesmí být podroben mučení nebo krutému, nelidskému či ponižujícímu trestu nebo zacházení. Se všemi osobami zbavenými svobody bude zacházeno s respektem k přirozené důstojnosti lidské osoby.“ Tamtéž, čl. 6. Svoboda od otroctví: „1. Nikdo nesmí být podroben otroctví nebo nedobrovolné službě, které jsou zakázány ve všech svých formách, stejně jako obchod s otroky a obchod se ženami. Nucená práce nesmí nepříznivě ovlivňovat důstojnost nebo fyzické či intelektuální schopnosti vězně.“ Tamtéž, čl. 11.1: „Každý má právo, aby byla respektována jeho čest a uznána jeho důstojnost“. Americká deklarace práv a povinností člověka, přijata na Deváté mezinárodní konferenci amerických států (1948), Preambule: „Americké národy uznaly důstojnost jednotlivce a jejich národní ústavy... Všichni lidé se rodí svobodní a rovní v důstojnosti a právech a jsou od přírody obdařeni rozumem a svědomím.“ Evropská úmluva o ochraně lidských práv a základních svobod, která vešla v platnost 3. září 1953, čl. 3: „Nikdo nesmí být mučen nebo podrobován nelidskému či ponižujícímu zacházení anebo trestu.“ Evropská úmluva o zabránění mučení a nelidskému nebo ponižujícímu zacházení nebo trestání, jež vešla v platnost 1. února 1989. Smlouva o Ústavě pro Evropu z roku 2004, čl. I-2 Unijní hodnoty: „Unie je založena na hodnotách úcty k lidské důstojnosti, svobody, demokracie, rovnosti, právního státu a dodržování lidských práv, včetně práv příslušníků menšin.“ Tamtéž, část II, Preambule: „Vědoma si svého duchovního a morálního dědictví, Unie je založena na nedělitelných a univerzálních hodnotách lidské důstojnosti, svobody, rovnosti a solidarity...“ Tamtéž, čl. II-61: „Lidská důstojnost je neporušitelná. Musí být respektována a chráněna.“

¹³ Eberhard Schockenhoff, *Naturrecht und Menschenwürde* (Mainz 1996).

děti“ („Gotteskindschaft“)¹⁴, v humanistickém pojetí *Pica della Mirandoly*¹⁵, esteticky, jako ho pojal *Friedrich Schiller*¹⁶, v souladu s doktrínou osvícenských filosofů *Christiana Wolffa* nebo *Samuela Pufendorfa*, ve světle *Kantova*¹⁷, *Fichteho*¹⁸ nebo *Schellingova*¹⁹ idealismu, anebo spíše v souladu se socialismem *Karla Marxe*²⁰, *Ferdinanda Lassalleho*²¹ nebo *Ernsta Blocha*²², v existenciálním smyslu podle *Jeana-Paula Sartra*²³ nebo raději *Heideggera*²⁴, zda by měl být založen na diskurzivní teorii *Jürgena Habermase*²⁵, nebo raději na předpokladech systémové teorie *Niklase Luhmanna*²⁶, nebo konečně v teoretickém rámci utilitarismu²⁷.

Čím více jsou tyto koncepty svázány s teoriemi přirozeného práva, tím složitější je jejich transformace do právních ustanovení. Dokonce i dnes někteří odborníci tvrdí, že lidská důstojnost má mimoprávní základ a že kodifikace pouze poukazuje na přijetí této skutečnosti. Pozitivnímu právu nejvíce dominují přirozenoprávní koncepty lidské důstojnosti v případech, kdy je důstojnost – v návaznosti na tradici, která sahá až k církevním otcům (Origenes)²⁸

¹⁴ Eugen Biser, *Gotteskindschaft und Menschenwürde* (Limburg 2005); Martin Leiner, 'Menschenwürde und Reformation' in Rolf Gröschner, Stephan Kirste a Oliver Lembcke (eds), *Des Menschen Würde – entdeckt und erfunden im Humanismus der italienischen Renaissance* (Tübingen 2007) 49 ff.

¹⁵ Giovanni Pico della Mirandola, *Über die Würde des Menschen/Oratio de hominis dignitate* (Hamburg 1990).

¹⁶ Friedrich Schiller, *Über Anmut und Würde* (Stuttgart 1994) 69 ff.

¹⁷ Immanuel Kant, *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten* (Vol. 7, Frankfurt/Main 1985) 59 ff.; Immanuel Kant, *Die Metaphysik der Sitten Tugendlehre* (Vol. 8, Frankfurt/Main 1974) 557 ff.

¹⁸ O důstojnosti člověka, kterou pronesl J. G. Fichte na závěr svých filozofických přednášek.

¹⁹ Friedrich Wilhelm Joseph Schelling, 'Neue Deduktion des Naturrechts' in *Schriften von 1794–1798*. Unveränd. Nachdr. d. Ausg. Stuttgart-Augsburg 1857, ed. Friedrich Wilhelm Joseph. Ort 1980, 125–161.

²⁰ Karl Marx a Friedrich Engels, *Manifest der kommunistischen Partei* (MEW 1980) s. 464: „Die Bourgeoisie, wo sie zur Herrschaft gekommen, hat alle feudalen, patriarchalischen, idyllischen Verhältnisse zerstört. Sie hat die buntscheckigen Feudalbande, die den Menschen an seinen natürlichen Vorgesetzten knüpften, unbarmherzig zerrissen und kein anderes Band zwischen Mensch und Mensch übriggelassen als das nackte Interesse, als die gefühllose ‚bare Zahlung‘... Sie hat die persönliche Würde in den Tauschwert aufgelöst und an die Stelle der zahllosen verbrieften und wohlverordneten Freiheiten die eine gewissenlose Handelsfreiheit gesetzt. Sie hat, mit einem Wort, an die Stelle der mit religiösen und politischen Illusionen verhüllten Ausbeutung die offene, unverschämte, direkte, dürre Ausbeutung gesetzt“. Překlad: „Tam, kde se buržoazie dostala k moci, zničila všechny feudální, patriarchální a idylické vztahy. Bezohledně zpřetrhala pestré feudální svazky, které člověka poutaly k jeho přirozenému představenému, a neponechala mezi člověkem a člověkem jiné pouto než holý užitek, než bezcitnou ‚peněžní platbu‘... Osobní důstojnost rozpustila ve směnnou hodnotu a na místo nesčetných zaručených a nabytých svobod dosadila bezohlednou svobodu obchodu. Stručně řečeno, na místo vykořisťování zahaleného do náboženských a politických iluzí dosadila otevřené, nestydaté, přímé, bezcitné vykořisťování.“

²¹ Ferdinand Lassalle, 'Das Arbeiterprogramm' in E. Bernstein (ed), *Ges. Reden und Schr.* (Berlin 1919) 173 f.

²² Ernst Bloch, *Naturrecht und menschliche Würde* (Vorwort 1972).

²³ Jean-Paul Sartre, 'Ist der Existenzialismus ein Humanismus?' in Jean-Paul Sartre (ed), *Drei Essays* (Frankfurt am Main/Berlin 1986) 7–51.

²⁴ Martin Heidegger, *Über den Humanismus* (Frankfurt am Main 1981).

²⁵ Jürgen Habermas, *Die Zukunft der menschlichen Natur* (Frankfurt am Main 2001) 62 ff.

²⁶ Niklas Luhmann, *Grundrechte als Institution* (Berlin, 4. Aufl., 1999) 53 ff.

²⁷ Norbert Hoerster, *Ethik des Embryonenschutzes. Ein rechtsphilosophischer Essay* (Stuttgart 2002) 11 ff.; Norbert Hoerster, *Abtreibung im säkularen Staat* (Frankfurt am Main 1991) 121 ff.

²⁸ Theo Kobusch, 'Die Würde des Menschen – ein Erbe der christlichen Philosophie' in Rolf Gröschner, Stephan Kirste, Oliver Lembcke (eds), *Des Menschen Würde – Wiederentdeckt und erfunden im Humanismus der*

– chápána v takovém smyslu, že člověk je obrazem boha a zákon toto musí zaručovat jako individuální právo. Všechny lidské bytosti mají individuální právo na uznání své důstojnosti, které získávají díky své přirozenosti. Podle této geneze je právo na důstojnost absolutní. To znamená, že jej nelze poměřovat s žádným jiným právem. Strategie tohoto argumentu spočívá v přisouzení nekonečné váhy lidské důstojnosti, ve srovnání s níž se váha všech ostatních základních práv jeví jako menší. Tento teologicky inspirovaný koncept byl podroben silné kritice. Jeho základy jsou příliš silně svázány s určitým pohledem na svět, což není vhodné pro sekulární stát, který je vůči náboženství neutrální. Absolutní charakter lidské důstojnosti není přesvědčivý, pokud dojde na konfrontaci důstojnosti s důstojností jako v případě použití mučení proti únosci za účelem záchrany života oběti, pokud je její úkryt neznámý²⁹. Kromě toho jsou silné metafyzické předpoklady o počátku lidského života zpochybňovány na základě moderních vědeckých poznatků a morální kritiky.

Pokud jsou tak protichůdné texty jako Kodex kanonického práva³⁰, Ústava Íránské islámské republiky³¹ nebo Ústava Čínské lidové republiky³² schopné odkazovat na lidskou důstojnost, obecně to dokládá nejistotu při vytváření autonomního, právně koherentního konceptu lidské důstojnosti. Stále více diferencovaná ústavní ustanovení o jednotlivých aspektech porušování lidské důstojnosti – konkrétně zákaz mučení, ochrana před svévolným zatčením (habeas corpus), ochrana cti, ochrana embrya a dalších hodnot ohrožených v lékařské praxi³³ – jsou známkami snahy ústavodárců dosáhnout jasněho rozlišení, čímž tento princip nabývá právní realizovatelnosti. Obecný pojem lidské důstojnosti kvůli tomuto vývoji neztrácí na významu. Otázkou však zůstává, jaká je jeho správná právní funkce a jak ji můžeme určit.

Právník by se nejprve zamyslel nad klasickými metodami právní interpretace, aby našel správný význam principu lidské důstojnosti. Předvedu však, že tento přístup dosahuje jen omezeného úspěchu. Pokud je princip příliš obsáhlý a má příliš silnou právní formu, může představovat strategii jeho přizpůsobení právu buď redukce významu, nebo formy. K tomu se vrátím později.

1.2 Lidská důstojnost jako právní pojem

Výklad pojmu důstojnost se jen zčásti ubírá běžnými cestami právní hermeneutiky. Když vezmeme v potaz jeho šíři a vágnost, tento termín sám o sobě příliš mnoho neříká. Stejně tak

italienischen Renaissance (Tübingen, Mohr Siebeck 2008) 235 ff.

²⁹ Winfried Brugger, 'Darf der Staat ausnahmsweise foltern?' (1996) 35 *Der Staat* 97; Winfried Brugger, 'Vom unbedingten Verbot der Folter zum bedingten Recht auf Folter?' (2000) *Juristenzeitung* 165.

³⁰ CIC 1983, Kánon 208: „Kán. 208 Na základě znovuzrození v Kristu jsou si všichni křesťané skutečně rovni co do důstojnosti i činnosti. Na základě této rovnosti všichni spolupůsobí na rozvoji Těla Kristova, každý podle svého postavení a úkolů.“ Srov. s Kán. 212 a též 768.

³¹ Přijata dne 24. října 1979, Preambule: „Tato Ústava považuje za svůj nejvyšší cíl svobodu a důstojnost lidského rodu.“ Tamtéž, čl. 22: „Důstojnost, život, majetek, práva, bydliště a povolání jednotlivce jsou nedotknutelná, s výjimkou zákonem stanovených případů.“

³² Přijata dne 4. pros. 1982, čl. 38: „Osobní důstojnost občanů Čínské lidové republiky je nedotknutelná.“

³³ Srov. čl. 119a Ústavy Švýcarska, přijaté dne 18. pros. 1998: „Článek 119a Transplantační lékařství (1) Federace poskytuje právní úpravu pro transplantaci orgánů, tkáně a buněk. Chrání tak lidskou důstojnost, osobnost a zdraví.“ Tamtéž, čl. 120 II: „Bere v úvahu důstojnost stvoření.“

historický výklad nedokáže poskytnout jasné výsledky – alespoň ne pro německý Základní zákon. Názory ústavodárců byly příliš různorodé, stejně jako historie této myšlenky. Pouze význačná ustanovení čl. 1 německého Základního zákona poskytují určitý prostor pro systematický výklad, avšak i tato metoda musí brát samotný termín jako neproblematický.

Dosud nepřiliš technické chápání pojmu, jeho obecnost jako hodnoty a jeho krátká právní tradice podporují vnášení mimoprávních přesvědčení. Není tedy divu, že obzvláště v raných fázích vývoje výkladu lidské důstojnosti byl zatížen mnoha křesťansko-teologickými předpoklady³⁴. Víceméně sekulární charakter západních právních tradic však tomuto přístupu vzdoroval. Zdá se, že začlenění pojmu do ústavy vytváří určitý autonomní význam. Bez ohledu na vágnost pojmu se tím vytváří filtr proti přebírání argumentů z jiných společenských systémů.

Tento filtr zdánlivě propouští filozofické koncepce a přijímá je jako vzory pro výklad lidské důstojnosti. Není překvapivé, že přístupy, které zprvu dominovaly právní diskuzi, se opíraly o široce uznávané autory, kteří nebyli podezřelí z totalitního zneužívání. To je jedním z důvodů, proč v této oblasti převládl výklad, který argumentoval v souladu s tradicí Immanuela Kanta. Kant otevřel pohled, který by mohl dát prostor křesťanskému výkladu, aniž by příliš omezoval sekulární chápání ústavy³⁵.

Další metodou, jak dospět k právnímu chápání lidské důstojnosti, je prozkoumání předem učiněných úsudků o tomto slově, postojů nebo přesvědčení lidí o lidské důstojnosti³⁶. I zde bude povědomí o porušení lidské důstojnosti zpočátku nejasné. Vycházejíce z tohoto „morálního citění“ (*David Hume*) lze však pozitivní principy rozvíjet abstrakcí a zpřesňováním.

Na základě těchto skutečností není překvapivé, že pro chápání pojmu lidská důstojnost byl zaveden historický výklad v širším smyslu. Tuto metodu podporuje skutečnost, že princip lidské důstojnosti byl do ústav často vkládán jako reakce na zkušenosti s bezprávním páchaným bývalými diktátorskými nebo totalitními režimy. Základní zákon Německa ji přijal jako reakci na masivní porušování lidských práv nacistickým režimem, který zejména Židům a dalším příslušníkům německého národa upíral právní subjektivitu na základě rasové legislativy. Jiné země reagovaly zákazem mučení jako konkrétního porušení lidské důstojnosti. Dohromady tyto přístupy argumentují spíše právně, protože odkazují na funkci ústavy zajistit právní stát, a tím zabránit režimům svévolně přehlížet lidské bytosti.

Z těchto vzorců vyplynulo poměrně systematické pojetí, podle něhož není možné definovat lidskou důstojnost pozitivně, ale pouze negativně prostřednictvím jejích možných porušení³⁷. Negativní přístup tudíž nahrazuje otázku o tom, co je lidská důstojnost, otázkou,

³⁴ Ernst-Wolfgang Böckenförde, 'Zur Eröffnung' in Ernst-Wolfgang Böckenförde a R. Spaemann (ed), *Menschenrechte und Menschenwürde. Historische Voraussetzungen – säkulare Gestalt – christliches Verständnis* (Stuttgart, 1987) 14 f.; Christian Starck, *GG-Kommentar* (München 1999) čl. 1 I okrajové č. 6: čl. 1 odmítl inherentní nárok na absolutnost. Kriticky: Norbert Hoerster, 'Zur Bedeutung des Menschenwürdeprinzips' (1983) *Juristische Schulung* 93.

³⁵ Immanuel Kant, 'Kritik der reinen Vernunft' in W. Weischedel (ed), *Werkausgabe Vol III* (Frankfurt am Main 1988) 32.

³⁶ Michael S. Pritchard, 'Human Dignity and Justice' (1972) 82 *Ethics* 300.

³⁷ Cf. e. g. Philipp Kunig, 'Art. 1 Rn. 22' in I. von Münch and P. Kunig (eds), *Grundgesetz. Kommentar* (5th ed., München 2000).

kdy a za jakých okolností je porušena. Günther Dürig v Německu napsal: „Přirozeně nelze tvrdit, že princip lidské důstojnosti lze vyložit jako pozitivně zavazující; pouze lze říci, co jej porušuje.“³⁸ Ponižování, udávání, svévolné pronásledování a ostrakizace jsou porušením lidské důstojnosti stejně jako mučení, tělesné tresty, používání detektorů lži nebo injekce séra vynucujícího pravdu. Jakkoli však mohou být tyto teorie přesvědčivé, jsou závislé na třech podmínkách. Zaprvé předpokládají odpovídající zkušenosti. To jim brání v tom, aby byly užitečné pro nové výzvy týkající se lidské důstojnosti. Zadruhé bez pozitivního pochopení toho, co znamená lidská důstojnost, nedokážou říci, co ji porušuje. Jaká kritéria by tato zkušenost musela splňovat, aby byla kvalifikována jako porušení lidské důstojnosti, kdyby neexistovala žádná představa o tom, co to je? V neposlední řadě toto pojetí postrádá jasná kritéria pro rozlišení, zda se pocit nespravedlnosti vztahuje specificky k porušení důstojnosti, nebo i jiné hodnoty: negativní přístup neposkytuje žádný vyčerpávající katalog kritérií pro posouzení, který druh neuctivého chování porušuje lidskou důstojnost a který ne. Tato teorie se však týká ústav, které obsahují princip právního státu. Hlavním úkolem práva je předcházet porušování práv. To je pozitivní aspekt, o který se tato teorie může opřít a vzhledem k němuž lze nespravedlivé jednání kvalifikovat jako popírání lidské důstojnosti. Nemusí se tedy nutně vázat na mimoprávní, filozofické či teologické zdůvodnění lidské důstojnosti, ale na samotné právo a jeho funkci, přičemž k pojmu přistupuje z hlediska právní prevence porušování.

Pokud je na jedné straně úkolem práva rozhodovat o společenských problémech, což znamená, že od právníků očekáváme definitivní odpovědi, a na straně druhé existuje pluralita různých chápání lidské důstojnosti, může být dobrý nápad pokusit se pojem definovat s přihlédnutím k porušování práv. Uzákoněná pozitivní práva vyplývají z diskurzivně legitimizovaných rozhodnutí zákonodárců a dalších právotvorných postupů. Při definování právního pojmu lidské důstojnosti bychom měli vzít v úvahu i tuto formu. Tato tendence naznačuje, že hledáme právní základ lidské důstojnosti. Než tento přístup dále rozvedu, uvedu krátký přehled existujících pojetí lidské důstojnosti. Zde se též zaměříme na otázku, do jaké míry mimoprávní úvahy příslušné pojetí utvářely.

1.3 Formální specifikace lidské důstojnosti

Ve snaze učinit z lidské důstojnosti použitelný právní pojem se ústavodárci stejně jako právní věda pokusili vymezit její právní formu. Prvním krokem tímto směrem bylo pochopení důstojnosti nikoli jako individuálního práva, ale jako objektivního principu nebo hodnoty³⁹. Důstojnost jakožto objektivní právní princip ukládá státu povinnost, ale nezaručuje

³⁸ Günther Dürig, 'Zur Bedeutung und Tragweite des Art. 79 Abs. III des Grundgesetzes' in H. Spanner (ed), *Festgabe für Theodor Maunz zum 70. Geburtstag* (München 1971) 41 ff.; Též Oscar Schachter, 'Human Dignity as a Normative Concept' (1983) 77 *The American Journal of International Law* 849, který však dodává: „Bez dostatečně jasné obecné představy o jeho významu nemůžeme jednoduše odmítnout účelové využití tohoto konceptu, ani nemůžeme bez pochopení jeho významu vyvodit konkrétní důsledky pro příslušné jednání.“ Srovnejte dlouhý seznam porušení (viz tamtéž, s. 852).

³⁹ Günther Dürig tvrdil, že lidská důstojnost je hodnotou, kterou ústava pouze uznává a potvrzuje, ale není individuálním právem, Günther Dürig, 'Der Grundrechtssatz von der Menschenwürde' (1956) 42 *AöR* 119.

jednotlivci odpovídající právo na uznání a ochranu jeho důstojnosti⁴⁰. Některé moderní ústavy tuto myšlenku přijaly, když se o důstojnosti zmiňují v preambuli nebo na jiném místě v textu mimo části o základních právech, například španělská ústava (čl. 10)⁴¹. S ohledem na bezprostřední dopady na naše osobní zájmy je lidská důstojnost jako objektivní princip slabší než jako individuální právo.

Tato tendence oslabovat právní formu důstojnosti se ještě prohlubuje, když jí autoři zcela odpírají charakter aplikovatelného práva. Německý odborník na veřejné právo *Ernst Forsthoff* to v klasickém znění formuloval takto: Lidská důstojnost by byla „obecným pojmem“ (ein „allgemeiner Begriff“), pod který „nelze podřazovat“⁴². Jiní hovoří o axiomu ústavy s „referenční povahou“⁴³, o ustavujícím principu⁴⁴, o nejvyšším cíli veškerého práva⁴⁵, o vyznání nebo o větě se závaznou platností preambule.

Výhodou této relativizace formy je bezrizikové vnášení silných koncepcí obsahu lidské důstojnosti. Pokud si nikdo nemůže nárokovat lidskou důstojnost, může princip nabízet důstojnost jako obraz boha a může mít absolutní status. Jakožto objektivní princip ho stát musí brát v potaz, zejména při výkladu, ale nelze z něj vyvozovat žádné konkrétní právní důsledky. Pokud důstojnosti upřeme právní charakter, není třeba ji poměřovat ani s jinými ústavními hodnotami či principy. Jako principu si jí můžeme vážít, i když jsou vyvoditelné právní důsledky zanedbatelné. Mezi patosem a právními důsledky je rozdíl. Vzhledem k redukci formy by byl právní pojem důstojnosti otevřen křesťanskému, transcendentálně-filozofickému a imanentnímu chápání lidské důstojnosti.

1.4 Specifikace obsahu lidské důstojnosti

Jiné teorie se snaží o opačnou metodu: Tím, že redukují její význam, posilují formální dopad lidské důstojnosti jako práva, zejména jako základního práva. Tyto teorie zahrnují dvě hlavní skupiny s různými dílčími rozděleními. Zaprvé existují teorie, které se pokoušejí o zpřesnění obsahu důstojnosti na základě kvalitativní změny jejího významu. Zadruhé existují teorie, které zavádějí kvantitativní hranici, pod níž bude porušení považováno za pouhé obtěžování, nikoliv za podstatné porušení lidské důstojnosti.

⁴⁰ Christoph Enders, *Die Menschenwürde in der Verfassungsordnung. Zur Dogmatik des Art. 1 GG* (Tübingen 1997) 118: „Der Absolutheit des Begriffs der Menschenwürde und der Unbestimmtheit ihres Schutzbereichs entspricht es demnach, wenn sich positivrechtlich aus Art. 1 I GG kein eigenständiges subjektives Recht ergibt, dieser vielmehr nur in einer objektiv-rechtlichen und auf alle Grundrechte bezogenen Funktion zum Tragen kommt.“ Překlad: „Absolutní povaha pojmu lidská důstojnost a neurčitost rozsahu její ochrany tedy odpovídá tomu, že z článku 1 I Základního zákona nevyplývá z pozitivněprávního hlediska žádné samostatné subjektivní právo, ale že vstupuje do hry pouze v objektivně-právní funkci vztahující se ke všem základním právům.“

⁴¹ Ignacio Gutiérrez Gutiérrez, 'Menschenwürde als europäischer Verfassungsbegriff. – Rechtsvergleichender und verfassungsgeschichtlicher Beitrag zur Debatte um die Menschenwürde' (2006) *Kritische Vierteljahresschrift* 384.

⁴² Ernst Forsthoff, 'Rezension' (1969) 18 *Der Staat* 524.

⁴³ Rolf Gröschner, 'Des Menschen Würde. Humanistische Tradition eines Verfassungsprinzips' in Rolf Gröschner, Stephan Kirste a Oliver Lembcke (eds), *Des Menschen Würde – Wiederentdeckt und erfunden im Humanismus der italienischen Renaissance* (Tübingen 2007) 14.

⁴⁴ BVerfGE 93, 266 ff. (293) – Soldaten sind Mörder; E 87, 209 ff. (228) – Tanz der Teufel.

⁴⁵ BVerfGE 12, 45 ff. (51) – Kriegsdienstverweigerung.

V systematickém pohledu bere první druh pojmu v potaz sekulární povahu většiny západních ústav. Pokud bychom dali důstojnosti význam člověka jako obrazu Božího, došlo by ke kolizi s právem na náboženskou svobodu, právem nebýt diskriminován z důvodu náboženství a zrušením státní církve. Na rozdíl od jiných začíná irská ústava plným *invocatio dei*, čímž se otevírá teologický pohled na ústavu. V sekulárních ústavách představuje silně náboženské pojetí lidské důstojnosti cizí prvek. Aby dali lidské důstojnosti smysl, opírají se vykladači často o Immanuela Kanta. Podle něj je důstojnost člověka výrazem jeho autonomie⁴⁶. Z toho vyplývá orientace lidské důstojnosti na individuální jednání. To opět znamená, že všichni lidé mají právo na uznání těchto schopností. Na základě Kanta lze lidskou důstojnost konstruovat jako subjektivní právo.

Tato teorie, která je velmi významná v Německu a kterou Spolkový ústavní soud přijal jako takzvanou „objektovou formuli“⁴⁷, však ponechává otevřený problém, že je stále silně navázána na idealistická východiska Immanuela Kanta. Je také spojena se silnými metafyzickými předpoklady o rozumné povaze člověka, ke kterým se stěžít může hlásit každý – dokonce ani ne všichni filozofové. Tato překážka napomohla hledat teorie, které odmítají silná tvrzení o člověku jako o *homo phaenomenon* nebo *homo numenon*. V tomto ohledu je slibným kandidátem univerzalistický renesanční učenec Pico della Mirandola⁴⁸. Domnívá se, že člověk si jako druhý Adam musí sám najít své místo ve světě. Je – jako si myslela řada dalších renesančních autorů – bytostí, která připomíná chameleona a je schopna neustálé proměny. Tato důmyslná vlastnost ho odlišuje od všech ostatních tvorů. Jak problému napětí, které staví neutrální západní demokratický stát proti silnému pojetí lidské důstojnosti na jedné straně, tak problému pojetí lidské důstojnosti, jež má být chráněna pouze obecně, na straně druhé, bychom se mohli vyhnout, kdybychom se opírali o Pica. Některé otázky však zůstávají: Takřka žádný ústavodárce se neodvolával na Pica della Mirandolu, Petrarcu, Giannozza Manettiho nebo jiné renesanční autory⁴⁹. Závěrem není dosud jasné, která vlastnost vyjadřuje specificky lidskou schopnost.

Koncepce, které považují důstojnost nikoliv za podstatu lidské bytosti, ale za dosažený výsledek, se mohou vyhnout silným metafyzickým předpokladům. Sociolog Niklas Luhmann tvrdí, že důstojnost je výsledkem sebeprezentace jednotlivce⁵⁰. Lidská důstojnost je tedy hodnota připisovaná komunikací. Tento názor podporují i některé deklarace o lidských právech, např. čl. 45b Charty Organizace amerických států: „Práce je právo a společenská povinnost, dává důstojnost tomu, kdo ji vykonává.“ Takovéto formulace jsou však spíše výjimkou než pravidlem. Pokud se důstojnost vztahuje k dosaženým výsledkům, není toto právo schopné věnovat se problémům, k jejichž řešení byl pojem zaveden, jmenovitě

⁴⁶ Kant (n 16a) 69.

⁴⁷ Poprvé rozpracován Güntherem Dürigem: *Der Grundrechtssatz von der Menschenwürde*, AöR 42 (1956), s. 117–157 a později přijat Soudem: BVerfGE 9, 89 ff. (95); E 27, 1 ff. (6); E 28, 386 ff. (391); E 45, 187 ff. (228); E 50, 166 ff. (175); E 50, 205 ff. (215); E 57, 250 ff. (275); E 72, 105 ff. (116); E 87, 209 ff. (228).

⁴⁸ Cf. Supra note 14.

⁴⁹ Rolf Gröschner, Stephan Kirste, Oliver Lembcke (eds), *Des Menschen Würde – Wiederentdeckt und erfunden im Humanismus der italienischen Renaissance* (Tübingen, Mohr Siebeck 2008).

⁵⁰ Niklas Luhmann, *Grundrechte als Institution* (Berlin 2009) 68 ff.; for Luhmann's concept of human dignity cf. also: Andreas Noll, *Die Begründung der Menschenrechte bei Luhmann – Vom Mangel an Würde zur Würde des Mangels* (Basel, Genf, München 2006) 369 ff.

důstojnosti osob, které nejsou z důvodu mentálního nebo jiného postižení schopny jednat nebo se vyjadřovat samy za sebe. Je také poměrně jasné, že tato teorie by z ochrany tohoto principu zcela vyloučila nenarozené jedince. Podle sociologického náhledu Niklase Luhmanna může platit, že důstojnost je důsledkem přisouvání na základě komunikace. Ale jako pojem zákonného práva je problematická, jelikož nechrání lidskou bytost během jejího vývoje, kdy je pomoc nejvíce potřebná: během její prenatální existence.

Další přístupy zdůrazňují kontextovou specifičnost „důstojnosti“⁵¹. Lze se přihlásit ke křesťanskému chápání člověka jako obrazu Božího; lze souhlasit s předpokladem, že člověk se odlišuje svým rozumem nebo sebeurčením; a přesto je třeba činit rozdíl mezi těmito aspekty lidských bytostí a jejich důstojností. Kromě toho je pro chápání důstojnosti důležité ostře rozlišovat mezi důstojností a příslušným subjektem. Důstojnost sama o sobě vyjadřuje uznání nebo nárok na uznání. Jde o normativní princip. Mezi jakoukoliv antropologií, ať už vědecky orientovanou, křesťanskou nebo sekulární, a nárokem na uznání není žádná nutná souvislost. Povaha důstojnosti vyplývá z kontextu, v němž se nachází. Důstojnost křesťana jako takového se liší od důstojnosti partnera ve společenské komunikaci. V rámci různých komunikačních systémů lze také rozlišovat mezi několika důstojnostmi. V důsledku této kontextové specifičnosti důstojnosti není vyloučena křesťanská povinnost uznat propracovanou důstojnost člověka jako Božího obrazu. Nicméně tyto náboženské povinnosti jako základ práva nelze při jejich aplikaci ztotožňovat s právními povinnostmi. Úkolem je přiznat člověku právní důstojnost, která je ekvivalentem jeho etické důstojnosti jako morálního činitele nebo jeho důstojnosti jako „obrazu Božího“ nebo „Božího dítěte“ v katolickém křesťanském či luteránském kontextu atd.

Opět existují i jiné teorie, které relativizují lidskou důstojnost stanovením určitých kvantitativních limitů⁵². Obtěžování by do určité míry nebylo považováno za porušení lidské důstojnosti, i když se může dotýkat aspektů cti nebo společenského postavení. Jejich všeobecným cílem je nepoužívat tento pojem nadměrně, a tím v konečném důsledku bagatelizovat jeho roli. Toto omezení principu však znamená spíše okrajovou korekci a zároveň neposkytuje kritéria pro stanovení zmíněného kvantitativního limitu.

Všechny pokusy o upřesnění pojmu lidské důstojnosti se pokouší tento obecný, základní pojem, jenž vychází ze silných filozofických nebo teologických předpokladů, vtělit do právního systému. Formální pokusy byly vedeny intuicí, že právo může přijmout tak náročnou filozofickou myšlenku pouze tehdy, pokud bude její formální status redukován z práva na objektivní princip, nebo dokonce na nenormativní „axiom“. Další skupina teorií, kterou jsem nazval materiálními teoriemi, se snažila specifikovat lidskou důstojnost tím, že z jejího obsahu vyloučila určité konotace. Tímto způsobem by mohly uchovat silný formální status lidské důstojnosti jako práva. Zatímco u první skupiny hrozí, že se uplatňování lidské důstojnosti stane irelevantním, neboť nemá konkrétní právní důsledky, u druhé skupiny hrozí narušení lidské důstojnosti zevnitř, protože je sice právem, ale nechrání v situacích, ve kterých by měla jednotlivci pomoci. Úkolem by bylo vyhnout se oběma problémům a vytvořit koncepci lidské důstojnosti, která by spojovala její formální význam jakožto subjektivního

⁵¹ Cf. Habermas (n 24); Hasso Hofmann, 'Die versprochene Menschenwürde' (1993) 118 *AöR* 353.

⁵² Eric Hilgendorf, 'Die mißbrauchte Menschenwürde' (1999) 7 *Jahrbuch für Recht und Ethik* 137; Hofmann (n 50).

práva s tradičním obsahem, podle kterého je lidská důstojnost nejvyšší hodnotou v morální filosofii.

1.5 Základ a vztah důstojnosti

Způsobem, jak toho dosáhnout, by mohlo být využití myšlenky kontextuální citlivosti důstojnosti a položení otázky, jakou funkci má lidská důstojnost plnit v kontextu práva. Myšlenka, že důstojnost je závislá na kontextu, má dlouhou tradici.

Stoický filozof *Marcus Tullius Cicero* hovořil o „*excellentia et dignitas*“ a zdůrazňoval, že důstojnost je vlastností osoby, nikoli její podstatou⁵³. Rozlišoval mezi důstojností jako hodnotou a jejím nositelem. V souladu s tím se důstojnost neomezovala pouze na lidské bytosti. Stát („*dignitas rei publicae*“) nebo římský lid („*dignitas populi Romani*“) také mohl mít důstojnost. Důstojnost, založená na konkrétním společenském postavení, představovala srovnávací a relativní hodnotu⁵⁴. Středověká filozofie považovala samotnou důstojnost za věčnou. Důstojnost je tedy oddělena od příslušného nositele jako smrtelné bytosti. Důstojnost je tudíž spojena s hierarchickými řády (Bůh – lidé, papež – biskup, král – úředníci), v jejichž rámci může člověk důstojnost získat, ale také ji znovu ztratit. Důstojnost člověka jako takového má přednost před těmito ostatními důstojnostmi: Žádnému člověku nemůže být odebrána jeho povaha obrazu Božího.

Pro *Samuela Pufendorfa* a *Christiana Wolffa*⁵⁵ – když zmíníme jen dva osvícenské filozofy – se důstojnost vztahovala k člověku jako k morálnímu činiteli. Ne celá lidská bytost byla uznávána jako důstojná, ale pouze její lepší, rozumná, mravní část. *Thomas Hobbes* hovořil o důstojnosti jako o „veřejné hodnotě člověka“⁵⁶. To naznačuje myšlenku, že důstojnost vyjadřuje oprávněnost svého nositele v určitém společenském nebo filozofickém kontextu. Dokonce i *Immanuel Kant*, který považoval lidskou důstojnost za „vnitřní“, „absolutní“ hodnotu, a nikoliv za pouhou relativní cenu, označil substrát, nositele důstojnosti, za rozumnou lidskou bytost. Pouze takto je člověk absolutní, nikoliv jako empirický subjekt.

Tento historický náčrt může ukázat, že důstojnost se vždy vztahuje k určitému charakteristickému aspektu člověka, nikoli k jeho celku. Důstojnost úřadu odráží jeho význam v hierarchickém uspořádání státu. Důstojnost člověka v křesťanské perspektivě odkazuje na řád všech tvorů, v němž má člověk zvláštní postavení, protože je obrazem Božím. Důstojnost ve filozofickém smyslu může znamenat účast na morálním řádu. To podporuje myšlenku, že při určování významu důstojnosti musíme rozlišovat mezi jejím základem v substrátu (člověk, zvíře, úřad atd.) a příslušným rámcem. Ve vztahu k druhému

⁵³ A to byl opět základ pro nerovnou důstojnost. Jak řekl Cicero: „Rovnost je nerovná, pokud nezná kroky k důstojnosti.“ *Marcus Tullius Cicero, De officio* 1, 30, 105.

⁵⁴ *Marcus Tullius Cicero, De re publica* I, 27, 43.

⁵⁵ Martin Lipp, ‘„Persona moralis“, „Juristische Person“ und „Personenrecht“ – Eine Studie zur Dogmengeschichte der „Juristischen Person“ im Naturrecht und frühen 19. Jahrhundert.’ (1982/83) 11/12 *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno* 217; Theo Kobusch, *Die Entdeckung der Person. Metaphysik der Freiheit und modernes Menschenbild* (2nd ed., Darmstadt 1997) 67 ff.

⁵⁶ *Thomas Hobbes, Leviathan* (Oxford 1965) 68: „veřejná hodnota člověka, jež je hodnotou, jakou mu přisuzuje obecný blahobyť, je to, čemu lidé běžně říkají důstojnost.“

z nich je důstojnost relativní, zatímco ve vztahu k prvnímu, substrátu, může být absolutní. Důstojnost má různé vazby v závislosti na tom, zda jde o křesťana v jeho náboženském prostředí, který žádá o milost bez ohledu na své skutky, nebo o zločince, který o totéž žádá hlavu státu. Od tohoto rámce, k němuž se důstojnost vztahuje, musíme odlišit její základ v určitém substrátu. V případě lidské důstojnosti je substrátem lidská bytost. Tento základ může mít dominantní postavení vůči ostatním substrátům. Být člověkem může být nesmírně důležité. Důstojnost je tedy výrazem systematické hodnoty tohoto substrátu, lidské bytosti.

Pokud se důstojnost vztahuje k hodnotě přiznané určitému substrátu s ohledem na specifický kontext, můžeme se ptát přesněji: Je možné respektovat požadavek ústavodárců uznat lidskou důstojnost jako nejvyšší hodnotu, nebo o ní musíme mluvit s respektem, aniž bychom jí přisoudili pevnou právní relevanci? Odpověď nalezneme pochopením lidské důstojnosti jako práva být subjektem práva.

2. Pojem subjektu práva

V pojmu subjektu práva se setkáváme s odborným termínem, který se postupně vyvinul ze svých filozofických kořenů. Odkazuje na postavení homogenního substrátu v právu. Za pomoci formule „fyzická osoba“ označuje postavení člověka v právu. Jedná se o schopnost mít práva a povinnosti, založenou na právní subjektivitě člověka⁵⁷.

Filozofický vývoj vygeneroval první aspekty specifické funkce z původně nespecifikovaného chápání pojmu jako masky („prosopon“), když církevní otcové diskutovali o teologickém problému trojice. Dobře to vyjadřuje známá definice Boethia (475–524): „Persona est rationalis naturae individua substantia.“ – „Osoba je individuální podstatou racionální povahy.“ Vlastnost být osobou se tak nevztahuje k empirické povaze, ale k rozumu. Tím však není myšlen rozum obecně, ale rozum tak, jak se objevuje v individuální podstatě⁵⁸. Bonaventura (1221–1274) vytvořil teorii morálního jednání, která chápala všechny lidi jako odpovědné „morální subjekty“. Tomáš Akvinský vnímal osobu jako „nejdůstojnější“, rozumnou přirozenost. Osoba se vyznačuje zvláštním způsobem existence, „per se existere“⁵⁹. S ohledem na formu zdůraznil, že osoba zaujímá pomezí postavení mezi druhem – jako člověk – a individuálním jménem – jako Sokrates⁶⁰. Dohromady je „osoba“ pojmenování privace univerzálního rozumu v jedinečné lidské bytosti, jež se zmocňuje své vyšší podstaty.

⁵⁷ Kobusch (n 54); Stephan Kirste, 'Verlust und Wiederaneignung der Mitte – zur juristischen Konstruktion der Rechtsperson' (2000) 60 *Evangelische Theologie* 25; Stephan Kirste, 'Dezentrierung, Überforderung und dialektische Konstruktion der Rechtsperson' in J. Bohnert, Chr. Gramm, U. Kindhäuser, J. Lege, A. Rinken a G. Robbers (eds), *Verfassung – Philosophie – Kirche. Festschrift für Alexander Hollerbach zum 70. Geburtstag* (Berlin 2001) 319–361.

⁵⁸ Persona est rationalis naturae individua substantia. Ernst Fuhrmann, 'Person I. Von der Antike bis zum Mittelalter' in K. Gründer (ed), *HWbPh VII* (Basel 1989) Sloupec 269–283, Sloupec 280; Kobusch (n 54) 28.

⁵⁹ Brigitte Kible, 'Person II. Hoch- und Spätscholastik; Meister Eckhart; Luther' in K. Gründer (ed), *HWbPh VII* (Basel 1989) Sloupec 283–300, Sloupec 287 f., Sloupec 291; O pojmu důstojnosti u Tomáše Akvinského a jeho právních důsledcích cf. Christoph Enders, *Die Menschenwürde in der Verfassungsordnung. Zur Dogmatik des Art.* (Tübingen 1997) 180–184.

⁶⁰ Kible (n 58) Sloupec 292.

William z Auxerre přivedl tento pojem do zákona: „Persona est nomen iuris, id est potestatis et dignitatis.“⁶¹ Spojení osoby, práva, moci a důstojnosti je ve středověku běžné.

Počínaje pozdní scholastikou a později ve své nejpropracovanější podobě v osvícenské filozofii *Samuela Pufendorfa* a *Christiana Wolffa* se „persona moralis“ stává pojmem pro povahu člověka jako součást morálního světa. Z této druhé povahy člověka jako morálního subjektu vyplývá jeho specifická důstojnost. Člověk je takříkajíc rozdělen na dvě osoby, přirozenou a morální. Z této konstrukce je zřejmé, že osoba odkazuje na specifickou funkci v jiném ontologickém rámci. Zatímco Pufendorf považuje za základ osobnosti postavení v morálním světě, Christian Wolff používá jako základ pro svoji argumentaci normy a považuje osobnost za schopnost, díky které mohou být připisovány nebo ukládány normy. Persona moralis je nyní stav, ve kterém má člověk morální práva a povinnosti⁶².

Immanuel Kant dokázal konečně oddělit právní a morální základ osoby. Ačkoliv ve svém díle „Základy metafyziky mravů“⁶³ hovořil o povinnosti respektovat všechny ostatní lidské bytosti jako osoby, tuto povinnost již nezmiňuje ve své právní teorii, pouze znovu v základech etiky⁶⁴. Respektování ostatních jako subjektů práva proto není právní povinností. Schopnost být subjektem přičítání je rozhodujícím kritériem pro rozlišení osoby a objektu. Tato schopnost je – alespoň z principu – vlastní všem lidským bytostem. Kant jasně říká, že osobnost je vždy relativní vůči jistému systému norem. Z toho vyplývá, že mohou existovat morální subjekty a odděleně od nich právní subjekty.

Není překvapivé, že pojem „osoba“ byl nyní připraven k zavedení do práva. Tato receptce vedla k rozlišení pojmu řízenému právními potřebami. Když *Friedrich Carl von Savigny* – vedoucí představitel historickoprávní školy – převzal tento pojem, mohl jednoznačně odmítnout užití pojmu „persona moralis“, trval však na specificky právním významu pojmu „osoba“⁶⁵. Pro toto specifické právní chápání se von Savigny soustředil na právní způsobilost. Právní způsobilost je striktně právní pojem, který lze přisoudit bez jakýchkoliv vazeb na další systémy, včetně toho mravního. Každý, kdo má právní způsobilost, je právním subjektem. Pouto s morálkou však není zcela přetrženo. Von Savigny zastává názor, že „každá jedna lidská

⁶¹ Kible (n 58) Sloupec 287.

⁶² Wolfgang Schild, 'Person, IV. Recht- Rechtsperson; in K. Gründer (ed), *HWbPh VII* (Basel 1989) Sloupec 322–335, Sloupec 324; Martin Lipp, '„Persona moralis“, „Juristische Person“ und „Personenrecht“ – Eine Studie zur Dogmengeschichte der „Juristischen Person“ im Naturrecht und frühen 19. Jahrhundert' (1982/83) 11/12 *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno* 217.

⁶³ Kant (n 16a) 61: „Handle so, daß du die Menschheit sowohl in deiner Person, als in der Person eines jeden andern, jederzeit zugleich als Zweck, niemals bloß als Mittel brauchest.“ Překlad: „Jednej tak, abys používal lidskost jak ve své osobě, tak v osobě všech ostatních vždy jako cíl a nikdy jako pouhý prostředek.“

⁶⁴ Kant (n 16b).

⁶⁵ Friedrich Carl von Savigny, *System des heutigen römischen Rechts. Zweyter Band* (Berlin 1840) 240 f.: „Früher war sehr gewöhnlich der Name der moralischen Person, den ich aus zwey Gründen verwerfe: erstens weil er überhaupt nicht das Wesen des Begriffs [der juristischen Person, S. K.] berührt, der mit sittlichen Verhältnissen keinen Zusammenhang hat: zweytens weil jener Ausdruck eher dazu geeignet ist, unter den einzelnen Menschen den Gegensatz gegen die unmoralischen zu bezeichnen, so daß durch jenen Namen der Gedanke auf ein ganz fremdartiges Gebiet hinüber geleitet wird.“ Překlad: „Dříve byl velmi rozšířen název morální osoba, který odmítám ze dvou důvodů: za první proto, že se vůbec nedotýká podstaty pojmu [právní osoba, S. K.], který nemá žádnou souvislost s morálními vztahy; za druhé proto, že tento výraz se hodí spíše k označení některých lidí jako protikladu k těm nemorálním, takže tímto pojmenováním se myšlení dostává do zcela cizí oblasti.“

bytosť, a pouze individuální lidská bytosť, je schopná mít práva a povinnosti“⁶⁶. Zatímco von Savigny odvozuje právní způsobilost ze svého pojetí lidí, jeho student, *Friedrich Puchta*, převrací argument naruby. Říká: „Toto je první krok ke zjištění, že člověk jako bytosť nadaná vůlí je právním subjektem, neboť subjektivní právo je silou vůle, a nikoliv: Subjektivní právo je silou vůle, neboť slouží realizaci lidské vůle.“⁶⁷ Hans Kelsen pak konečně ukončil proces právní diferenciacie osoby a prohlásil, že jeho zájmem je „přivést fyzické a právní subjekty na společný jmenovatel, jmenovatel práva“⁶⁸.

Osoba je funkční pojem. Je třeba ji chápat v rámci příslušného normativního systému jako ústřední bod pro připisování nebo ukládání norem. Každý normativní systém má odlišná kritéria pro prisouzení statusu osoby. Tato kritéria nejsou závislá na argumentech vycházejících z přírodních podmínek nebo jiných normativních systémů. Tyto osoby nejsou stvořeny z masa a kostí; jejich tělo se skládá z práv a povinností. V souladu s tím je možné považovat mentálně postižený nebo dokonce nenarozený subjekt za subjekt práva, který může mít jistá práva, ačkoliv není schopen jednat. To také znamená, že nové neurologické poznatky⁶⁹ neurčují, zda můžeme někoho uznat jako subjekt práva, nebo ne. Pojem osoba dává člověku sice právní status, ale takový, který je stejně tak uzpůsobený potřebám lidí jako právnímu systému. Tento status je právním tělem fyzické osoby nebo dalších entit obdařených mocí mít práva a právně jednat. Řečeno středověkými slovy jde o „mystické“ nebo právní tělo, které subjekt práva vlastní⁷⁰. Čistá subjektivita je též základem pro svobodu a rovnost⁷¹. V této subjektivitě jsou si všechny právní subjekty rovné. V souladu s tím se *Gustav Radbruch* nemýlil, když konstatoval, že pojem právního subjektu je pojmem rovnosti⁷². Právní subjekt je současně základem pro právní svobodu: Mít práva znamená mít právní moc nezávislou na veřejném nebo soukromém vlivu.

Z tohoto vývoje je zřejmé, že s odlišením práva a morálky v 19. století získal právní subjekt stejné postavení v právu jako morální subjekt v morálním světě. Z našich úvah o důstojnosti můžeme vyvozovat, že důstojnost subjektu je důstojností právní, jež vyplývá z jeho účasti v právním světě, stejně jako důstojnost morálního subjektu odpovídá jeho postavení v morálním světě.

⁶⁶ Savigny (n 64) 2.

⁶⁷ Uwe John, 'Einheit und Spaltung im Begriff der Rechtsperson' (1982/83) 11/12 *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno* 947, 949.

⁶⁸ Hans Kelsen, *Allgemeine Staatslehre* (Berlin 1925) 63.

⁶⁹ Srov. článek Warrena S. Browna a Philipa Claytona.

⁷⁰ Srov. Ernst Hartwig Kantorowicz, *The King's two Bodies* (Princeton 1966) 209.

⁷¹ Minimální morální obsah rovnosti je stanoven v právnícké osobě. Helmut Coing, *Europäisches Privatrecht. Band I. Älteres Gemeines Recht (1500 bis 1800)* (München 1985) 171.

⁷² Gustav Radbruch, *Rechtsphilosophie* (8th ed., 1973) 225; pro Radbrucha je však základem rovnosti myšlenka, že člověk je účelem sám o sobě. Považuje za dostatečné, aby kolektivní právní subjekty byly výrazem lidských bytostí, které za nimi stojí. V souladu s tím shrnuje: „Všechny osoby, fyzické i právnícké, jsou tvory právního systému. Fyzické osoby jsou také „právníckými osobami“ v užším slova smyslu.“ *Ibid.*, 227.

3. Respekt pro lidskou důstojnost jako právo být uznán jako právní subjekt

Mezi německými odborníky ústavního práva existuje spor o tom, jak je třeba chápat první větu Základního zákona: „Důstojnost člověka je neporušitelná.“ („Die Würde des Menschen ist unantastbar.“)⁷³ Jde o deskriptivní větu, neboť normy musí nezbytně obsahovat povinnost, která je formulována ve formě indikativu? Zatímco normativní věty obsahují kontrafaktuální ustanovení, u deskriptivních vět lze – obecně vzato – prokázat jejich pravdivost nebo nepravdivost. Pokud by šlo o deskriptivní větu, již dávno by byla vyvrácena, neboť lidská důstojnost očividně byla a může být porušena. Aby to dávalo smysl, musíme větu chápat jako normativní: „je neporušitelná“ musí být chápáno jako „nebude porušována“⁷⁴.

Dále navrhuji, aby byla zároveň chápána jako právní věta⁷⁵. Takovou formu však může mít pouze tehdy, pokud je chápána jako obsahující právo. Pokud by obsahovala pouze princip, tento právní princip by bylo možné poměřovat s ostatními právními principy. To opět znamená, že by mohl být v některých případech porušen. Kdyby byl předmětem porušení, nebyl by slučitelný s apodiktickou formulací „neporušitelný“.

Avšak právo může obsahovat pouze tehdy, pokud budeme chápat lidskou důstojnost z hlediska právní subjektivity. Být subjektem práva je tou největší důstojností, jakou může právo poskytnout. Znamená to schopnost právně využívat svobodu. Tato schopnost se realizuje, když jsou určitá práva připsána jednotlivci. Mít právo znamená být schopen právně jednat. Právo, které lidská důstojnost poskytuje, je nárok na uznání právní způsobilosti každé lidské bytosti. Pokud potom právní způsobilost znamená být subjektem práv, je tento nárok splněn, jakmile se člověk stane subjektem přidělení práv, a ne pouhým objektem práv jiných.

Pokud tedy chápeme lidskou důstojnost jako právo být uznán jako subjekt práva a pokud být subjektem práva znamená mít práva a povinnosti, pak je toto subjektivní právo vyhlášeno a zároveň realizováno právním řádem. Ve formě individuálního práva propůjčuje všem lidským bytostem nárok na to být uznán jako právní subjekt; a jelikož být právním subjektem znamená být subjektem zákonných práv a povinností, toto právo je naplněno již jen samotným aktem jeho vyhlášení. Právo na lidskou důstojnost je tedy vskutku jedinečné. Zatímco ostatní nároky jsou splněny dalším jednáním, právo být uznán jako subjekt práva je naplněno jeho kodifikací jako základního práva. Prostřednictvím jeho kodifikace je člověku přiznáno právo, které je nezbytné pro to, aby se stal právním subjektem. Obsahem práva na lidskou důstojnost je základní právo být uznán jako právní subjekt. Tento obsah je pro

⁷³ Stejně znění v čl. 1 Listiny základních práv Evropské unie.

⁷⁴ Cf. Horst Dreier, 'Art. 1 I GG, Rn. 42 f.' in Horst Dreier (ed), *Grundgesetz. Kommentar. Band 1* (2nd ed., Tübingen 2004) Präambel, Art. 1–19; Matthias Herdegen, 'Art. 1 Abs. 1, Rn. 17 ff.' in Maunz, Dürig, Herzog a Scholz (eds), *Grundgesetz. Kommentar. Band I* (München, 49th additional supply, March 2007) Art. 1–5; Christian Stark, 'Artikel 1, Rn. 13 u. 23 f.' in Mangoldt, Klein a Starck (eds), *Bonner Grundgesetz Kommentar. Vol. 1* (München, 4th ed. 1999); Christoph Enders, 'Art. 1 Rn. 47 ff.' in Friauf a Höfling (eds), *Berliner Kommentar zum Grundgesetz. Vol. 1* (Berlin 2005).

⁷⁵ Toto je můj zásadní spor s Christophem Endersem (n73); Christoph Enders, *Die Menschenwürde in der Verfassungsordnung* (Tübingen 1997) 94 ff., který popírá právní povahu lidské důstojnosti v čl. 1 I německého Základního zákona.

právo skutečně elementární. Tento nárok je naplněn formou práva. Indikativní forma věty je vhodná, protože jakmile je právo uznáno v ústavě, nemůže být porušeno.

Lidská důstojnost chápáná v tomto právním, technickém způsobu poskytuje aspekt, který pojem subjektu práva neobsahoval. Samotný koncept subjektu práva, jak jsem jej předtím načrtl, neříká nic o tom, *kdo* by měl mít vlastnost právního subjektu. S oddělením právního subjektu od konceptu „*persona moralis*“ muselo právo najít svá vlastní kritéria pro přidělení této vlastnosti. Kdokoliv má zákonná práva a povinnosti, je právním subjektem a osobou v právu. Ale kdo by to měl být? To je otázka. Lidská důstojnost má odpověď: Se *všemi* lidskými bytostmi musí být zacházeno jako s právními subjekty.

Proti této interpretaci lidské důstojnosti jako právního pojmu samozřejmě existuje zásadní námitka: Tím, že redukuje obsah lidské důstojnosti na právo být uznán jako právní subjekt, tento pojem mění a minimalizuje, ponechává pouze formální a technický nástroj. V této vyprázdněné formě se zdá, že pojem není schopen poskytnout lidem ochranu, kterou si zaslouží. Na jedné straně však redukce obsahu lidské důstojnosti na právo být uznán jako právní subjekt znamená jeho právní posílení: Jednotlivec obdrží *právo* být jako takový uznán. Takové právo by zabránilo tomu, aby Židům nebo Romům byl ve Třetí říši odepřen právní status osoby. Toto právo nesmí a nemůže být poměřováno s jinými právy nebo hodnotami a je v tomto smyslu absolutní. Nikdo nemůže být více nebo méně subjektem práva. Buď má schopnost mít práva a povinnosti, nebo nemá. Pokud má právo, musí mít schopnost, a pokud ne, není právním subjektem.

Dále lze namítat, že pokud by jedno právo postačovalo k naplnění práva být uznán jako právní subjekt, proč tedy nedat jednotlivci právo být otrokem? Toto však také není přesvědčivá námitka. Forma práva zde podřívá jeho postavení a neuděluje mu právo. Mít právo být otrokem znamená mít právo nemít práva nebo povinnosti. Být otrokem znamená nemít žádná práva nebo povinnosti a být pouhým předmětem v rukou pána. Když se v roce 1824 Dred Scott vrátil z Illinois, kde bylo otroctví zakázáno, do Missouri, kde bylo povoleno, on nebo jeho žena nebyli požádáni o plnění svých povinností, byli jednoduše považováni za součást Sandfordova soukromého mobilního majetku. Jako tací patřili ke Sandfordovým předmětům a nebylo s nimi zacházeno jako se subjekty⁷⁶. Pokud by ale na druhé straně otrok obdržel svobodu, kterou si zaslouží jako lidská bytost, nikoliv paternalistickým činem, ale protože pán uznal jeho právo být svobodný, byl by současně uznán jako právní subjekt. Jen samotným uznáním tohoto práva je respektován jako osoba a ztrácí status otroka. Pokud použijeme toto zdůvodnění na náš problém, kdy právnímu subjektu poskytujeme právo být otrokem, pak vidíme, že právo na otroctví nikdy nemůže existovat, neboť otroctví znamená absenci práv.

Toto však není poslední aspekt lidské důstojnosti týkající se ústavy. Zejména pokud ústava nejen uvádí, že lidská důstojnost je neporušitelná, ale též požaduje její respektování a ochranu, ukládá státu povinnost udělit jednotlivci více práv. Měli bychom si vzpomenout, že jsme chápali právní subjekt tak, že měl rovný potenciál k přiřazování základních práv, svobod a práv na rovnost. Naplnění tohoto závazku respektovat a chránit lidskou důstojnost znamená, že stát tato práva jednotlivci zaručuje. Stejně jako je člověk lidskou bytostí i bez rukou a nohou, je právním subjektem, pokud má právo být tak uznán, ale žádná další práva.

⁷⁶Dred Scott v. Sandford, 60 U.S. 393 (1856), 60 U.S. 393.

V takovém stavu by mu očividně scházely důležité schopnosti. Jeho sebeurčení by mělo velmi malý dosah. Není jenom osobou, ale také osobností. Jako osobnost má potenciál rozumně jednat. Respektovat ho jako takového znamená poskytnout mu více práv k realizaci jeho potenciálu. Moderní ústavy to berou v potaz tak, že chrání jednotlivce proti mučení, ruší trest smrti, respektují jeho soukromí a chrání jej před jiným „nelidským nebo ponižujícím trestem nebo zacházením“ (čl. 15.1 španělské ústavy nebo čl. 5 III brazilské ústavy⁷⁷). Stejně jako právní způsobilost neznámá způsobilost k právnímu jednání, ale je jeho předpokladem, tak i lidská důstojnost je právo na respektování potenciálu mít další práva a neznámá je skutečně mít. Ostatní základní práva dávají osobám svobodu jednat bez veřejných zásahů. Ale jak řekl Hans Carl Nipperdey, lidská důstojnost je „posledním zdrojem a pramenem všech později formulovaných základních práv“⁷⁸. Zaručuje osobám možnost mít další práva.

Tento zdroj není nutně vázán k životu jednotlivce. Důstojnost mohou mít nenarozené děti, stejně jako důstojnost nemusí nutně končit smrtí. Možná to zašlo příliš daleko, když *Baldus* napsal: „Císař ve své osobě musí zemřít, ale Důstojnost samotná je nesmrtelná.“⁷⁹ Nahlíží na osobu, jako by měla dvě těla, jedno přirozené a druhé mystické – nebo moderně řečeno: jedno empirické a druhé založené na společenských očekáváních. To druhé je podle něj nositelem důstojnosti. Baldus poukazuje na to, že důstojnost závisí na připsání a není vázána k přírodní hmotě. Právo si ponechalo Baldovo rozlišení, ale otočilo jej naruby: Každá lidská bytost má právo na zákonné společenské uznání. To je její důstojnost. Právní vyjádření této důstojnosti spočívá v její právní osobnosti. Toto právo zůstává zachováno, i když osoba – jak přirozená, tak právní – přestala existovat. Ze své důstojnosti může člověk odvodit právo na posmrtnou ochranu své osobnosti⁸⁰.

Navrhovaný koncept lidské důstojnosti jako práva být uznán jako právní subjekt se vyhýbá jakýmkoliv dalším podstatným teologickým nebo filozofickým předpokladům. Jeho základní prvky byly kdysi rozvíjeny teologickými a filozofickými spekulacemi. Byly však přetvořeny do právních argumentů. Proto se dobře hodí do ústav, které mají neutrální přístup k náboženství a názorům na svět. Pokud však ústavy, jako ta irská, obsahují silnější náboženské nebo filozofické pojetí lidské důstojnosti, není to v rozporu s právě uvedeným výkladem. Pojetí důstojnosti jako práva být uznán jako právní subjekt nevyklučuje, že množství práv, která naplňují tento nárok, by mohlo být větší, že by mohlo zahrnovat autonomii, kreativitu, sebeurčení atd., pokud by to bylo jen uvedeno v ústavě. Tento širší obsah pojmu však závisí na příslušných ústavních indikacích a nevyplývá ze samotného pojmu „lidská důstojnost“. Lidská důstojnost jako právní koncept požaduje základ, právo mít práva, což znamená být uznán jako právní subjekt. Toto pojetí není zatíženo jakýmkoliv mimoprávními hodnotami, čímž se vyhýbá hodnotovým konfliktům ve výkladu lidské důstojnosti. Je však hodnotám otevřeno. Nezbytně udává hodnotu, že každá lidská bytost má právo být uznána jako právní

⁷⁷ Pro důkladné zkoumání a srovnání lidské důstojnosti v německé a brazilské Ústavě srov. Ana Paula Barbosa: *Die Menschenwürde im deutschen Grundgesetz und in der brasilianischen Verfassung von 1988. Ein Rechtsvergleich*. (Dissertation, Münster 2007); též Ana Paula Barbosa, 'A Legitimação Moral da Dignidade Humana e dos Princípios de Direitos Humanos' in R. L. Torres (ed), *Legitimação dos Direitos Humanos* (Rio de Janeiro, São Paulo, Recife, 2nd ed., 2007) 137–168, kde aplikuje přístup Carlose Santiaga Nina.

⁷⁸ Hans Carl Nipperdey, *Die Grundrechte II* (München 1966) 1, 11.

⁷⁹ Kantorowicz (n 69) 398.

⁸⁰ Spolkový ústavní soud Německa, in *Neue Juristische Wochenschrift* 2001, 594–596.

subjekt. Jak tento právní subjekt „vypadá“, jaká by měl mít další práva, záleží na rozhodnutí ústavodárce nebo zákonodárce, který o nich rozhoduje s osvědčením příslušného postupu.

„Stát je tu pro člověka, nikoliv člověk pro stát.“⁸¹ Tohoto cíle, o němž se diskutovalo mezi tvůrci německého Základního zákona, může dosáhnout stát, který se řídí zásadami právního státu, pouze skrze zákonné prostředky. Protože je tento stát zaměřen na jednotlivce, dosahuje tohoto cíle tím, že jednotlivci zaručuje práva. Stát tudíž přetváří před-právní lidskou bytost na právní lidskou bytost, a tím na právní subjekt. Toto není žádný abstraktní ideál, který má praktický význam nedělního kázání. Naopak, právo závisí na naplnění tohoto ideálu. Bez právních subjektů by práva nebylo. Jejich schopnost být subjekty přičítání je základem všech právních vztahů.

Opak je však také pravdou: Bez práva by nebylo právních subjektů. Zaměření na ideál, kterému ústavodárci a zákonodárci rozumí rozdílnými způsoby, ho tlačí skrze ucho jehly právní formy. Stejně jako je morální dokonalost člověka jeho svobodná osobnost jako základ jeho důstojnosti jako *persona moralis*, v právu je právní osobnost základem pro všechna další práva, včetně těch práv, která mu náleží jako rozumné osobnosti. V morálce je autonomie základem důstojnosti, jak řekl Kant. V právu je právní subjektivita základem svobod. Těmito právy se právní subjekt vyjadřuje, stává se bohatší a získává více oblastí působení bez veřejných zásahů. Transformace důstojnosti do práva obrací základ a výsledek naruby: Důstojnost, která v etice následuje autonomii, je základem pro svobody v právu a status osoby, který je výrazem její svobody, se stává právním základem pro výkon její svobody v právní formě.

Zdá se, že je součástí dialektiky lidské důstojnosti jako právního principu, že ztrácí právní význam tím více, čím více je zatížena mimoprávním obsahem, a že plní svou funkci tím více, čím více je redukována na subjektivní základ právního systému. Ten, kdo od ní vyžaduje všechno z pohledu morálky nebo přirozeného práva, se vystavuje nebezpečí, že ji jako právo zcela znehodnotí. Když je lidská důstojnost chápána jako právo být uznán jako právní subjekt, těmto hrozbám se vyhne.

⁸¹ Artikel 1 of the draft of the Herrenchiemseer Konvent:

„(1) Der Staat ist um des Menschen willen da, nicht der Mensch um des Staates willen.

(2) Die Würde der menschlichen Persönlichkeit ist unantastbar. Die öffentliche Gewalt ist in allen ihren Erscheinungsformen verpflichtet, die Menschenwürde zu achten und zu schützen.“ Překlad: Článek návrhu Herrenchiemseer Konvent:

„(1) Stát existuje pro lidi, a ne lidé pro stát.

(2) Důstojnost lidské osoby je nedotknutelná. Veřejná moc ve všech svých projevech je povinna respektovat a chránit lidskou důstojnost.“



Stat'

Rizika striktní vázanosti Ústavního soudu vlastní judikaturou

Risks of the Constitutional Court's strict adherence to its own case law

Jakub Stádník

Autor je interním doktorandem katedry politologie a sociologie Právnické fakulty Univerzity Karlovy v oboru ústavní právo a státověda; zároveň pracuje jako asistent ústavního soudce. Ve své rigorózní práci se zabýval rolí odlišných stanovisek, aktuálně se věnuje zejména otázkám konzistence a stability judikatury a je členem projektu GAČR na téma politických stran a Ústavního soudu.

Abstrakt

Tento článek se věnuje možnostem a podmínkám změny judikatury pléna Ústavního soudu (tzv. vnitřní závaznosti judikatury). Cílem článku je především ilustrovat, jak mohou závěry o striktní nemožnosti judikатурních změn potenciálně vyvolat o to větší dojem nahodilosti rozhodování v případech, kdy ke změnám judikatury nakonec dochází. Článek se v první kapitole zaměřuje na stručné vysvětlení pojmu změny judikatury a odlišení změny pravé a nepravé. Následně shrnuje dlouhodobé závěry Ústavního soudu ohledně (ne)změnitelnosti jeho judikatury a podrobněji rozebírá některá aktuální rozhodnutí Ústavního soudu včetně odlišných stanovisek. Těžištěm textu je kapitola 4, ve které se autor snaží argumentovat, proč přísná nezměnitelnost judikatury a její případné rozpínání může přinášet více škody než užitku. Nakonec článek upozorňuje na otázku překážky věci rozhodnuté v řízení o kontrole norem. Byť se jedná o téma zdánlivě nesouvisející, podrobné odůvodňování neexistence překážky věci rozhodnuté může být symptomem strachu ze změn vlastní judikatury. Článek se však snaží ukázat, že tento strach je do velké míry neopodstatněný. Ústavní soud by ve svém vlastním zájmu neměl pravé změny judikatury vylučovat či maskovat, jinak nebude v budoucnu schopen reagovat na společenský a právní vývoj (což bude nesporně muset), aniž by jeho rozhodování současně nepůsobilo arbitrárně.

Klíčová slova: Ústavní soud České republiky, změna judikatury, vnitřní závaznost judikatury, odlišné stanovisko, *res iudicata*.

Abstract

This article focuses on the possibilities and conditions for changing the case law of the full plenum of the Constitutional Court (the internal binding nature of case law). The aim of the article is primarily to illustrate how conclusions about the strict impossibility of changes in case law can potentially give the impression of arbitrariness of decision-making in cases where changes in case law do eventually occur. In the first chapter, the article focuses on a brief explanation of the concept of case law change (overruling) and the distinction between genuine and non-genuine change. It then summarizes the Constitutional Court's long-standing conclusions regarding the mutability of its case law and discusses in more detail some of the Constitutional Court's recent decisions, including dissenting opinions. The focus of the text is chapter 4, in which the author tries to argue why the strict case-law immutability and its possible expansion may do more harm than good. Finally, the article draws attention to the issue of *res iudicata* in judicial review. Although this is a seemingly unrelated topic, the need to justify in detail the absence of *res iudicata* may be a symptom of the fear to change the case law. However, the article seeks to show that this fear may be largely unfounded. In its own interest, the Constitutional Court should not forbid or disguise genuine changes in case law, otherwise it will not be able to respond to social and legal developments in the future (as it will undoubtedly have to) without its decision-making appearing arbitrary.

Keywords: Constitutional Court of the Czech Republic, overruling, internal binding nature of case law, dissenting opinion, *res iudicata*.

Úvod

Tvrzení, že judikatura Ústavního soudu je závazná i pro něj samotný, není nijak kontroverzní.¹ Jde o doktrínu tzv. vnitřní závaznosti judikatury, která jednoduše řečeno znamená vázanost soudu jeho vlastními rozhodnutími, resp. právními závěry, které jsou v nich obsaženy.² V praxi však lze zaznamenat různorodé pohledy na to, co vnitřní závaznost judikatury vlastně znamená, a zejména, jak je tato závaznost striktní, tedy za jakých podmínek může Ústavní soud svou vlastní judikaturu měnit. Týká se to především rozhodování pléna, na které se tento článek zaměřuje.

Při každé personální obměně se Ústavní soud musí potýkat s tím, do jaké míry předchozí judikaturu soudu považuje za „svou vlastní“. Ústavní soud se od roku 2023 posouvá od třetí ke čtvrté dekádě, v rámci čehož probíhá obměna jeho soudců. Má být judikatura Ústavního soudu spíše „románem na pokračování“³, anebo odrazem názorů aktuálních 15 soudců?

1. Teze a cíle článku

Ústavní soud se dlouhodobě snaží předcházet dojmu arbitrárnosti jeho rozhodování a překotnosti změn judikatury tím, že akcentuje stabilitu judikatury jako důležitou hodnotu.⁴ Vázanost svými vlastními rozhodnutími dokonce označil za podstatnou náležitost demokratického právního státu⁵. O přínosech stability judikatury nemůže být pochyb, bylo toho o nich již mnoho napsáno a tento text se na ně nezaměřuje.⁶ Článek má sloužit spíše jako zřídka zaznívající názorová protiváha k rozpínání závěrů o přísné vnitřní závaznosti judikatury Ústavního soudu.

V článku chci ilustrovat, že v době, kdy soudy potřebují reagovat na některé právně-spoolečenské proměny (a bude to jistě potřebovat i čtvrtý Ústavní soud), se přehnaný důraz na

¹ Tomáš Langášek, 'Čl. 89' in Pavel Rychetský, Tomáš Langášek, Tomáš Herc, Petr Mlsna a kol. (eds), *Ústava České republiky. Ústavní zákon o bezpečnosti České republiky. Komentář* (Wolters Kluwer 2015) 940.

² Ladislav Vyhnanek, 'Judikatura v ústavním právu' in Michal Bobek, Zdeněk Kühn a kol. (eds), *Judikatura a právní argumentace* (2. přepracované a aktualizované vydání, Auditorium 2013) 357.

³ Tento přírůstek proslavil Ronald Dworkin ve svém díle Ronald Dworkin, *Law's Empire* (Bloomsbury 1998).

⁴ Nález Ústavního soudu ze dne 24. 4. 2024, sp. zn. Pl. ÚS 52/23, bod 47.

⁵ Nález Ústavního soudu ze dne 11. 6. 2003, sp. zn. Pl. ÚS 11/02, bod V. 2.

⁶ Hlavním důvodem pravidelného akcentování vnitřní závaznosti judikatury je snaha o zachování právní jistoty, předvídatelnosti práva a ochrany legitimního očekávání. K tomu srov. Viktor Gazda, 'Judikatorní odklony a legitimní očekávání účastníků řízení' (2021) 160 4 *Právník* 285, 288–289. Obdobně též Ondřej Kadlec, *Role velkých senátů v rozhodování vrcholných soudů České republiky* (Wolters Kluwer 2019) 169–170. Jak si však sám autor trefně všimá, tyto důvody se spíše vztahují k senátnímu rozhodování. V plénu se dle mého jedná spíše o hodnotu posilování důvěryhodnosti Ústavního soudu. Pokud by stabilita judikatury byla zcela narušena, Ústavní soud by patrně ve větší míře čelil podezřením z toho, že je „nikým nevoleným“ sborem 15 osob, který bez patřičné legitimacy rozhoduje o zcela zásadních společenských a právních otázkách. Akcentem na stabilitu judikatury Ústavního soudu se tak posiluje vnímání soudu jako instituce dlouhodobě fungující, neovládané aktuálními náladami. Lze také říci, že stabilita judikatury posiluje koherenci a integritu soudního rozhodování. K tomu srov. Elke Cloots, *National Identity in EU Law* (Oxford University Press 2015) 17 a 18. Citované dílo v mnohém vychází z myšlenek Ronalda Dworkina. K posilování tzv. institucionální legitimacy skrze stabilitu judikatury srov. např. Amy Coney Barrett, 'Precedent and Jurisprudential Disagreement' (2013) 91 *Texas Law Review* 1711, 1725.

stabilitu judikatury může dost dobře zvrhnout ve strnulost interpretace práva a obrátit se proti samotnému soudu.⁷ Přemrštěný důraz kladený na princip právní jistoty, a tedy i neměnnost, je něčím, co se bytostně nesnáší s diskursivní povahou ústavního soudnictví.⁸ Ve výsledku může akcentování neměnnosti judikatury vyvolat o to větší dojem nedůvěryhodnosti soudu v případech, kdy ke změně judikatury nakonec přece jen dojde. Neměnnost judikatury napříč časem přitom automaticky nevede k žádoucí sjednocenosti (konzistenci) judikatury; tyto dva pojmy je třeba odlišovat.⁹ Tyto teze se článek bude snažit ilustrovat na konkrétních příkladech.

Ladislav Vyhnánek v roce 2013 označil přístup Ústavního soudu k podmínkám změny vlastní judikatury za dlouhodobě neudržitelný (a nemající v zahraničí obdobu).¹⁰ Chci se tedy zaměřit na to, zda Ústavní soud i nyní, na počátku své čtvrté dekády v těchto tendencích pokračuje. To má dalekosáhlé důsledky. Vždyť se jedná o zcela zásadní otázky typu, co udělá deset nových soudců Ústavního soudu v situaci, kdy zjistí, že jsou vázáni judikaturou soudu minulé dekády, se kterou vnitřně nesouzní.

Vyjma analýzy aktuální judikatury se však nevyhnu ani určitým názorovým pasážím. Není od věci již na tomto místě předeslat, že si podle mého názoru Ústavní soud nevystačí s doposud přijímanými závěry o tom, za jakých podmínek je možné judikaturu měnit. Tvrdím, že je potřeba určité představy o rigidní nezměnitelnosti judikatury změkčit. Sám Ústavní soud jim totiž z podstaty svého rozhodování nemůže dostát. Jednou ze základních hypotéz tohoto článku tedy je, že umělé přiživování mýtu o přísné stabilitě (nemožnosti změn) judikatury spíše snižuje legitimitu a důvěryhodnost soudu nežli naopak. Tuto svou hypotézu se pokusím ilustrovat právě na aktuální judikatuře Ústavního soudu, týkající se např. přezkumu obecně závazných vyhlášek, platů soudců, majetkových restitucí či povinných sterilizací trans osob.

2. Co je to změna judikatury?

Nejprve je však nutné alespoň ve stručnosti vysvětlit, co se vůbec změnou judikatury v kontextu tohoto článku myslí. Nejen v akademických textech, ale i v judikatuře Ústavního soudu bývá totiž pojem změny judikatury mnohdy dezinterpretován. Je tomu tak proto, že praxe mnohdy neodlišuje tzv. pravou a nepravou změnu.

Pravá změna judikatury (tzv. *overruling*) je přímý střet předchozího a nového právního názoru¹¹, přičemž tento střet není ovlivněn změnou skutkových či jiných okolností, které posuzovaný případ doprovází.¹² V praxi se může jednat o situaci, kdy by např. Ústavní soud

⁷ Srov. k tomu náleze Ústavního soudu ze dne 22. 12. 2010, sp. zn. III. ÚS 1275/10, bod VI.

⁸ Eliška Wagnerová, 'Právo jako účel' in Jan Kysela (ed), *Zákon o ústavním soudu po třinácti letech* (Eurolex Bohemia 2006) 104.

⁹ K pojmu konzistence judikatury srov. Zdeněk Kühn, 'Konzistence judikatury jako problém právní kultury' in Jan Kysela (ed), *Zákon o ústavním soudu po třinácti letech* (Eurolex Bohemia 2006) 108–115.

¹⁰ Vyhnánek (n3) 357.

¹¹ Právním názorem je, jednoduše řečeno, důvod, respektive důvody, které vedly Ústavní soud k meritornímu rozhodnutí ve věci samé formou nálezu (tzv. *ratio decidendi*). Srov. Jan Filip, '§ 13' in Jan Filip, Pavel Holländer, Vojtěch Šimíček, *Zákon o Ústavním soudu* (2. vydání, C. H. Beck 2007) 68.

¹² Vyhnánek (n3) 356.

rozhodoval o diskriminačním charakteru určité daně. V jednom případě by potvrdil, že daň je ústavně souladná. V jiném, pozdějším případě by však shledal daň jako protiústavní, a co je podstatné, nedovodil by žádné změny okolností posuzovaných případů. Soud se jednoduše rozhodl jinak a své předchozí rozhodnutí nepovažoval za správné. V takovém případě se jedná o pravou změnu judikatury.

Pravá změna judikatury je však plénu (na jehož rozhodování se tento článek zaměřuje¹³) formálně zapovězena, respektive si ji sám Ústavní soud zapověděl. Od vydání nálezu ze dne 11. 6. 2003, sp. zn. Pl. ÚS 11/02, je vždy ke změně judikatury pléna potřeba proměna určitých objektivních okolností. Ústavní soud tedy vlastně v nálezu Pl. ÚS 11/02 řekl, že pro změnu judikatury nestačí změna pohledu na projednávanou věc a většina devíti hlasů, jak to předpokládá § 13 zákona o Ústavním soudu.¹⁴ Sám Ústavní soud ostatně později jím formulované podmínky změny judikatury označil za „sebeomezující doktrínu“.¹⁵ Že tento závěr nebyl nahodilý, ale je od té doby respektovaný, potvrzuje nejen judikatura, ale i komentářová literatura.¹⁶

Zásadní otázkou je, jaké podmínky pro změnu judikatury citovaný nálezní vlastně zformuloval. Ústavní soud uvedl, že změnit vlastní plenární judikaturu lze za situace, kdy nastane „(...) změna sociálních a ekonomických poměrů v zemi nebo změna v jejich struktuře anebo změna kulturních představ společnosti. Další možností je změna či posun právního prostředí tvořeného podústavními právními normami, které v souhrnu ovlivňují nahlížení ústavních principů a zásad, (...). Další možností pro změnu judikatury Ústavního soudu je změna, resp. doplnění těch právních norem a principů, které tvoří závazná referenční hlediska pro Ústavní soud, tj. takových, které jsou obsaženy v ústavním pořádku České republiky“.

Tyto závěry jsou zajímavé hned z několika úhlů pohledu. Za prvé, nálezní je formulován do jisté míry tak, jako by šlo o úplný (taxativní) výčet okolností, za kterých je možné judikaturu změnit. To může být do budoucna nebezpečné, jak podrobněji uvedu níže.

Zadruhé, pozoruhodné je, že zpřísněná kritéria změny judikatury nebyla v nálezu Pl. ÚS 11/02 použita jako argument pro přidržení se dosavadního názoru pléna, což by se zdálo být logické. Naopak, kritéria byla uvedena jako podpůrný argument pro možnost odchýlení se od dřívějšího názoru. Ústavní soud tedy v nálezu vlastně řekl: podmínky pro změnu judikatury jsou přísné, avšak my jsme se do nich vešli. Je zajímavé, že Ústavní soud

¹³Nálezní Pl. ÚS 11/02 budí dojem, že se striktní podmínky v něm uvedené vztahují i na senátní rozhodování. Není tomu ale tak. Podrobněji k tomu Kadlec (n7) 166.

¹⁴Ustanovení § 13 zákona o Ústavním soudu zní: „Rozhodnutí pléna je přijato, jestliže se pro ně vyslovila většina přítomných soudců. Jde-li však o rozhodnutí podle čl. 87 odst. 1 písm. a), g) a h) a čl. 87 odst. 2 Ústavy nebo o rozhodnutí přijímané na základě právního názoru, který se odchyluje od právního názoru Ústavního soudu vysloveného v nálezu, je přijato, jestliže se pro ně vyslovilo alespoň devět přítomných soudců.“

¹⁵Nálezní Ústavního soudu ze dne 20. 9. 2006, sp. zn. II. ÚS 566/05, bod IV. A.

¹⁶Langášek (n2) 939.

sám sobě¹⁷ zpřísnil podmínky změny judikatury na podkladě nálezu, který se od předchozí judikatury odchyloval, a to navíc způsobem, který kritizovali disentuující soudci.¹⁸

Již tato úvaha naznačuje, kde leží problém celé otázky vnitřní závaznosti judikatury pléna Ústavního soudu. Mnohé argumenty ve prospěch striktní závaznosti totiž mohou působit spíše jako hledání způsobu, jak se vyhnout nařknutí z arbitrární změny názoru. I v případě samotného nálezu Pl. ÚS 11/02 se nelze ubránit dojmu, že ke změně judikatury došlo čistě v důsledku změny hlasovacích poměrů na soudu.¹⁹ Nestabilita judikatury však dle mého názoru vynikla o to více, že plénium zformulovalo závěry, které měly nestabilitě do budoucna zabránit.

Lze shrnout, že dle ustálené judikatury samotného Ústavního soudu se plénium od svých nálezů může odchýlit jediné tehdy, pokud je možné posuzované situace odlišit, a to jedním ze způsobů, které jsou uvedeny právě v nálezu Pl. ÚS 11/02.²⁰ Jestliže případy odlišit nelze, soud musí následovat předchozí právní názor, a to bez ohledu na kvalitu a přesvědčivost důvodů svědčících pro opačný právní názor.²¹ Prává změna judikatury je tedy zakázána.

Naopak o nepravou judikatorní změnu se jedná v případě, kdy nově posuzovanou situaci lze z hlediska okolností odlišit od dřívější judikatury.²² Zde se však znovu projevuje zjevná odlišnost převládajícího přístupu od úmyslu zákonodárce. Nepravá judikatorní změna, která je „oficiálně“ jediná povolená, totiž není onou změnou právního názoru, kterou měl na mysli zákonodárce v § 13 zákona o Ústavním soudu.²³ Nepravá změna judikatury je fakticky pouze odlišením (*distinguishing*²⁴), popřípadě důsledkem toho, že se změnily okolnosti (*clausula rebus sic stantibus*). Jedná se o pouhou změnu okolností, při které však plénium nemusí využít procedury odchylování se od předchozího právního názoru podle zákona o Ústavním soudu.

Paradox tedy spočívá v následujícím. Ústavní soud dlouhodobě tvrdí, že pravá změna judikatury není možná. Zároveň ale k nepravé změně judikatury využívá § 13 zákona o Ústavním soudu, který je zjevně zamýšlený k pravé změně judikatury.

¹⁷ Lze však s trochou nadsázky pochybovat, jestli skutečně Ústavní soud podmínky omezil „sám sobě“. Nezajímavá totiž není skutečnost, že plénium citovaný nálezn přijalo těsně před velkou personální obměnou soudu. Hned sedmi soudcům skončilo funkční období necelý měsíc po vydání rozhodnutí. Netvrdím, že ve vydání nálezu na konci funkčního období mnohých soudců byl záměr. Lze se však řečnický ptát: byl by nálezn v takto přísné podobě vydán, pokud by do budoucna omezoval i většinu soudců, kteří pro něj hlasovali?

¹⁸ Odlišné stanovisko Vojena Güttlera, odlišné stanovisko Miloše Holečka a společné odlišné stanovisko Pavla Varvařovského a Miloslava Výborného k nálezu Ústavního soudu ze dne 11. 6. 2003, sp. zn. Pl. ÚS 11/02.

¹⁹ Vyhnánek (n3) 361.

²⁰ Hovoří se v té souvislosti též o tzv. formální autoritě, činí tak např. Kadlec (n7) 167.

²¹ Tamtéž.

²² Vyhnánek (n3) 356.

²³ Michaela Krupková, 'Judikatorní odklon' (Diplomová práce, Právnická fakulta Masarykovy univerzity 2015) 56.

²⁴ Za nejvýstižnější definici pojmu *distinguishing* považuji, že se jedná o nedbání precedentu s poukazem na určité právně relevantní nepodobnosti ve skutkovém nebo právním základu dvou případů. Pavel Holländer, 'Změna právního názoru v judikatuře Ústavního soudu' in Marian Kokeš a Ivo Pospíšil (eds), *In dubio pro libertate: Úvahy nad ústavními hodnotami a právem z pohledu základních svobod* (Masarykova univerzita 2009) 90.

3. Vnitřní závaznost a stabilita judikatury

Jak jsem již naznačil, stabilita judikatury je téma aktuální možná více než kdy dříve. V této části článku proto nejprve stručně ilustruji, že stabilita judikatury může být součástí širších společenských či politických tendencí. Následně ukážu, jak se různé přístupy k vnitřní závaznosti judikatury projevují v odlišných stanoviscích v judikatuře pléna Ústavního soudu. Nakonec konkrétně popíšu, jak se čtvrtý Ústavní soud zatím staví k podmínkám změny judikatury a jaká jsou rizika případného prohlubování jeho závěrů do budoucna.

3.1 Stabilita judikatury jako odraz politické situace

Účelem tohoto článku samozřejmě není, jak již bylo uvedeno výše, podrobně rozebírat důvody, pro které je respekt k předchozí judikatuře důležitou hodnotou. Domnívám se však, že stojí za zmínku uvést, jaký vliv může mít v tomto ohledu osobnost prezidenta, který ústavní soudce ČR jmenuje. Z výkonu funkce prezidenta Petra Pavla bylo již od počátku patrné, že jeho cílem zřejmě nebude vybočovat z mezí ústavních zvyklostí či jinak rozpínat své pravomoci.

Tento trend zdrženlivosti a stability se propsal právě i do procesu jmenování ústavních soudců. Valná většina již nominovaných soudců při svém slyšení v Senátu ČR akcentovala (v různých podobách) právě zdrženlivost a respekt ke stabilitě judikatury jakožto hodnoty, ke kterým se při své soudcovské práci chtějí hlásit.²⁵ Byť bylo zdůrazňování těchto hodnot součástí nominačních procesů na ústavní soudce do jisté míry vždy, tentokrát bylo možné jej pozorovat ještě více. Ústavní soudy po celém světě začínají zjišťovat, že jestli něco škodí jejich legitimitě, je to často podezření z aktivismu a nezdrženlivosti, ať už si pod tím představujeme cokoli a ať už je toto podezření oprávněné.²⁶

Tak jako jsou různé představy o soudcovském aktivismu, jsou různé i představy o tom, co znamená ctít závaznost judikatury jako ústavní soudce. Je např. velký rozdíl mezi tím, když, na straně jedné, soudce při svém rozhodování nechce dosavadní judikaturu nijak zásadně rozvíjet a již jen ustálenou judikaturu „aplikuje“ na konkrétní případy, nebo, na straně

²⁵ Např. soudce Zdeněk Kühn v Senátu uvedl: „Ústavní soud by nikdy neměl zapomínat, že jednota jeho vlastní judikatury je nejen znakem právního státu, ale též garancí nezávislosti samotného Ústavního soudu. V situaci, kdy se soud bude bezdůvodně odchylovat od vlastních interpretačních závěrů, respektive je někdy bude používat a někdy nikoli, bude jeho judikatura jen kocábkou unášenou větrem aktuálních politických sil. Jsem proto přesvědčen, že respekt k judikatuře a ústavním zvyklostem je tou nejlepší zábranou proti svévoli v rozhodovací praxi soudu a současně nejlepší ochranou právní jistoty nás všech.“ Z reakcí senátorů pravidelně se zapojujících do diskusí o kandidátech bylo taktéž patrné, že tuto hodnotu oceňují. Srov. reakce senátora Pavla Fischera: „Ta schopnost navázat na judikaturu prvního Ústavního soudu, jak to tady před chvílkou také předvedl, která stavěla základy naší novodobé státnosti, je velmi důležitá. Ta legendární první generace, jak to zmínil, Ústavního soudu pod vedením Zdeňka Kesslera, kde byla celá plejáda mimořádně důležitých autorit, na jejichž judikatuře se dnes staví, jestli se nepletu, právě profesor Zdeněk Kühn s některými z nich přímo spolupracoval.“ Viz Stenozáznam z jednání Senátu Parlamentu České republiky ze dne 14. 12. 2023 <www.senat.cz/xqw/webdav/psssenat/original/110590/92757> citováno dne 13. srpna 2024.

²⁶ Pro stručné shrnutí pojmu soudcovského aktivismu a k jeho důsledkům pro legitimitu soudního rozhodování srov. např. Kristina Blažková, ‘Soudcovská filozofie: právní, nikoli mimoprávní vliv na soudní rozhodování’ (2022) 30 2 *Časopis pro právní vědu a praxi* 411, 418–420.

druhé, ctí závaznost judikatury do té míry, že se od ní nechce odchylovat i navzdory svému vnitřnímu přesvědčení v konkrétní věci.

Že diskuse ohledně stability judikatury neskončila v rámci jmenovacích procesů ústavních soudců, ale pokračuje i v judikatuře Ústavního soudu, potvrzuje explicitně např. David Uhlíř ve svém odlišném stanovisku k nálezu sp. zn. Pl. ÚS 34/23.²⁷ Důležitost tohoto tématu ilustruje i skutečnost, že dané odlišné stanovisko uplatnil soudce Uhlíř pouze z důvodu, že chtěl, aby plénium v odůvodnění podrobněji rozvinulo argumentaci týkající se stability a nezměnitelnosti judikatury Ústavního soudu.²⁸

3.2 Odlišná stanoviska: jednou a dost?

Různorodost představ o závaznosti a stabilitě judikatury se ilustrativně projevuje v přístupu k tomu, kolikrát soudce může (či má) uplatnit v obdobných případech odlišné stanovisko, resp. hlasovat proti výroku většiny pléna.²⁹ Otázka zní, zda soudce, který jednou uplatní odlišné stanovisko, je do budoucna vázán nálezem většiny, anebo může nesouhlasit i nadále. Nejedná se přitom o jakousi podružnou otázku teoretického či akademického charakteru. Její vyřešení totiž nedeterminuje nic menšího než konkrétní hlasovací poměry ve věci.

Komentář k čl. 89 Ústavy výslovně uvádí, že v dalším obdobném případě, který je řešen podle právního názoru vyjádřeného v dřívějším nálezu, je již přehlasovaný soudce povinen hlasovat pro výrok a nemůže uplatnit dissent, nýbrž maximálně tzv. konkurenci (nesouhlas s odůvodněním), ve které vyloží, proč měl být právní názor podle něj změněn.³⁰ Mohlo by se zdát, že jde o nespornou a sjednocenou praxi, jelikož takto zásadní otázka musí mít jasné řešení. Avšak v judikatuře Ústavního soudu se objevují různé přístupy k tomu, jak se soudce chová při hlasování ve věci, která navazuje na již dříve vyslovený právní názor.

Soudce Vojtěch Šimíček např. uplatnil odlišné stanovisko k nálezu sp. zn. Pl. ÚS 25/22, který se týkal obecně závazné vyhlášky města Krásná Lípa³¹, přičemž názoru většiny se nepodřídil ani v pozdější obdobné věci, řešené nálezem ze dne 20. 12. 2023, sp. zn. Pl. ÚS 27/22 (Tchořovice). K němu opět uplatnil odlišné stanovisko a hlasoval proti výroku, tentokráte ve společném dissentu s Veronikou Křestanovou, Kateřinou Ronovskou, Danielou Zemanovou

²⁷ Konkrétně uvedl soudce Uhlíř: „Ústavní soud se v posledním roce zabýval vícerymi obecně závaznými vyhláškami o místním poplatku za obecní systém odpadového hospodářství, kromě této věci Vlkavčice i ve věcech sp. zn. Pl. ÚS 25/22, Krásná Lípa, sp. zn. Pl. ÚS 27/22, Tchořovice, sp. zn. Pl. ÚS 26/22, Číměř. V té souvislosti jsme se podrobně zabývali otázkou závaznosti nálezů pléna Ústavního soudu a významem konstantní judikatury, ohledně které jednotliví soudci zastávají názory s různou mírou rigidity.“

²⁸ K tomu srov. bod 1 citovaného odlišného stanoviska: „Se samotným výrokiem nálezu souhlasím, leč mám za to, že je žádoucí rozvést argumentaci týkající se stability judikatury Ústavního soudu, obsaženou v bodě 30. nálezu.“

²⁹ Pokud totiž soudce hlasuje proti výroku většiny, nemusí se to nutně odrazit v sepsání a publikování odlišného stanoviska. Proto je přesnější hovořit o tom, zda je soudce v další situaci povinen hlasovat dle prejudikatury, a nikoli, zda je oprávněn publikovat odlišné stanovisko.

³¹ Langášek (n2) 940. Konkurenční stanoviska jsou tak způsobem, jak vyjádřit nesouhlas s rozhodnutím navzdory závaznému, dříve vyslovenému názoru. Soudce by v případě svého nesouhlasu s rozhodnutím většiny, které vychází z předchozí judikatury, měl fakticky „schizofrenně“ hlasovat s většinou při respektu k judikatuře, ale v konkurenčním stanovisku by odhalil, že nebýt závazné judikatury, hlasoval by jinak.

³¹ Proti výroku hlasovali také soudci Jan Filip a Radovan Suchánek.

a Janem Wintrem (kteří při rozhodování o předchozím nálezu Pl. ÚS 25/22 ještě nebyli soudci Ústavního soudu).

Následně se však již přístup jmenovaných soudců částečně rozdělil. V další obdobné věci nadále hlasovali proti výroku (a odlišné stanovisko uplatnili) Veronika Křestanová, Vojtěch Šimíček, Jan Wintř a Daniela Zemanová.³² Z toho plyne, že tito soudci nevnímali výklad závaznosti judikatury tak, že by po svém prvním přehlasování byli nuceni se pro příště podříditi většině. Naopak Kateřina Ronovská k dalšímu plenárnímu rozhodnutí uvedla ve svém konkurenčním stanovisku, že zvážila význam stability judikatury, a proto hlasovala s většinou, avšak nadále zastává názor, který prezentují zbylí soudci ve svém odlišném stanovisku. Uvedená skupina disentujících soudců pak své závěry zopakovala i v odlišném stanovisku k nálezu ze dne 28. 2. 2024, sp. zn. Pl. ÚS 34/23. K němu již Kateřina Ronovská neuplatnila ani konkurenční stanovisko.

Obdobně jako Kateřina Ronovská postupoval vícekrát i David Uhlíř. Např. v konkurenčním stanovisku k senátnímu usnesení sp. zn. II. ÚS 2804/23 Uhlíř uvedl, že se sice podřizuje nálezu sp. zn. Pl. ÚS 10/24, a proto hlasoval pro odmítnutí ústavní stížnosti, avšak současně zdůraznil, že s odmítnutím nesouhlasí.³³

Obdobně v minulosti např. Miloslav Výborný ve svém odlišném stanovisku k nálezu sp. zn. Pl. ÚS 43/04 uvedl, že pro dřívější nálezhlasoval, avšak nyní se mu v další posuzované věci podřizuje. Tuto svou úvahu dokonce podrobněji odhalil: „*Ačkoliv nemám žádný vážný důvod od tehdejšího svého odlišného názoru ustupovat, hlasoval jsem nyní pro přijetí vyhovujícího nálezu. (...) Byť jsem s tímto nálezem nesouhlasil, považuji respekt k němu za hodnotu, která nemůže být popírána.*“ Na okraj již lze jen zmínit, že obdobně v minulosti postupovala např. i Kateřina Šimáčková.³⁴

Popsaný přístup, kdy se soudce sice podřídí většině při hlasování o výroku, ale nadále formuluje své výtky v konkurenčním stanovisku, je pozoruhodný. S trochou nadsázky lze říci, že takoví soudci hlasují v rozporu se svým přesvědčením. Nejde přitom o pejorativní označení, ale jednoduše o důsledek zvážení určitých hodnot.³⁵ Význam stability judikatury převažuje u těchto soudců nad přesvědčením o správnosti jimi zastávaného názoru. V každém případě je vhodné upozornit na to, že může docházet k takovým situacím, kdy je

³² Jedná se o nálezh Ústavního soudu ze dne 21. 2. 2024, sp. zn. Pl. ÚS 26/22. Pro přehlednost uvádím, že ačkoli má tento nálezh nižší spisovou značku než rozhodnutí, na které dle textu článku „navazuje“, toto rozhodnutí bylo skutečně vydáno později než nálezh sp. zn. Pl. ÚS 27/22.

³³ Odlišné stanovisko Davida Uhlíře k usnesení Ústavního soudu ze dne 24. 4. 2024, sp. zn. II. ÚS 2804/23, bod 2: „*Hlasoval jsem pro výrok usnesení o odmítnutí ústavní stížnosti proto, že se cítím vázán nálezem pléna Ústavního soudu sp. zn. Pl. ÚS 10/24, na který také usnesení v bodě 8. správně odkazuje. To mi však nebrání opakovat touto formou svoji kritiku způsobu, kterým obecné soudy vypořádávají nároky stěžovatelů, aniž by se jim věcně věnovaly.*“

³⁴ Odlišné stanovisko Kateřiny Šimáčkové k nálezu Ústavního soudu ze dne 19. 7. 2016, sp. zn. Pl. ÚS 20/15, bod 2: „*Ostatně můj pokus ve velmi podobné věci (sp. zn. I. ÚS 195/14) změnit judikaturu formou stanoviska pléna Ústavního soudu k této otázce neuspěl a v senátním rozhodování postupuji podle většinového názoru, byť s ním nesouhlasím. Nicméně nemohu alespoň jedenkrát vyjádřit formou disentu svůj jednoznačný názor na tuto otázku.*“

³⁵ Např. Elke Cloots ilustruje, jak odlišné názory na tuto problematiku v teorii mají Joseph Raz a Ronald Dworkin. Zatímco Dworkin argumentuje spíše pro koherenci a integritu jako „svébytnou hodnotu“, Raz tvrdí, že soudci by neměli opouštět názor, který jim připadá morálně správný. Srov. Cloots (n7) 21.

rozhodnutí přijato v rozporu s tím, co si myslí i třeba většina pléna. A to „jen“ proto, že je plénem zavázáno určitým právním názorem z minulosti, přičemž se jedná o názor, k jehož změně nejsou dány patřičné důvody (zesílené výše rozebraným nálezem Pl. ÚS 11/02). Takové hlasování, které s jistou mírou zjednodušení označuji jako rozporné s vlastním přesvědčením, je patrně jevem přirozeným, neodstranitelným a jen stěží kritizovatelným. I tak však považuji za důležité na něj upozornit.³⁶

V případě disentování ve věcech navazujících na prejudikaturu však může být legitimní i třetí, střední cesta. Soudce se po určitý čas může nadále proti názoru většiny vymezovat tím, že hlasuje proti výroku (a zároveň sepisuje dissent), následně se však přeci jen podřídí. Byť se tato varianta může zdát být poněkud nahodilou, považuji za racionální, chce-li soudce, aby jeho odlišný názor po nějakou dobu zazníval, ale s odstupem již sezná, že svůj boj prohrál a že judikatura, ze které většina vychází, se ustálila.³⁷

3.3 Aktuální rozhodovací praxe Ústavního soudu k podmínkám změny judikatury

V této části článku chci již konkrétně ilustrovat, jak se názory a postoje ohledně nezměnitelnosti judikatury dlouhodobě, ale i v přítomnosti liší napříč plénem Ústavního soudu i jeho jednotlivými rozhodnutími.

Že se jedná o dlouhodobý problém, ukazuje např. stanovisko pléna ze dne 8. 10. 2015, sp. zn. Pl. ÚS-st. 42/15, které se týkalo povinného právního zastoupení v řízení před Ústavním soudem. Jeho přijetím došlo k překonání dřívějšího stanoviska pléna z roku 1996, které povinné zastoupení zachovalo. V roce 2015 však Ústavní soud dospěl k závěru, že dříve uváděné argumenty již nejsou relevantní. Danými argumenty bylo zajištění právně kvalifikovaných podání a garance vyššího stupně jejich objektivitu. Ústavní soud ve stanovisku z roku 2015 sice argumentoval tím, že od roku 1996 vzrostlo povědomí o řízení před Ústavním soudem atd., což by se mohlo zdát být těmi „objektivními okolnostmi“, které vyžaduje ke změně judikatury nález Pl. ÚS 11/02. Z kontextu odůvodnění stanoviska Pl. ÚS-st. 42/15 je však patrné, že podstatou změny předchozího stanoviska je jednoduše nesouhlas s dřívějšími argumenty.³⁸ Jedná se tedy o typický příklad pravé změny judikatury, a to dokonce plenárního stanoviska.³⁹ To vše za situace, kdy plénem samotné dlouhodobě říká, že pravá změna judikatury není možná, jak bylo uvedeno výše.

³⁶ Současně bude zajímavé pozorovat, zda se postoje některých soudců čtvrtého Ústavního soudu v této otázce budou v čase proměňovat. Ostatně, akcent na přísnou závaznost judikatury může být mj. projevem zdrženlivosti na počátku mandátu soudce.

³⁷ Tomu odpovídá i formulace z výše citovaného odlišného stanoviska Kateřiny Šimáčkové k nálezu sp. zn. Pl. ÚS 20/15, ve kterém píše, že svůj názor nemůže navzdory existující judikatuře „alespoň jedenkrát nevyjádřit“.

³⁸ Např. v bodě 17 se stanovisko vypořádává s argumenty, jejichž okolnosti se nijak nezměnily. Ostatně právě i jeden ze dvou hlavních argumentů původního stanoviska, tedy garance objektivitu podání, je ze své podstaty okolnostmi nezměnitelný. Taktéž v bodě 15 odůvodnění stanoviska je patrná snaha Ústavního soudu vyvolat dojem, že se okolnosti jaksi změnily, byť tomu tak není.

³⁹ Fakt, že se jedná o pravou, pouze nepřiznanou změnu judikatury, ostatně plyne i z odůvodnění návrhu II. senátu Ústavního soudu, který věc plénu k rozhodnutí předložil a který jako možný důvod pro změnu judikatury

Také v nedávné rozhodovací činnosti Ústavního soudu nalezneme (vzdor nálezu Pl. ÚS 11/02) zastánce možnosti právé změny judikatury Ústavního soudu. V již výše citovaném odlišném stanovisku k nálezu Tchořovice uvedli disentující soudci Křesťanová, Wintř, Zemanová, Ronovská a Šimíček v bodě 12, že „*silné přesvědčení potřebné většiny soudců o převážení jiných ústavních hodnot může být důvodem pro změnu dřívějšího právního názoru Ústavního soudu v podobné pozdější věci*“. Vyjádřili tedy přesvědčení, že pro změnu judikatury není potřeba vždy hledat změnu objektivních okolností. Stačí, aby se pro nový právní názor našlo devět hlasů v plénu a aby převážil zájem na změně právního názoru nad hodnotou stability judikatury. Jinak řečeno, důvod změny judikatury není podle některých soudců Ústavního soudu třeba podřazovat pod důvody uvedené v nálezu Pl. ÚS 11/02.

Na opačné straně pak stojí se svým názorem např. již zmiňovaný David Uhlíř. Ten se proti závěrům skupiny disentujících soudců vymezil dokonce výslovně v odlišném stanovisku k nálezu sp. zn. Pl. ÚS 34/23. Uvedl, že „*(...) subjektivní přesvědčení soudců, byť jakkoliv silné, nesmí být důvodem pro odchýlení se od dosavadní nálezkové judikatury pléna Ústavního soudu. K subjektivním důvodům musí přistoupit objektivní skutečnosti, které změnu právního názoru vysloveného v nálezu ospravedlní*“⁴⁰.

Soudce Uhlíř však ve svém názoru zřejmě není osamocen. V citovaném odlišném stanovisku uvedl, že plénum intenzivně zvažovalo význam judikatury, což indikuje, že šlo o jeden z rozhodujících faktorů pro určení samotného výroku. Nelze tedy zcela vyloučit, že i někteří další soudci by „na zelené louce“ (bez existence předchozí judikatury) hlasovali jinak, než jak ve skutečnosti hlasovali. Mohlo by je k tomu vést právě přesvědčení o přísné závaznosti judikatury.

Vzhledem k tomu, že podobné závěry našly své místo v několika nedávných plenárních rozhodnutích, nelze vyloučit, že se dokonce jedná o názor blízký většině pléna. Např. v nálezu Tchořovice uvedl Ústavní soud: „*Plénum Ústavního soudu zásadně nemůže již vyslovený právní názor měnit jen z důvodu proměny hlasovacích poměrů či soudcovského sboru*.“⁴¹ Obdobně v nálezu Číměř uvedl Ústavní soud, že se od svých předchozích závěrů nebude odchýlovat, protože stabilita judikatury představuje ústavní hodnotu *per se*.⁴² Ústavní soud tedy neuvedl, že se od judikatury nebude odchýlovat proto, že ji považuje za správnou,

uvedl mj. i situaci, kdy dříve přijaté stanovisko např. opomenulo nějaký důležitý argument. Konkrétně II. senát ve složení V. Šimíček, L. David a J. Zemánek uvedl: „*Ostatně právě proto ustanovení § 23 zákona o Ústavním soudu počítá s možností překonání již dříve vysloveného právního názoru v rozhodovací praxi Ústavního soudu, přičemž nemůže být činěno rozdílu mezi nálezkem a stanoviskem, neboť z hlediska jejich podstaty a vztahu k ustanovení § 23 zákona o Ústavním soudu se tyto rozhodovací formy v zásadě neliší. Kromě toho je třeba mít na zřeteli skutečnost, že judikatura představuje v oblasti práva svojí podstatou daleko dynamičtější faktor než psané právo (normotvorba). Ke změně judikatury se proto přistupuje zásadně na základě přesvědčivosti použité právní argumentace a je proto podstatě rozhodovací činnosti soudů cizí, pokud by některá forma rozhodnutí (stanovisko) měla být z tohoto dynamického procesu zcela vyňata, jelikož takto by se soud stavěl do pozice neomylného vykladače práva, což mu jednak nepřísluší a jednak ani není pravda.*“

⁴⁰ Odlišné stanovisko soudce Davida Uhlíře k nálezu Ústavního soudu ze dne 28. 2. 2024, sp. zn. Pl. ÚS 34/23, bod 6.

⁴¹ Nálež Ústavního soudu ze dne 20. 12. 2023, sp. zn. Pl. ÚS 27/22, bod 27.

⁴² Nálež Ústavního soudu ze dne 21. 2. 2024, sp. zn. Pl. ÚS 26/22, bod 27. Za zmínku stojí také fakt, že závěry o přísné závaznosti judikatury Ústavního soudu se objevily v několika plenárních rozhodnutích s různými soudci zpravodaji. Šlo o Pavla Šámala (Pl. ÚS 26/22), Davida Uhlíře (Pl. ÚS 27/22) a Zdeňka Kühna (Pl. ÚS 34/23).

ale proto, že hodnotu její závaznosti. Taková formulace již skutečně může vyznívat tak, že stabilita judikatury je hlavním důvodem rozhodnutí, který převážil nad subjektivním přesvědčením soudců o tom, jaké řešení by bylo ve skutečnosti podle nich správné.

Zároveň je třeba upozornit, že ani tyto citované formulace explicitně nevylučují pravou změnu judikatury z důvodu silného subjektivního přesvědčení soudců. Avšak mám za to, že rozdíl je v tomto případě do jisté míry jen formální. Vylučuje-li Ústavní soud změnu judikatury jen kvůli proměně soudcovského sboru či subjektivního přesvědčení soudců, je třeba se ptát, s čím jiným přichází noví soudci do proměněného soudcovského sboru než se svým subjektivním přesvědčením? Závěry pléna o tom, že vyslovené právní názory nelze měnit z důvodu proměny hlasovacích poměrů, lze proto dle mého názoru interpretovat tak, že se Ústavní soud do jisté míry nadále hlásí k zákazu pravé změny judikatury, byť ne tak silně a explicitně, aby odkázal na nález Pl. ÚS 11/02.

4. Rizika prohloubení závěrů o vnitřní závaznosti judikatury

Byť se rizika spojená s vylučováním pravé změny judikatury a s kategorickým akcentováním přísné závaznosti judikatury projevují napříč celým článkem, považuji za důležité je na tomto místě systematicky shrnout, doplnit a ilustrovat na příkladech.

Ačkoli se Ústavní soud v minulosti několikrát snažil vzbudit dojem, že ke změně judikatury dospěl na základě proměny objektivních okolností (a nikoli např. kvůli změně hlasovacích poměrů), nebylo tomu tak vždy, popřípadě se to tak minimálně navenek nejevilo.⁴³ Proto se domnívám, že v případech, kdy soudy provádějí pravou změnu judikatury, ale zároveň druhým dechem tvrdí, že tak činit nesmí, podkopávají svou vlastní důvěryhodnost mnohem více, než kdyby pravou změnu judikatury přiznaly.⁴⁴ To je hlavním rizikem, které může plynout z dalšího prohlubování tendencí, které jsem výše popsal.

V odlišném stanovisku k nálezu sp. zn. Pl. ÚS 10/24 uvedl soudce David Uhlíř, že považuje za chybné stanovisko pléna, ze kterého Ústavní soud vychází. Navrhl tedy pravou změnu judikatury⁴⁵ a revizi předchozího názoru pléna, přestože v jiných případech víceméně kategoricky poukazoval na to, že něco takového není možné. Stanovisko pléna je přitom rozhodnutím, které závazně sjednocuje judikaturu Ústavního soudu, a podle některých se

To je dalším vodítkem pro závěr, že tento pohled na závaznost judikatury má napříč soudem relativně širokou podporu.

⁴³ V minulosti tomu tak bylo např. u přezkumu regulačního poplatku za poskytnutou lůžkovou péči v nálezu Ústavního soudu ze dne 20. 6. 2013, sp. zn. Pl. ÚS 36/11. Ústavní soud uvedl, že se sice ústavností tohoto poplatku již v minulosti zabýval, ale nyní se změnilы okolnosti v tom, že poplatek byl zvýšen z 60 Kč na 100 Kč. Toto zvýšení se pak Ústavní soud v bodě 55 pokusil podřadit (příznačně nekonkrétně) pod jeden z důvodů uvedených v nálezu Pl. ÚS 11/02, kterými jsou 1) proměna v nahlížení ústavních principů a zásad, 2) změna sociálních a ekonomických poměrů, 3) změna ústavního pořádku. V pokusu o podřazení změny výše regulačního poplatku pod jednu z těchto přísně znějících podmínek spatřuji paradox opakovaně zmiňovaný v tomto článku. Jde ostatně o paradox, který výstižně kritizuje ve svém odlišném stanovisku k citovanému nálezu soudkyně Ivana Janů.

⁴⁴ K legitimitě ústavního práva skrze procedurální transparentnost srov. podrobněji např. Jürgen Habermas, *Diskursivní teorie liberální demokracie* (Nakladatelství Karolinum 2018) 96, 104, 145.

⁴⁵ Nepředložil totiž poukaz na změnu objektivních okolností ve smyslu nálezu Pl. ÚS 11/02, která by měla vést ke změně judikatury.

dokonce vztahuje na všechny soudce do budoucna, včetně těch, kteří pro uvedené stanovisko nehlasovali.⁴⁶

A právě potenciální rozmach nekonzistentní praxe týkající se závaznosti judikatury považují za rizikový. Jednoduše řečeno, podle mého názoru je zcela legitimní, když se soudce staví proti dřívější judikatuře, avšak problém nastává, pokud zároveň druhým dechem říká, že tak činit vlastně nesmí. Nejde o to, že by byl sám o sobě správný buď striktní, anebo volnější pohled na závaznost judikatury, ale o to, že přehnaně přísný pohled vždy povede k dojmu arbitrárnosti a nekonzistence v rozhodování.

Právě nesrovnalosti v přístupech k tomu, nakolik je judikatura neměnná, nakonec mohou ze strany odborné i laické veřejnosti vést k dojmu, že soudci a soudkyně rozhodují podle toho, jak se jim daná věc hodí. Ústavní soud se tak může stát snadným terčem nejen těch, kteří se snaží podryvat jeho autoritu. Pokud by byly prohlubovány názory o nezměnitelnosti judikatury, mohou soudci nejen sami sobě uzavírat prostor pro budoucí důležité změny, ale především mohou snižovat svou důvěryhodnost (a i důvěryhodnost celého soudu) tím, že se budou prezentovat názorově nekonzistentně. Neměnnost a nekonzistentnost jsou totiž pojmy, které je potřeba odlišovat, a jeden nemusí vést k druhému.⁴⁷

Riziko spočívající v dojmu nahodilosti rozhodování vyplývá i ze složitosti identifikace toho, co je v daném případě oním právním názorem, který má být ve smyslu § 13 zákona o Ústavním soudu měněn. Jedním z nejproblematictějších aspektů rozhodování Ústavního soudu je totiž právě nalezení *ratia decidendi* nálezu, tedy té části rozhodnutí, která představuje závazný právní názor, od kterého se do budoucna lze odchýlit pouze zákonem předvídaným postupem.⁴⁸ V situaci, kdy je zjištění a označení *ratia decidendi* natolik složité, a proto i do velké míry arbitrární, stávají se o to více arbitrárními i závěry Ústavního soudu o nezměnitelnosti judikatury. Ústavnímu soudu se totiž v takové konstelaci otevírá široký prostor pro taktizování v tom, co zrovna pro účel daného rozhodnutí označit za *ratio decidendi*, což nepovažují za žádoucí.

Hovoříme-li o rizicích plynoucích z prohlubování přísné neměnnosti judikatury, nelze opomenout ani kontext toho, v jaké právní kultuře se Česká republika pohybuje. Vždyť i angloamerická právní kultura, založená na judikturním principu *stare decisis*, velí zvažovat na straně jedné hodnotu opravy dřívější chyby v rozhodnutí a na straně druhé cenu narušení stability judikatury.⁴⁹ Také judikatura Nejvyššího soudu USA je ustálená v tom, že precedenty je třeba respektovat jen do té míry, dokud nepanuje jasné přesvědčení o tom, že

⁴⁶ Srov. např. usnesení Ústavního soudu ze dne 10. 11. 2011, sp. zn. I. ÚS 703/11, bod III. K obdobným závěrům dochází také např. Veronika Janatová, 'Stanoviska pléna Ústavního soudu' (Diplomová práce, Právnická fakulta Masarykovy univerzity 2010) 37–38.

⁴⁷ Konzistence judikatury se týká míry nahodilosti aplikování vlastních interpretačních závěrů, oproti tomu neměnnost (a s tím související vnitřní závaznost) je otázkou frekvence výslovného odklání se od dřívějších interpretačních závěrů. Náznak odlišení těchto dvou pojmů lze nalézt (byť ne zcela explicitně) v příspěvku ve sborníku Zdeněk Kühn, 'Zdroje a styl odůvodnění rozhodnutí Ústavního soudu' in Vojtěch Šimíček, 30 *let ústavního soudnictví* (Leges 2024) 244.

⁴⁸ Vladimír Sládeček, 'Čl. 89' in Vladimír Sládeček, Vladimír Mikule, Radovan Suchánek a Jindřiška Syllová, *Ústava České republiky. Komentář* (2. vydání, C. H. Beck 2016) 1021–1023.

⁴⁹ Shrnuje to např. Barret (n7) 1716 a násl.

jejich další následování by vedlo k jednoznačně chybnému rozhodnutí v přítomnosti.⁵⁰ Ani angloamerická právní kultura, založená na systému precedentů, tedy pravé změny judikatury nezakazuje.⁵¹

Argument právní kulturou zde přitom není pouze tradicionalistický. Byť dochází k jistému sbližování právních kultur, rychlé opouštění určitých zažitých představ může vést dle mého názoru k celkové nesladěnosti systému. Mnohé prvky kontinentální právní kultury, které Ústavní soud České republiky vykazuje, mohou být v britském nesouladu se striktní nezměnitelností judikatury, která by zašla dál než přístup angloamerické právní kultury.

Další riziko prohlubování závěrů o neměnnosti judikatury spočívá v možném posilování dojmu soudcovského aktivismu. To se může zdát být na první pohled paradoxním. Vždyť soudcovským aktivismem se mnohdy myslí spíše situace, kdy si soudce v judikatuře „dělá, co chce“, čemuž odpovídá praxe překotných změn v judikatuře. Jenže podle mého názoru není akcentování přísné nezměnitelnosti judikatury projevem žádoucí soudcovské zdrženlivosti, ba naopak. Pokud se totiž důležité ústavněprávní kauzy rozhodují stylem „jednou provždy“ z důvodu nezměnitelnosti judikatury, ústavní soudy se tím stávají o to silnějšími a fakticky tedy více aktivistickými. Právě riziko soudcovského aktivismu nespočívá dle mého názoru v nahodilosti rozhodování v daný moment, ale v potenciální dlouhodobé rozpínavosti soudní moci, která se může projevovat právě tím, že soud jednou provždy rozhodne určitou kauzu a vyloučí její revizi budoucí většinou.⁵² Úlohou soudní moci by totiž mělo být především zachování plurality názorů a možnosti, aby se určitý názor v budoucnu stal tím, který převládne.⁵³

Jinými slovy, diskuse o závaznosti judikatury je mnohdy rámována skoro, jako by nezměnitelnost judikatury byla jediným či nejlepším způsobem, jak zachovat zdrženlivost a doktrinní stabilitu soudu.⁵⁴ To je však nepřesné. Omezování změn judikatury dle mého názoru pomíní, jakou roli ústavní soudy v dnešní době hrají. V situaci, kdy jsme (ať už chtě či nechť) postavili právníky, a především ústavní soudce, do role expertů, kteří za společnost vyřeší důležité otázky,⁵⁵ nelze se tvářit, že jejich rozhodnutí jsou neomylná a že své názory s odstupem času nemohou opustit prostě jen proto, že se ukázaly být špatnými, anebo proto, že neobstojí v kontextu hodnotové proměny společnosti.⁵⁶

⁵⁰ Rozhodnutí Nejvyššího soudu USA, *Citizens United v. FEC*, 558 U. S. 310 (2010), bod III.4.C.

⁵¹ Tradiční chápání rozdílů mezi kontinentální právní kulturou a kulturou common law zdůrazňuje, že v kontinentální právní kultuře je změna judikatury mnohem snazší, respektive bez dalšího akceptovatelnější. K tomu srov. např. John Altair Gealfow, 'Case Law and its Binding Effect in the System of Formal Sources of Law' (2018) 11 1 *The Journal of the University of Latvia* 38, 47.

⁵² Podrobněji k soudcovskému aktivismu např. Blažková (n27) 418–420 či Andrea Procházková, 'Ústavní soud ČR mezi právem a politikou' (2022) 161 11 *Právník* 1084, 1084–1097.

⁵³ Jan Hořeňovský, 'Doktrína soudcovského rozhodování judicial restraint' (2019) 52 4 *Správní právo – Legislativní příloha* 42, 51.

⁵⁴ Barret (n7) 1712.

⁵⁵ Tamtéž.

⁵⁶ Srov. nález Ústavního soudu ze dne 8. 12. 2015, sp. zn. II. ÚS 1955/15, bod 17, který hovoří o rizicích vyloučení změn judikatury právě s ohledem na neustálý vývoj sociální reality a hodnotové posuny.

Lze sice argumentovat, že si plénium Ústavního soudu svými závěry o přísné závaznosti judikatury vlastně nezavírá dveře pro změny, jelikož nakonec bude schopno vždy podle okolností podřadit posuzovaný případ pod některou z podmínek uvedených v nálezu Pl. ÚS 11/02 (např. právě pod výše uvedenou hodnotovou proměnu společnosti). A právě proto je třeba se ptát, proč vůbec tyto zdánlivě striktní podmínky pro změnu judikatury formulovat a vytvářet určitý dojem standardu, který bude podle potřeb možné kdykoli zahodit.⁵⁷ Pokud stačí pro změnu judikatury argumentovat např. obecnými floskulemi o tom, že se doba změnila, proč tedy vůbec konkrétně formulovat zpřísněné podmínky pro změnu judikatury?⁵⁸ K čemu je v § 13 zákona o Ústavním soudu zvýšené kvorum devíti soudců pro přijetí změny judikatury?

V této souvislosti považuji za pozitivní signál, že se aktuální plénium Ústavního soudu doposud nepokusilo po vzoru nálezů Pl. ÚS 11/02 výslovně vyjmenovat případy, ve kterých je možné judikaturu změnit. Byť se plénium fakticky přihlásilo k zákazu pravé změny judikatury, jak bylo uvedeno výše, jeho závěry nejsou tak silně znějící jako dříve a lze je číst také jako pouhý apel, že judikaturu nelze měnit „jen tak“, což je závěr jistě opodstatněný. Považuji za rozumné, pokud se Ústavní soud snaží klást nároky na odůvodněnost změny judikatury zdůrazňováním toho, že k nim nemůže docházet nahodile. Překotnost judikатурních změn skutečně může být velkým rizikem, na jehož konci si lze představit i významné oslabení legitimacy Ústavního soudu a v konečném důsledku i nerespektování jeho rozhodnutí. Jak jsem však popsal, oslabení legitimacy soudu a autority jeho rozhodnutí hrozí spíše v případech, že by byly prohlubovány závěry o striktní nezměnitelnosti judikatury.

Dlouhodobým problémem postojů Ústavního soudu k závaznosti judikatury není deklarovaný cíl stability, ten je naopak oprávněný a žádoucí. V žádném případě netvrdím, že hodnotu stability není třeba při změně judikatury zvažovat. Tvrdím však, že z této hodnoty nelze dovozovat konkrétní, metodologicky se tvářící kritéria, pod která je třeba se silou vměstnat, jak to činí nález Pl. ÚS 11/02 a na něj navazující judikatura. Podle mého názoru se Ústavnímu soudu může nejvíce vymstít kategoričnost závěrů, kterým následně nejen jednotliví soudci, ale i soud jako celek není reálně schopen dostát.

5. K čemu je překážka věci rozhodnuté?

Prohlubování závěrů o přísné závaznosti judikatury může mít ještě jeden negativní efekt, resp. projev, který si zaslouží pozornost. S vnitřní závazností judikatury do velké míry souvisí otázka překážky věci rozhodnuté (*rei iudicatae*) podle § 35 zákona o Ústavním soudu, který stanoví, že návrh na zahájení řízení je nepřipustný, týká-li se věci, o které Ústavní soud již nálezem rozhodl. Překážka věci rozhodnuté je přitom s trochou nadsázky nejsilnějším možným projevem vnitřní závaznosti judikatury, jelikož předpokládá možnost rozhodnutí určitých věcí jednou provždy.

⁵⁷ Že jsou tyto argumenty o závaznosti judikatury mnohdy používány, jak se soudům hodí, potvrzuje i odborná literatura. Např. Pavel Holländer s odkazem na autorskou dvojici C. Elliot a F. Quinn shrnuje „osm právních triků“, jimiž se soudci vyhýbají domnělé závaznosti precedentu. Srov. Holländer (n25) 91. Mezi tyto klasické, evidentně i v zahraničí známé triky patří právě i odkaz na to, že se změnila doba.

⁵⁸ Pochybnosti o možnosti identifikovat a prokázat ony změněné objektivní okolnosti vyjádřil ve svém článku např. Gazda (n7) 290.

A právě před potenciálním rozšiřováním používání překážky věci rozhodnuté chci v této kapitole varovat. Nejenže by si tím Ústavní soud, tak jako v případě striktně vykládané vnitřní závaznosti judikatury, zavíral dveře pro možnosti budoucích změn. Jsem současně přesvědčen, že pokud by rozhodnutí Ústavního soudu odklánějící se od dřívějších právních názorů bylo spíše elaborátem na téma „proč je nyní situace jiná“ než shrnutím nově převládajících argumentů, mohlo by snadno docházet k poklesu přesvědčivosti samotné meritorní argumentace.⁵⁹

Jinak řečeno, odůvodněnost judikatorní změny je sice naprosto zásadní, zároveň ji však nelze zaměňovat za až paranoidní odůvodňování toho, zda je Ústavní soud vůbec oprávněn meritorně rozhodnout. Potenciální rozpínání takové praxe by soudu neprospělo. Je to přece právě propracovanost nové argumentace, která dodává změně judikatury legitimitu.⁶⁰

V plenární judikatuře Ústavního soudu však již bylo možné pozorovat určité tendence směřující k robustnějšímu odůvodnění, zda je Ústavní soud vůbec oprávněn meritorně rozhodovat s ohledem na předchozí judikaturu a potenciální existenci překážky věci rozhodnuté.

Nález týkající se neústavnosti sterilizací jako podmínky změny pohlaví (tzv. trans nález) se obsáhle věnoval právě odlišení posuzovaného případu od předchozí judikatury. Nečinil tak však za účelem posouzení, zda je nutné postupovat podle § 13 zákona o Ústavním soudu, tedy měnit judikaturu. Nález se s dřívější judikaturou potýkal v kontextu posouzení překážky *rei iudicatae*.⁶¹ Mám však za to, že překážku věci rozhodnuté a vnitřní závaznost předchozí judikatury nelze bez dalšího směšovat.⁶² Vnitřní závaznost judikatury se totiž týká, jak bylo popsáno výše, precedenčních účinků rozhodnutí Ústavního soudu pro samotný soud a souvisejících možností překonávání judikatury. Oproti tomu překážka věci rozhodnuté brání vůbec samotnému meritornímu projednání návrhu.

V duchu těchto úvah se v dosavadní judikatuře Ústavního soudu v řízení o kontrole norem jen zřídkakdy objevovala argumentace o překážce věci rozhodnuté.⁶³ Tím méně v situacích, kdy

⁵⁹ To, že taková úvaha není zcela lichou, potvrzuje implicitně např. odlišné stanovisko Elišky Wagnerové k nálezu Ústavního soudu ze dne 11. 2. 2004, sp. zn. Pl. ÚS 31/03. V něm uvedla, že podle jejího názoru má Ústavní soud při odůvodňování svých nálezů postupovat minimalisticky z hlediska toho, prizmatem kterých článků Listiny a Ústavy daný návrh posuzuje. Čím méně robustní odůvodnění, tím podle Wagnerové méně překážek věci rozhodnuté do budoucna. Takový strach z překážky věci rozhodnuté, který by měl vést k minimalismu odůvodnění nálezu, však nepovažuji za opodstatněný. Pokud by se Ústavní soud nechtěl k určitým relevantním aspektům věci vyjádřit jen proto, aby si do budoucna nezavíral dveře pro změnu názoru, považoval bych to za alibismus v neprospěch aktuální přesvědčivosti daného rozhodnutí.

⁶⁰ Srov. např. odůvodnění návrhu II. senátu Ústavního soudu na vydání stanoviska Pl. ÚS-st. 42/15 (bod 6 odůvodnění stanoviska).

⁶¹ Nález Ústavního soudu ze dne 24. 4. 2024, sp. zn. Pl. ÚS 52/23, bod 33–47.

⁶² V části VII. 1 nálezu, která je výslovně pojmenována jako překážka věci rozhodnuté, jsou totiž obsaženy i úvahy týkající se právě vnitřní závaznosti judikatury. Ani úvahy o míře závaznosti právních závěrů tzv. relevantní menšiny (především v bodě 34 nálezu) dle mého názoru nesouvisí s překážkou věci rozhodnuté.

⁶³ Ústavní soud se překážce věci rozhodnuté výjimečně věnoval např. v bodu 40 tzv. volebního nálezu ze dne 2. 2. 2021, sp. zn. Pl. ÚS 44/17, popř. na její možnou existenci upozornil Jiří Nykodým v odlišném stanovisku k nálezu ze dne 20. 5. 2008, sp. zn. Pl. ÚS 1/08. Argumentace překážkou věci rozhodnuté byla doposud typická spíše pro řízení o ústavních stížnostech či ve vztahu k rozhodnutím obecných soudů, kde překážka věci rozhodnuté dává větší smysl s ohledem na garanci právní jistoty účastníků, a tedy s ohledem na povinnost

překážka nebyla dána. Ústavní soud se této otázce věnoval spíše, pokud zde překážka věci rozhodnuté nakonec existovala, popř. pokud ji vznesl některý z účastníků.⁶⁴

Podle trans nálezu by překážka věci rozhodnuté v řízení o kontrole norem byla dána v situaci 1) totožnosti napadeného ustanovení a současně 2) totožnosti tvrzených a následně zkoumaných důvodů protiústavnosti. Totožnost „tvrzených a následně i zkoumaných“ důvodů protiústavnosti však logicky v praxi téměř nikdy nenastane.⁶⁵ Proto podle těchto kritérií nebude téměř nikdy dána ani překážka *rei iudicatae*. Navíc, např. v jednom z mála plenárních nálezů, který se překážce věnoval, je meritorní přípustnost návrhu dovozována z toho, že došlo ke značným sociálním a zákonným změnám.⁶⁶ Takové změny však nejsou kritériem, se kterým by při posuzování přípustnosti z pohledu překážky věci rozhodnuté pracoval trans nálezn. Je tedy vidno, že Ústavní soud v praxi toho, co by mohlo zakládat překážku věci rozhodnuté, není dlouhodobě zcela konzistentní.

Ze všech výše uvedených důvodů si troufám vyjádřit jisté pochyby o využitelnosti (a vhodnosti) překážky věci rozhodnuté v řízení o kontrole. Překážku *rei iudicatae* sice předpokládá zákon o Ústavním soudu v § 35 odst. 1.⁶⁷ Mám však za to, že jejím účelem je a mělo by být spíše odfiltrování opakovaných totožných návrhů, např. v situacích, kdy vznikne určitý protiústavní stav, v jehož důsledku soudy podávají obdobné návrhy na zrušení určité právní úpravy.⁶⁸ Ostatně i sám Ústavní soud uvádí, že překážka věci rozhodnuté by obecně měla být interpretována restriktivně.⁶⁹ Ústavní soud zmiňuje překážku věci rozhodnuté spíše v souvislosti s řízením o ústavních stížnostech, v nichž je to pochopitelné kvůli garanci právní jistoty účastníků.⁷⁰ Tento argument je však v řízení o kontrole norem použitelný jen omezeně.

Problémem používání překážky věci rozhodnuté v řízení o kontrole norem je navíc to, co bylo analogicky naznačeno již výše o možnostech změny judikatury. Proč vytvářet zdánlivě přísná pravidla, která v praxi nelze dodržet? Pokud zákon o Ústavním soudu předpokládá možnost změny judikatury, proč by k této změně nemohlo dojít i na základě totožných zkoumaných důvodů protiústavnosti? Z § 35 odst. 1 zákona o Ústavním soudu dle mého názoru neplyne povinnost soudu podrobně ospravedlňovat, zda může určitý návrh v řízení o kontrole norem vůbec meritorně posoudit. Ústavnímu soudu by spíše mělo vždy jít

rozhodovat obdobně za obdobných skutkových okolností. K tomu srov. např. nálezn Ústavního soudu ze dne 27. 6. 2023, sp. zn. III. ÚS 3285/22, či ze dne 22. 10. 2010, sp. zn. III. ÚS 1275/10.

⁶⁴ Tamtéž.

⁶⁵ V uvedených kritériích je navíc dle mého názoru rozpor, jelikož podmínka „zkoumaných důvodů protiústavnosti“ se týká již samotného meritorního posouzení, kterému však předchází zkoumání překážky věci rozhodnuté.

⁶⁶ Nálezn Ústavního soudu ze dne 12. 12. 2017, sp. zn. Pl. ÚS 11/17, bod 63. Proti závěrům většiny o neexistenci překážky věci rozhodnuté se ohradili soudci Sládeček a Suchánek ve svém společném odlišném stanovisku.

⁶⁷ Vyhnánek (n3) 355.

⁶⁸ V takovém případě však z logiky věci častěji půjde o (související) překážku litispendence. Z nedávné judikatury k tomu srov. např. usnesení Ústavního soudu ze dne 11. 10. 2023, sp. zn. Pl. ÚS 40/23.

⁶⁹ Nálezn Ústavního soudu ze dne 3. 11. 2009, sp. zn. Pl. ÚS 29/09, bod 96 a 97.

⁷⁰ Pavel Holländer, '§ 35' in Jan Filip, Pavel Holländer, Vojtěch Šimíček, *Zákon o Ústavním soudu* (2. vydání, C. H. Beck 2007) 165. Srov. též nálezn Ústavního soudu ze dne 27. 6. 2023, sp. zn. III. ÚS 3285/22, zejména bod 18 a 19.

o důkladné vypořádání se s předchozí judikaturou z hlediska vyjasnění, zda přistupuje k judikatorní změně, anebo nikoli.

Potřeba hovořit o překážce *rei iudicatae* v řízení o kontrole norem je tak dle mého názoru spíše ukázkou dlouhodobé tendence, v jejímž rámci Ústavní soud cítí velmi silnou potřebu ukazovat, že svým rozhodnutím neporušuje závěry o přísné závaznosti judikatury. To je příklad analogický s výše citovaným nálezem Pl. ÚS 11/02, jehož paradoxní podstatu jsem výše shrnul tak, že říká: podmínky pro změnu judikatury jsou přísné, avšak my jsme se do nich vešli. Trans nález by z hlediska překážky věci rozhodnuté bylo možné shrnout obdobně, když fakticky říká: podmínky pro meritorní projednání návrhu jsou přísné, avšak my jsme se do nich vešli. Pravou příčinou obou těchto závěrů je však zřejmě strach (spíše než procesní čistota), který si však na sebe jako bič upletl sám Ústavní soud.

Za nejvýstižnější shrnutí problematiky překážky věci rozhodnuté, a ostatně i vnitřní závaznosti judikatury, nakonec považuji jinou pasáž ze samotného trans nálezu, konkrétně pod bodem 42: „Rigidní lpění na zásadě ‚jednou a dost‘, bez ohledu na to, jakými otázkami se Ústavní soud materiálně zabýval, by bylo formalistické. V důsledku by pouhá forma zamítavého nálezu mohla Ústavnímu soudu do budoucna zabránit plnit roli orgánu ochrany ústavnosti, což by popíralo smysl jeho existence. Proto i vývoj společenských a právních poměrů v důsledku plynutí času může být proměnou kontextu, v němž Ústavní soud rozhoduje.“ Tato pasáž dle mého názoru trefně shrnuje a podporuje závěr prolínající se celým tímto článkem, totiž že překážku věci rozhodnuté ani vnitřní závaznost judikatury není žádoucí vykládat přísně, ba dokonce to ani do budoucna není udržitelné a dobře možné.⁷¹

Závěr

V tomto článku jsem se především snažil poukázat na to, jak se některé kategorické závěry o striktní závaznosti judikatury mohou snadno obrátit proti Ústavnímu soudu, jehož rozhodování bude v dlouhodobém měřítku působit tím nahodileji, čím více bude sám nemožnost změn zdůrazňovat.

Mnohá rozhodnutí Ústavního soudu bývají vnímána jako důsledek změny hlasovacích poměrů na soudě.⁷² O to hůře pak může působit, když sám soud vynáší rigidní závěry např. o tom, že změna hlasovacích poměrů nesmí být důvodem ke změně judikatury.

Někdy je legitimnější přiznat dřívější chybu soudu než komplikovaně odůvodňovat, v čem se nově posuzovaná věc liší. Každý soud by totiž v konečném důsledku měl vyjavit pravé důvody svého rozhodnutí. Jak jsem přitom v tomto článku opakovaně argumentoval, Ústavní soud je plně oprávněn (a měl by se tak cítit) k vyslovení závěru o nesprávnosti předchozího

⁷¹ Tento závěr podporuje také komentářová literatura, srov. Vladimír Mikule a Vladimír Sládeček, *Zákon o Ústavním soudu – komentář a judikatura k Ústavě ČR a Listině základních práv a svobod* (Eurolex Bohemia 2001) 107. Konkrétně lze citovat následující pasáž: „Zejména u zamítacích nálezů by trvání na tom, že z formálních důvodů takový předpis nemůže být již nikdy Ústavním soudem přezkoumán (zrušit by jej mohl pouze normotvůrce sám), mohlo být v kontextu právního státu posuzováno jako nepřiměřené.“

⁷² Vypovídá o tom např. i způsob, jakým o nálezu referovala některá média, např. Andrea Procházková, ‘Konec kastraci u trans lidí: Pavlův Ústavní soud zrušil pravidla o úřední změně pohlaví. A proč už se to mělo stát dávno.’ (Respekt, 7. května 2024) <<https://www.respekt.cz/komentare/uskom>> citováno dne 13. srpna 2024.

právního názoru. Může tak činit většinou devíti hlasů z patnácti, jak to zákon o Ústavním soudu předpokládá, čímž je stabilita judikatury v čase dostatečně zajištěna.⁷³

Postup pro pravou změnu judikatury, plynoucí z Ústavy a ze zákona o Ústavním soudu, je dle mého názoru v zásadě zřejmý a je jím 1) identifikovat *ratio decidendi* prejudikatury a současně nově posuzovaného případu, 2) zvážit, zda se pro účely nového rozhodnutí chce plénium odchýlit, 3) je-li tomu tak, nalézt většinu devíti hlasů.⁷⁴

Namísto toho se však Ústavní soud leckdy zabývá podružnějšími otázkami, které mnohdy ani nejsou namístě, a to např. podmínkami pro změnu judikatury podle nálezu Pl. ÚS 11/02 či překážkou věci rozhodnuté.⁷⁵ Odchýlení se od předchozího právního názoru však není potřeba složitě skrývat a je rizikové jej do budoucna explicitně vylučovat či omezovat.

⁷³ Holländer (n25) 93. Pro podrobnější rozbor důvodů stojících za požadavkem vyšší většiny srov. např. Kadlec (n7) 165.

⁷⁴ A samo sebou též zvážit a dobře odůvodnit proti tomu stojící hodnotu stability judikatury.

⁷⁵ Dle Pavla Holländera byl typickým příkladem, kdy se plénium nedostatečně, respektive nesprávně věnovalo potřebě většiny na úkor jiných argumentů, nálezný sp. zn. Pl. ÚS 1/08. Holländer (n25) 96.



Stat'

Právní význam v teorii Michaela S. Moora a právní jistota

Legal meaning in Michale S. Moore's theory and legal certanity

Zdeněk Trávníček

Zdeněk Trávníček působí jako doktorand na katedře právní teorie Právnické fakulty Masarykovy univerzity v Brně. Mimo právo vystudoval také filozofii na Filozofické fakultě Masarykovy univerzity. S ohledem na svá studia se v rámci své akademické činnosti zaměřuje na mezioborová témata z oblasti filozofie práva, věnuje se vztahu logiky, jazyka a práva nebo také metateorii práva. V prostředí mimo akademii působí od roku 2019 jako advokát. Autora lze kontaktovat na travnicek.z@gmail.com a jeho ORCID je 0000-0001-8316-9888. Následující text byl podpořen Masarykovou univerzitou v rámci projektu Aktuální problémy teorie a dějin práva (MUNI/A/1504/2023).

Abstrakt

Článek se věnuje významu právních výrazů v teorii Michaela S. Moora v kontextu jejího vlivu na teorii právní jistoty. Po vymezení teoretického pozadí Moorovy teorie a shrnutí realistické sémantiky postavené na kauzální teorii významu se soustředím na expozici teorie funkcionálních druhů jako významů právních výrazů a spojení realistické sémantiky, objektivitu práva a pravdivosti právních proposic. Dále se věnuji dvěma důsledkům, které mají favorizovat realistickou sémantiku oproti konkurenčním teoriím, kdy jde o explikaci změny významu téhož výrazu za situace názorové neshody a o spojení funkcionálních (a jiných) druhů s určitostí právního diskursu. Oba důsledky, a zejména jejich přínos ke standardní teorii právní jistoty kritizuji, protože mám za to, že se nevyrovnávají ani s přímočarými epistemologickými námitkami. Na podkladě tohoto rozboru rekonstruuji pro realisty preferovanou teorii právní jistoty, ale vedle ní představuji alternativní teorii, reagující na předchozí kritiku. Obě teorie hodnotím z hlediska jejich bezprostřední použitelnosti a ukazuji způsob, jak by je bylo možno integrovat vedle sebe.

Klíčová slova: Funkcionální druhy, realistická sémantika, právní jistota, objektivita práva, právní sémantika, názorová neshoda

Abstract

The article examines the meaning of legal expressions in Michale S. Moore's theory in the context of its influence on the theory of legal certainty. After outlining the theoretical background of Moore's theory and summarizing realist semantics built on a causal theory of meaning, I focus on an exposition of the theory of functional kinds as meanings of legal expressions and the connection between realist semantics, the objectivity of law, and the truth of legal propositions. I then discuss two implications that are intended to favor realist semantics over competing theories, the explication of the change in meaning of the same expression in the face of disagreement and the connection of functional (and other) kinds to the determinacy of legal discourse. I criticize both implications, and especially their contribution to the standard theory of legal certainty, because I think they do not deal with straightforward epistemological objections. On the basis of this analysis, I reconstruct a preferred theory of legal certainty for realists, but present alongside it an alternative theory responsive to the previous criticisms. I evaluate both theories in terms of their immediate applicability and show how they might be integrated side by side.

Keywords: Functional kinds, realist semantics, legal certainty, objectivity of law, legal semantics, disagreement

Úvod

V tomto textu se budu zabývat významem právních výrazů v teorii Michaela S. Moora v kontextu jejího vlivu na pojetí právní jistoty.

Pro lepší orientaci a stanovení základních mantinelů pro úvahy čtenáře považuji za vhodné umístit Moorovu teorii alespoň přibližně na mapu právní filosofie. Moore buduje svou teorii již od 80. let 20. století, ale je nadále živá. Hlásí se na jedné straně k moderní naturalistické větvi právní filosofie, na straně druhé, co do metafyziky, k větvi realistické.

Naturalistická stránka Moorovy teorie jej staví blízko k právním realistům a k současným naturalistickým trendům v jurisprudenci.¹ Metafyzická stránka naopak do blízkosti metafyzického realismu² ve vztahu k morálním, právním, mentálním a podobným entitám, jejichž existence je teoretiky z druhé strany spektra, antirealisty,³ často úplně popírána nebo alespoň podmiňována praktickým, pragmatickým nebo sociálním prvkem, konstruktivismem či lidským tvořivým spolupůsobením. Realistické nastavení Moora zase přibližuje přirozenoprávním teoriím, byť filosofická distinkce mezi přirozenoprávními a spíše pozitivizujícími směry v jurisprudenci se postupně dostává do pozadí odborné diskuse.

Co se týče Moorova metafyzického zázemí, je třeba se u něj samostatně zastavit, protože je podstatné pro pochopení jeho teorie významu. Teorie významu je zase ústřední pro pochopení velké části Moorovy právní filosofie a má důsledky pro jeho chápání právní teorie i praxe, například praxe soudců, ale také pro Moorovo pojetí právní jistoty a objektivitu práva, což jsou témata důležitá pro tento text.

Moorovu metafyzickému zázemí se budu věnovat v následující části článku, v níž představím také jeho realistickou sémantiku včetně předpokladů pro to, aby mohla být skutečně realizována. Ve třetí části se zaměřím na funkcionální druhy, které jsou podle Moora významy specificky právních výrazů. V další části se věnuji pravdivosti právních propozic, odvozování s nimi a vazbě právního významu na objektivitu práva. V páté části specifikuji dva důsledky realistické sémantiky, které ji mají favorizovat oproti konkurenčním teoriím. Tyto důsledky dále poněkud relativizují a na podkladě tohoto zkoumání vztahují Moorovu teorii k právní jistotě, přičemž je vedle teorie právní jistoty pro realistickou sémantiku vydělena také alternativní teorie. Cílem tohoto článku je ukázat, že teze, že realistická sémantika moorovského střihu má velmi dobré předpoklady pro naplnění ideálu právní jistoty, je sice pravdivá, ale je třeba mít na paměti, že jde o úzce vymezenou právní jistotu, která může fungovat spíše jako regulativní ideál, a může být vhodné ji kombinovat s teorií alternativní.

¹ Brian Leiter, *Naturalizing jurisprudence: essays on american legal realism and naturalism in legal philosophy* (Oxford University Press 2007); Michael Moore, *Mechanical Choices: The Responsibility of the Human Machine* (Oxford University Press 2022).

² Základní přehled např. v oblasti realismu co do morálních entit může poskytnout např. přehledový text: Geoffrey Sayre-McCord, 'Moral Realism', *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (2021) <<http://plato.stanford.edu/entries/moral-realism/>> citováno dne 24. listopadu 2024.

³ Včetně právních realistů, kteří jsou českému čtenáři mnohem známější. Přízeň mezi Moorem a realisty tedy jistě není v názoru na metafyziku. Zatímco Moore je metafyzický realista, právní realisté jsou z hlediska metafyzického antirealisté.

1. Metafyzické zázemí, kauzální teorie významu a realistická sémantika

1.1 Metafyzika v úzkém a širokém slova smyslu

Moore rozlišuje metafyzickou teorii v úzkém a širokém slova smyslu. Metafyzická teorie v úzkém slova smyslu je podle něj zaměřena výlučně na to, co je. Do metafyzické teorie v širokém slova smyslu však řadí kromě prosté ontologie také teorii pravdy, teorii logiky, teorii významu vět a teorii významu slov.⁴

Jak již bylo řečeno, Moore se staví na realistickou stranu distinkce mezi realismem a antirealismem, což se v kontextu právních entit⁵ projevuje tím, že je přesvědčen, že tyto existují, a to nezávisle na jazyku, myšlení, konceptuálních schématech nebo perspektivách člověka.

Co se týče dalších součástí metafyziky v širokém slova smyslu, můžeme říci, že Moore brání pozici bivalentní a monotónní logiky; význam vět je chápán tak, že pro jeho demonstraci je třeba určit, jaké jsou pravdivostní podmínky dané věty, s čímž souvisí přímočaré uplatnění korespondenční teorie pravdy; pro význam slov je podstatné, že Moore je zastáncem tzv. kauzální teorie významu.

1.2 Kauzální teorie významu

Kauzální teorie významu je jádrem Moorovy realistické sémantiky. Jedná se o teorii představenou původně Saulem Kripkem a Hilary Putnamem.⁶ Centrální roli v ní hraje extenze, tedy objekt, ke kterému výraz referuje. Tento objekt totiž představuje význam daného výrazu bez ohledu na to, co si mluvčí sám s daným výrazem spojuje. V kontrastu ke klasické teorii, v níž je, stručně řečeno, extenze určována tak, že do ní spadá jakýkoliv objekt, který splňuje nějaké předem dané podmínky, v kauzální teorii významu stojí na počátku (nejčastěji) ostenzivní definice předmětu. Tím je reference k tomuto objektu zafixována a význam výrazu se dále již jen předává mezi jednotlivými mluvčími kauzálně.

1.3 Realistická sémantika

Významy výrazů, které se vyskytují ve slovně zachycených právních pravidlech, jsou podle Moora určovány stejně. Sémantická teze, že význam slova je dán (nebo alespoň hodně ovlivněn) extenzí⁷, je doplněna konkrétnějším vysvětlením, jak si Moore představuje, že tento mechanismus funguje.

Nejprve mluvčí objeví exempláře, které jsou nějakým způsobem podobné, takže si předběžně myslí, že by se mohlo jednat o jednotlivé instance nějakého druhu. Následně tento druh

⁴ Michael Moore, 'The Interpretive Turn in Modern Theory: A Turn for the Worse' (1989) 41 *Stanford Law Review* 871, 874–875.

⁵ A rovněž mentálních, morálních a jinak tzv. exotických entit.

⁶ Saul Kripke, *Naming and necessity* (Basil Blackwell 1980); Hilary Putnam, 'Meaning of 'meaning'' in Hilary Putnam (ed), *Mind, Language and Reality* (Cambridge University Press 1975).

⁷ Michael Moore, 'Semantics, Metaphysics and Objectivity in the Law' in Geert Keil and Ralph Poscher (eds), *Vagueness and Law: Philosophical and Legal Perspectives* (Oxford University Press 2016) 132.

označ⁸ nějakým výrazem. Mezi mluvčími se výraz užívá a předává se kauzálně. To znamená, že každý další mluvčí, který následuje svého předchůdce v používání zvoleného výrazu, má intenci referovat k druhu, který byl původně výrazem pojmenován. Nereferuje již na původní exempláře, protože s nimi není bezprostředně obeznámen, resp. tyto nemusí již ani existovat. Následně se vyvine expertíza o tom, co je povahou takového druhu a jak lze identifikovat jeho další exempláře.⁹ Dědictvím myšlenky, že je to extenze, která určuje význam bez ohledu na to, co si o extenzi myslí mluvčí, je, že to, o čem si mluvčí na počátku mysleli, že to jsou exempláře daného druhu, ve skutečnosti exempláři tohoto druhu být nemusely.¹⁰

K tomu, aby na podkladě kauzální teorie významu navržená realistická sémantika mohla fungovat, je třeba, aby byly splněny také další předpoklady.

Prvním z předpokladů je platnost tzv. faktu prostředí, který říká, že svět musí obsahovat entitu, ke které se referuje, když se používá daný výraz. U singulárních termínů jsou to jednotliviny, u obecných termínů jsou to univerzálie, konkrétně druhy. U jednotlivin situace není nijak zvlášť problematizována. Předpokládá se jejich existence a rovněž existence určité relace podobnosti mezi nimi, přičemž tato relace musí být alespoň tak silná, aby mohlo být usouzeno na příslušnost jednotlivin k jednomu druhu. Existence druhu předpokládá existenci jednotlivin, nicméně podle Moora druh není pouhým agregátem jednotlivin, ale má samostatnou povahu, která je dostatečně robustní a jednotná na to, aby mohlo být referováno k druhu, aniž by zároveň bylo referováno k jednotlivým jeho instancím.¹¹ To je podstatné mj. pro zachování možnosti reference na daný druh, pokud exempláře, které vedly k jeho pojmenování nejsou k dispozici, např. již neexistují.

Druhým předpokladem realistické sémantiky je platnost tzv. sociálních faktů. Ty jsou ve standardní realistické teorii Moorova střihu tři.

SF1: Mluvčí při používání predikátu musí mít indexické intence. To zhruba řečeno znamená, že musí mít v úmyslu pojmenovat něco, co je lokálně kontextově parametrizováno, přičemž kontextuální faktor je odvozen od toho, v jakém prostředí se nachází mluvčí.

SF2: Mluvčí musí daný predikát používat referenčně, nikoliv atributivně.¹² Referenční užití zjednodušeně řečeno znamená přímé zaměření na extenzi, které není zprostředkované definičně. Tedy například když mám předat knihu muži s červeným motýlkem, pak atributivní užití je takové, že extenze takového výrazu zahrnuje všechny muže s červeným

⁸ Moore používá slovo „pokřtí“, což je technický termín převzatý z původní kauzální teorie reference.

⁹ Moore (n7) 132.

¹⁰ Tj. například kousky žlutého měkkého kovu se ukážou být ve skutečnosti něčím jiným než zlatem (mají např. jiné chemické složení). Ačkoliv tedy na počátku kauzálního významového řetězce tyto kousky fungovaly jako prvky předběžně řazené pod druh pojmenovaný „zlato“, nakonec se ukázalo, že pod tento druh nespádají a jen napomohly objevu druhu pojmenovaného výrazem „zlato“.

¹¹ To je jedno z problematických míst v Moorově teorii, které je napadáno z pozic reduktivního naturalismu. Srov. Torben Spaak, 'Legal Realism and Functional Kind: Michael Moore's Metaphysically Reductionist Naturalism' (2021) 27 *Archiwum Filozofii Prawa i Filozofii Społecznej* 83.

¹² Distinkci mezi referenčním a atributivním používáním explicitně zavedl ve filosofické literatuře Keith Donnellan a jedná se o rozsáhlé téma v rámci teorie deskripcí. Keith Donnellan, 'Reference and Definite Descriptions' (1966) 75 *Philosophical Review* 281. Pro množství další relevantní literatury k deskripcím i k rozlišení mezi referenčním a atributivním používáním srov. Peter Ludlow, 'Descriptions', *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (2021) <<http://plato.stanford.edu/entries/descriptions/>> citováno dne 24. listopadu 2024.

motýlkem bez ohledu na to, kteří to jsou a kolik jich je. Referenční užití naproti tomu odkazuje k nějakému konkrétnímu muži s červeným motýlkem, a to dokonce bez ohledu na to, zda aktuálně červeného motýlka má, nebo nemá; podstatné je, že měl mluvčí na mysli nějaké konkrétní nebo nějakého konkrétního muže. Na úrovni druhů odkazuje referenční užití k nějaké skupině věcí jako celku bez ohledu na to, jaké mají instance obsažené v této skupině vlastnosti, naopak atributivní užití je takové, kdy je jedno, o jaké jednotliviny jde, ale podstatné je, že všechny v dané skupině splňují definiční vlastnosti.

SF3: Mluvčí musí být ochotni se odkazovat ke spolehlivé expertíze, kterou mají ostatní ohledně povahy druhu, k němuž se referuje. Jinými slovy, sám mluvčí nemusí být dopodrobna obeznámen s povahou druhu, ke kterému referuje, ale odůvodněně věří expertům na daný druh.

Pokud jsou opuštěny některé z těchto předpokladů, teorie následně kolabuje do slabších variant realistické sémantiky, případně směrem ke konvencionalismu¹³ nebo např. k teorii řečových her.¹⁴ V dalším textu budu pracovat s Moorem nabízenou a výše popsanou silnou variantou realistické sémantiky, protože by měla mít také nejsilnější možnosti při zajištění právní jistoty.

2. Právní významy – funkcionální druhy

Specificky právní výrazy,¹⁵ které jsou často součástí jazykových vyjádření právních norem, podle Moora fungují podle výše uvedeného popisu. Tyto výrazy podle něj označují nejčastěji funkcionální druhy,¹⁶ o nichž říká, že mohou být pro explikaci právního významu vhodnějším kandidátem než druhy přírodní nebo například druhy morální, byť by i takové existovaly ve vztahu ke stejně znějícímu výrazu obsaženému ve slovním vyjádření právní normy. Kritériem, podle kterého by se v některých konkrétních případech měla dát přednost funkcionálnímu druhu před jinými druhy, je podle Moora účel normy, resp. důležitost hodnoty stojící v pozadí určitého systému, ve kterém se výraz označující funkcionální druh nachází.¹⁷

¹³ Moore (n7) 130–132; Ori Simchen, 'Metasemantics and Objectivity' in Enrique Villanueva (ed), *Law: Metaphysics, Meaning, and Objectivity* (Rodopi 2007) 215–234; Nicos Stavropoulos. *Objectivity in Law* (Clarendon Press 1996).

¹⁴ Brian Bix, 'Can Theories of Meaning and Reference Solve the Problem of Legal Determinacy?' (2003) 16 *Ratio Juris* 281.

¹⁵ Např. smlouva, úmysl, nesvéprávnost apod. Stejně podle Moora fungují také morální výrazy (ty označují morální druhy) a přírodní výrazy (přírodní druhy). I tyto druhy mohou být významem výrazů obsažených v právních textech. Navíc se tím studnice druhů nevyčerpává. Podle Moora existují také smíšené druhy (tzv. mongrel druhy) apod. Moore je metafyzický realista také ohledně těchto dalších entit.

¹⁶ Michael Moore, 'A Natural Law Theory of Interpretation' (1985) 58 *Southern California Law Review* 277; Michael Moore, 'Law as a Functional Kind' in Robert George (ed), *Natural Law Theory: Contemporary Essays* (Clarendon Press 1992) 188–242.

¹⁷ Je samozřejmě notoricky problematické určovat účel norem, touto problematikou se zde však nemám v úmyslu blíže zabývat. Je to ale další locus kritiky Moorovy teorie, protože není jasné, jak vlastně jeho metoda určení funkcionálního druhu přesně funguje. Moore je ale poměrně liberální v tom, jakou preferenční teorii si mluvčí zvolí.

Funkcionální druh je obecnina, jejíž povaha je dána nikoliv strukturou, nýbrž funkcí, kterou zastává v nějakém větším systému, v němž se vyskytuje (tj. například v právu).¹⁸ Jedná se o nástroj, který přispívá k realizaci nějaké hodnoty skryté v nadřazeném systému, ve kterém se tento nástroj vyskytuje, jde tedy o instrumentální dobro.¹⁹ Jde o něco, co může být realizováno prostřednictvím různých jednotlivin s různými vlastnostmi,²⁰ je-li konsekvencí těchto vlastností takový stav, že je do větší míry uskutečňován cíl nadřazeného systému. Na druhé straně jde o něco, co má logickou jednotu a může to být samo předmětem reference, a má tedy samostatnou existenci, byť by aktuálně neexistovala ani jedna instance. Je otázkou odborné diskuse, zda lze funkcionální druhy redukovat např. na přírodní druhy prostřednictvím identifikace vlastností, které tvoří funkcionální druh s vlastnostmi přírodními.²¹ Funkcionální (a případně jiné) druhy jakožto objekty reference jsou pochopitelně také tím, co podle Moora činí pravdivými právní propozice.

Jako příklad pro lepší představu uvedme funkcionální druh, který je označován výrazem „*místo trestného činu*“. Je třeba říci, že existuje teorie, podle které se místo činu omezuje na místo, kde se stala událost spočívající v jednání pachatele, které naplnilo objektivní stránku trestného činu. Podle této teorie místo trestného činu tedy nezahrnuje rovněž místo, kde nastaly následky daného činu. V právu nicméně je běžně z nejrozumnějších důvodů přijímáno, že místem trestného činu může být vedle místa jednání také místo, kde nastal nebo dokonce jen měl nastat následek, a to mj. s dopadem na další trestněprávní ustanovení týkající se příslušnosti orgánů činných v trestním řízení atd. Takto legálně konstruované místo trestného činu je podle Moora funkcionální druh, který je z hlediska interpretace významu tohoto právního pojmu vhodnější než druh reprezentovaný prvním (omezeným) pojetím, a může tak dostat při hledání významu v právních pravidlech přednost.²²

3. Právní propozice a objektivita práva

Moore otázku významu právních výrazů a propozic rámuje otázkou objektivit práva. Zastává názor, že pokud má být právo objektivní v silném slova smyslu, je nutné, aby právní propozice měly pravdivostní hodnoty, které jsou nezávislé na mluvčích. Pokud se budeme například bavit o rozhodování soudu, pak je žádoucí, aby právní propozice měla pravdivostní hodnotu, která je nezávislá na tom, jak soudce v dané věci rozhodl nebo rozhodne.

Moore uvažuje také situaci, kdy soudci svým rozhodnutím aktivně činí právní propozice pravdivými. Takové pojetí označuje jako objektivitu ve slabém slova smyslu,²³ ale zahrnuje

¹⁸ Moore (n4) 885.

¹⁹ Moore (n7) 148.

²⁰ Resp. je možno samozřejmě odhlédnout od jednotlivin, pokud jde o druhy, které jsou označeny slovy pro predikáty. Tj. například druh označený „mít zlý úmysl“ lze modelovat jako disjunkci vlastností. Mít zlý úmysl $\vee$ mít vlastnost x_1 $\vee$ mít vlastnost x_2 $\vee$ mít vlastnost x_3 $\vee$ atd.

²¹ Spaak (n11).

²² Moore (n7) 146–148.

²³ Tj. jsou zde pravdivostní hodnoty singulárních právních propozic, ale nejsou nezávislé.

ho právě s poukazem na požadavek vyšší právní jistoty a s poukazem na rezignaci zastánců takového pojetí na nejsilnější z důvodů, proč by soud měl podle Moora rozhodovat jedním, nebo druhým způsobem, totiž na mysli, mluvčích, perspektivách apod. nezávislou pravdu právních propozic.²⁴

Právní propozice Moore dělí poměrně standardně na singulární a obecné. Singulární právní propozice jsou ty, na nichž záleží při rozhodování o případu. Například tedy propozice věty „*tato smlouva mezi osobou A a osobou B je platná*“ je určující pro rozhodnutí právního sporu o platnost smlouvy. Pravdivost nebo nepravdivost propozice věty „*toto usmrcení bylo úmyslné*“ je zase důležitá pro rozhodnutí o tom, zda se stala vražda. Singulární právní propozicí se nějakému stavu věcí přisuzuje právní kvalita, která je autoritativní pro výsledek rozhodnutí o takovém případě. Pravdivost singulární propozice je logicky odvozena od pravdivosti obecné právní propozice, přičemž obecná právní propozice není podle Moora v konečném důsledku ničím víc než singulárními propozicemi všech myslitelných případů, které v souvislosti s významem obecné právní propozice přicházejí do úvahy.

Konkrétní významy obou typů propozic jsou dány druhy (u právních výrazů nejčastěji funkcionálními) a jejich pravdivost je třeba odvozovat od korespondence mezi jazykovými vyjádřeními propozic a světem, ve kterém jsou entity, k nimž výrazy obsažené v právních propozicích referují.

Právní odvození singulární propozice probíhá podle Moora víceméně subsumpčním odvozením, tj. tak, že máme obecnou právní propozici vydestilovanou z textu právního předpisu (úmyslné usmrcení osoby je vražda), máme fakta případu, resp. propozice vět o nich (toto usmrcení bylo záměrné, tj. pachatel chtěl osobu usmrtit, věděl, že to dělá, a byl srozuměn s tím, že tato osoba umře), a následně tzv. interpretivní fakty, resp. propozice vět o nich, které spojují fakty případu s funkcionálním druhem obsaženým v obecné propozici (všechna usmrcení, která jsou záměrná, chtěná, s vědomím toho, co se činí, s tím, že je pachatel srozuměn se skutečností, že někdo umře, jsou úmyslná usmrcení), z čehož odvozujeme standardní deduktivní logikou, že ono konkrétní usmrcení bylo úmyslné usmrcení (tím je dokončeno spojení faktů a obecné propozice) a že toto usmrcení byla vražda (tím je dokončeno odvození singulární propozice podstatné pro rozhodnutí z propozice obecné). Pravda, která se přenáší mezi odvozovacími kroky, je dána přímými referenty, na něž odkazují výrazy právního jazyka, jimiž jsou odvozovací kroky formulovány.

Pokud výše uvedené shrneme, Moorova teorie právního významu zajišťuje dle jeho názoru silnou verzi objektivitu v právu, protože druhy, které jsou výrazy označovány, mají dostatečně bohatou povahu na to, aby všechny právní propozice měly určité pravdivostní hodnoty.

4. Dva důsledky

Představená teorie právního významu, pokud je pravdivá, má mj. dva důsledky, které jsou podstatné pro právní jistotu.

4.1 Dvě úrovně reference a rozumná neshoda

²⁴ Pravdivost propozice, kterou nějakým způsobem učiní soudce, již na něm z povahy věci není nezávislá.

Je jisté, že existuje tendence zastánců realistické sémantiky k něčemu, co označují jako druhou úroveň reference. Zůstaneme-li v žargonu realistické sémantiky, můžeme říci, že první úroveň reference je reference k instancím určitého druhu a druhá úroveň je reference k druhu nad těmito instancemi. K tomu je třeba připojit ještě ontologické teze spočívající v tom, že zatímco ten, kdo se přiklání k teorii dvou úrovní reference, nemá žádný problém s existencí instancí ani druhů, ten, kdo odmítá referovat k druhům, zastává z hlediska ontologie střídmější teorii, v níž druhy vůbec neexistují a reference na první úrovni, tj. na úrovni instancí, končí.

V aplikační rovině můžeme tuto distinkci formulovat v kontextu různých přístupů k tomu, jak je chápána rozumná neshoda, tedy při rozlišení situace v diskurzu, kdy se význam mění (byť se nemění zdroj významu, tedy druh), a situace, kdy je jeden význam nahrazen jiným (protože žádný druh jakožto jednotící prvek významu v dané teorii v konečném důsledku nefiguruje).

Moore tvrdí, že pokud nebudeme mít v teorii druhy, pak nebudeme moci dosáhnout smysluplného vysvětlení změny významu, ale při každé změně vlastností toho, k čemu se referuje, půjde o nahrazení jednoho významu jiným. V tomto druhém případě mluvčí budou dosahovat pouze reference na úrovni instancí a tento krok bude konečný, protože z povahy jejich teorie žádný další krok nad tuto úroveň již není možno učinit.²⁵ Mluvčí však v rámci neshody nikdy nebudou mít dostatečný společný základ k tomu, aby mohli říci, že mluví o tomtéž, a že nejvýše jeden z nich říká o daném předmětu pravdu. Situace, v níž je naopak možno ostře polarizovat z hlediska pravdy (a určitosti extenze), je ovšem podle Moora z hlediska právní jistoty preferovaná. Proto bychom měli podle něj dávat přednost druhé úrovni reference a teorii, v níž existují druhy. Ta totiž zajišťuje jednotu a kontinuitu povahy toho, k čemu se referuje, přičemž v rámci této jednoty se mohou významy zároveň dynamicky vyvíjet a měnit.

Shrnuto tedy, prvním důsledkem realistické právní sémantiky Moorova střihu je možnost vysvětlit změnu významu, aniž by byl tento fragmentován, tedy aniž by každá jeho změna byla chápána jako význam nový, samostatný, vytvářený ex nihilo nebo ryze konvenčně. Druhy tak mají podle něj mj. unifikační roli. Jednota dává společný základ pro diskusi o extenzích určitých výrazů za stavu rozumné neshody navzdory tomu, že jednotliví mluvčí mohou mít v myslech různé a zcela vzájemně divergentní konvence ohledně jejich užívání.

Přímočarým důsledkem pro právní filosofii v širším slova smyslu potom je, že se tím otevírá alespoň teoretická možnost právo nalézat, a nikoliv vytvářet, čímž má být posilována právní

²⁵ Tomuto možnému nedostatku se zastánci jednoúrovňové reference snaží vzdorovat tak, že se rozštěpí první úroveň opět na dvě, takže se sice nereferuje k druhům ve druhé úrovni, ale k nějakým kvazi-druhům v rámci první úrovně. Podstatné je, že tyto nejsou fixované přes objekty, ale na základě definic, paradigmatických a vydělením jejich esenciálních vlastností expertní částí mluvčích, hlasováním a jinými konvencemi. Spadají sem tedy například teoretikové, kteří brání relativní strukturální trvalost podkladových, byť stále konvenčních konceptů a dynamiku na nich realizovaných ad hoc koncepcí, jimiž jsou tyto hlubší struktury realizovány. Realistická sémantika na to reaguje tak, že se opět dostane na hranici a táže se, jak rozlišit nahrazení jednoho podkladového konceptu jiným od jeho změny či vývoje.

jistota prostřednictvím toho, že je z hlediska realistické sémantiky preferované rozhodovat na základě faktů, nikoliv na základě výmyslů.²⁶

4.2 Významy nedojdou!

Druhý důsledek je možno shrnout do tvrzení zastánců realistické sémantiky, že jim zásoba významů, na rozdíl od jejich konkurentů, nedojde. Pokud toto heslo rozvineme, znamená to, že existují určité významy i pro výrazy, které se předběžně zdají být neurčitými a které jsou neurčité podle konkurenčních teorií.

K tomuto závěru zastánce realistické sémantiky vede základ jejich teorie významu, totiž že při určování významů výrazů je zde dán primát světa, nikoliv primát lidí a jejich konvencí. Pokud se význam zdá být pro zastánce realistické sémantiky neurčitým, je to v důsledku epistemického omezení mluvčích, resp. komunity mluvčích, nikoliv skutečnou absencí určitosti významu, kterou by bylo potřeba kreativně zaplňovat. Svět jako celek je bohatší než výsek světa, který je poznáný nebo spoluvytvořený člověkem nebo na jehož základě je založena konvence údajně určující extenzi. A vzhledem k tomu, že je to pouze s poznáním či spoluvytvořeným či jinak pomocí lidského chování zpracovaným výsekem světa, s nímž mohou pracovat teorie významu, které vycházejí od člověka,²⁷ a nikoliv o světa samotného, je třeba dle Moora dát přednost realistické sémantice. Ta totiž bude z hlediska významu bohatší, neboť je to právě ona, která je napojena na svět simpliciter, a ne na lidský svět. Jedná se tak o přímočarou konsekvenci preference určování extenze ze směru od objektu před tím, aby byla určována v závislosti na mluvčích a v závislosti na tom, co je obsahem jejich mentálního světa.

Pokusím se rozdíl ilustrovat na příkladu.²⁸ Mějme nějakou prototeorii, podle které je extenze určena sadou kritérií, která musejí být v nějaké míře pro danou věc splněna, aby tato věc byla v extenzi určitého výrazu. Nejsou však už určena pravidla, do jak velké míry musejí být kritéria naplněna, ani to, zda musejí být naplněna všechna. Představme si zároveň jednoduchý svět, v němž jsou mluvčí, kteří zastávají tuto prototeorii, a kde je extenze výrazu „zlato“ dána tím, že instance zlata jsou věci, které jsou kovové, měkké a žluté. Pokud takoví mluvčí narazí na něco, co je kovové, měkké a bílé, nebudou schopni v rámci své teorie rozhodnout, jestli takové věci spadají nebo nespádají do extenze výrazu „zlato“. Může to tak být, a nemusí. Význam slova „zlato“ tak bude v jejich teorii neurčitý.

Takový stav Moore označuje jako situaci, kdy zastáncům této teorie došel význam. Má nicméně za to, že zde existuje silný pocit,²⁹ že přeci jen je smysluplná otázka, zda věci, které

²⁶ Píši teoretická možnost, protože je zde významný problém s určením kritérií adekvace pro nalezení konkrétního funkcionálního (nebo jiného) druhu, který určuje význam právního výrazu. To je nicméně nad rámec tohoto textu.

²⁷ Tj. v kontextu tohoto článku ty teorie, které vycházejí z předpokladu, že extenze je určována definičně, paradigmaticky či prostřednictvím jiných konvencí.

²⁸ Jedná se o modifikovaný Moorův příklad. Moore (n7) 130.

²⁹ Tento silný pocit je možné empiricky testovat. Moorově teorii by jistě pozitivní empirický výsledek v tomto smyslu pomohl, nejsem si ale vědom toho, že by na takový někde ve svých textech odkazoval. Jedná se o otázku, která úzce souvisí s tím, zda mluvčí skutečně mají spíše referenční intence, oproti atributivním.

jsou kovové, měkké a bílé, jsou zlato, nebo ne, a že existuje na takovou otázku jasná odpověď. Význam slova „zlato“ tak podle něj nemůže být dán onou protokonvencí, ale něčím jiným.

Samozřejmě je možné vylepšovat tuto poněkud karikovanou prototeorii, nicméně Moore tvrdí, že nezastáváme-li realistickou sémantiku, můžeme se principiálně vždy dostat do situace, kdy pravdivostní hodnota věty, v níž se vyskytuje potenciálně neurčitý výraz, je rovněž neurčitá, přinejmenším až do nějakého momentu, kdy do hry vstoupí lidský faktor, s jehož pomocí je reference uměle zafixována.

Výhoda toho, že v realistické sémantice je reference fixována od počátku, spočívá tedy v tom, že významy jsou vždy už od počátku určité a pravdivostní hodnoty jsou dány vždy ještě předtím, než je dotvoří mluvčí nebo posluchač nebo kdokoliv jiný podle preferované teorie, resp. i tehdy, když k takovému dotvoření ani nedojde, protože aktuálně například neexistuje žádný mechanismus, jak to prakticky udělat.

Čas od času pocítovaná neurčitost je tedy vlastně nedostatkem poznání toho, kdo s výrazem pracuje, přičemž ale nemusí nutně jít o nedostatečnost konkrétního mluvčího, ale klidně se může jednat o deficit celé komunity mluvčích.

Z hlediska právní teorie, a zejména právní jistoty se zde opět skrývá pointa, tradičně chápána jako důležitá. Pokud je kýženým cílem objektivita práva a možnost jeho poznání, pak je žádoucí co nejvíce omezovat diskreci soudců a dalších osob, jimž je přisuzována. Teorie, která umožňuje existenci určitých významů singulárních právních propozic, na jejichž základě lze rozhodnout tzv. složité případy bez tvořivé intervence, je pro tento cíl více žádoucí než teorie, která to neumožňuje.

5. O jak závažné důsledky jde?

V předchozí části textu jsem se věnoval dvěma důsledkům realistické sémantiky pro právo, a zejména právní jistotu, které mají zpětně sloužit jako explikace tendence přijmout tuto sémantiku a s ní související metafyzické teorie. První lze shrnout do hesla: I tam, kde se zdá, že každý mluví o něčem jiném, mluví ve skutečnosti oba o tom stejném. Druhý zase do hesla: Každý výraz má v posledku určitý význam.

Realistická sémantika chápe jako vadu, pokud je v případě rozumné neshody o významu jeden význam nahrazován jiným, respektive kdy jeden mluvčí přisoudí výrazu jeden význam a jiný mluvčí význam druhý. Jako vadu rovněž chápe situaci, kdy je reference fixována pomocí mentálního světa mluvčích, jejich konvencemi či perspektivami namísto externí extenzionální fixace.

Mám za to, že tyto motivace fungují jen částečně, což se pokusím ukázat nyní. V následující části se pak na tomto základě pokusím načrtnout a zhodnotit dvě chápání právní jistoty.

Akceptujme nyní, že podle realistické sémantiky je zde nějaký společný reálný významový základ za situace rozumné neshody. Je potřebný proto, aby jednotliví mluvčí nemluvili každý o něčem jiném. Problém tohoto typu sémantiky ale spočívá v tom, že v konkrétní aktuální situaci mluvčí neví, co konkrétně je tímto společným základem, byť ví, že nějaký existuje.

Podle jednoho z výše uvedených sociálních faktů, které jsou podstatné pro silnou realistickou sémantiku (SF3), platí, že mluvčí musí být ochotni se odkazovat ke spolehlivé expertize

jiných ohledně povahy druhu, k němuž se referuje. Mluvčí tedy nemusí být sám dopodrobna obeznámen s povahou druhu, ke kterému referuje, ale odůvodněně věří expertům na daný druh.³⁰ Tato expertíza se ale v čase může měnit, a tím se může měnit také společný základ, který je jejím prostřednictvím pro běžné mluvčí vytvářen, byť extenzionální, reálný podklad zůstává týž. Zda se jedná o konečnou expertízu adekvátně zachycující realitu není a nebude známo, dokud nebude existovat koherentní teorie integrující všechny možné extenze do jednoho teoretického celku. Ani experti dodávající expertízy v posledku neví, zda jsou jejich tvrzení o povaze druhu správná.³¹

Je zde tedy situace, kdy máme jeden význam (druh), vedle něho máme nějaké konkurující názory stran neshody ohledně tohoto významu a jeho povahy. Ten názor, který konverguje víc k reálnému druhu, je chápán jako lepší. Dokud ale nevíme, co je definitivně a finálně tím společným významovým základem, pak nemůžeme ani posoudit, který z konkurujících pohledů se k němu více přibližuje. Z hlediska pravdivosti singulárních propozic je situace taková, že jejich pravdivost je sice dána, ale běžní mluvčí si klidně mohou na základě SF3 myslet, že je pravdivostní hodnota jiná, než ve skutečnosti je. Expertní mluvčí si rovněž nemohou jejich pravdivostí být v aktuální situaci jisti.

Vyvstává tak otázka, zda vlastně není vhodnější z hlediska právní jistoty umožnit, aby každý mluvčí v dané chvíli ve skutečnosti mluvil o něčem jiném. Znamenalo by to, že bychom v té chvíli sice měli např. dva samostatné významy, které by nebyly pod zastřešující a jednotící silou jednoho druhu, ale šlo by o významy, které bychom mohli chápat alespoň jako předběžně určité.

Druhou vadou dle realistické sémantiky je fixace extenzí pomocí konvencí, lidských perspektiv apod., což otevírá dveře diskreci. Snaha o zajištění určitosti významu v kontextu silné objektivity, jak jsem o ní psal výše, vede naopak v Moorově teorii k preferenci znemožnění diskrece.

Pokud ale vyjdeme z téhož bazálního připomenutí jako před chvílí, totiž že je třeba brát v potaz také sociální fakty realistické teorie, zejména SF3, a také, že ani experti si nemohou být jisti svými expertízami, pak dospějeme k tomu, že přijetí slabé objektivity nemusí být horší variantou ve srovnání se silnou objektivitou, protože zde alespoň víme, jaká je povaha toho, co extenzi (být uměle) fixuje.³² Žargonem realistické sémantiky je možno říci, že v takovém případě je důvodem pro přesvědčení, že se referuje na nějaký druh, expertíza samotná, a nikoliv druh jako takový. Vzhledem k tomu, že expertíza pochází nikoliv ze směru od světa, nýbrž ze směru od experta, je zde předpoklad, že je epistemicky snáze dosažitelná. Zastánci realistické sémantiky totiž řeší nejen problém, jak poznat povahu expertízy, ale také, jak poznat, zda tato koresponduje s povahou druhu. Tento druhý problém zastáncům alternativního pojetí odpadá.

Podobně nad věcí uvažuje Jeremy Waldron v jednom ze svých článků, který se věnuje judicial review, tedy v kontextu otázky, zda ohledně existence práv za stavu neshody má

³⁰ V případě právních funkcionálních druhů patrně soudců, právních teoretiků apod.

³¹ Ani nemusejí mít nezbytné podmínky pro poznání oné povahy. Např. pokud zůstaneme na poli přírodních druhů, lze těžko klást k tíži expertům před vynálezem mikroskopu, že neměli adekvátní expertízu ohledně přírodních druhů z oblasti mikrosvěta.

³² Jiná otázka je justifikace takové fixace.

mít kompetenci definitivně rozhodovat spíše expertní soudcovské těleso, nebo spíše volené legislativní těleso.³³ Waldronův text je koncipován jako odpověď na Moorův útok na Waldronovo stanovisko oponující doktríně judicial review. Samotný fakt, kdo je pro a kdo proti judicial review není až tak důležitý. Podstatné jsou Waldronovy důvody, pro které je přesvědčen, že neexistuje nutné spojení mezi realismem a správností doktríny judicial review. Hlavním důvodem je totiž epistemický skepticismus ohledně možnosti poznání faktů, které podle realismu stojí v pozadí neshody. Aktuální nejistota ohledně poznatelnosti těchto faktů, trvání neshody a množství neshod i za předpokladu platnosti realismu staví realismus na praktické úrovni podle Waldrona do stejné pozice, v níž jsou rovněž její rivalové. V situaci, kdy realista nemá privilegovaný přístup k faktům, které mají potenciál rozřešit neshodu, ztrácí se podle Waldrona také proklamovaná výhoda realismu s tím, že je možné dále bagatelizovat dopad přesvědčení o existenci správné odpovědi na reálnou praxi při její hledání.

6. Dva druhy právní jistoty

Na podkladě výše uvedeného se mi jeví, že je možné na tomto místě vydělit dvě teorie právní jistoty.

První z nich chápe právní jistotu jako přesvědčení o určitosti a poznatelnosti skutečných významů právních výrazů a právních propozic na podkladě realistické sémantiky. Z hlediska časového tato teorie ale umisťuje právní jistotu do nějakého teoretického bodu v budoucnosti, v němž vládne stav epistemické jistoty ohledně všech možných (tj. i právních) extenzí výrazů. Podkladem pro tuto verzi teorie právní jistoty zůstává sociální teze spíše o referenčním než atributivním užití právně relevantních výrazů.

Druhá chápe právní jistotu tak, že právní rozhodnutí (tj. pravdivost singulárních právních propozic), bez ohledu na jejich faktickou správnost z hlediska konečného stavu poznání, jsou fixována v nějakém konkrétním čase jako správná, a takto chápána, ale nikoliv nutně pomocí druhů, ale s možností fixace také přes konvence, perspektivy, expertízu nebo například hlasování. Souhrnně řečeno, přes lidský svět. Epistemická jistota se v tomto případě týká toho, jak je aktuálně rozhodováno, a pomocí toho je naplňována anticipace budoucího rozhodování ve stejném duchu.

Problémem první verze je, že je velmi obtížně dosažitelná, pokud vůbec. Může ovšem docela dobře fungovat jako regulativní idea např. i v rámci institucionálního rámce praxe práva a soudního rozhodování, a to bez ohledu na její nedosažitelnost, i kdyby byla tato nedosažitelnost principiální. Zastávám názor, že je rozdíl mezi tím, když osoba aplikující právo přistupuje k významům právních výrazů jako v posledku určitým, kdy ví, že jeho dosavadní pohled (ať už jde o jeho expertízu, nebo o expertízu přebranou podle SF3, nebo o nějaký jiný způsob fixování extenze) je dočasný, a tím, kdy za dočasností pravdy singulární propozice již není ani potenciální anticipace žádného konečného stavu co do pravdivosti singulárních propozic či co do povahy toho, co je činí pravdivými. Tento rozdíl je významný z hlediska struktury zkoumaného světa, a tím také z hlediska určování nástrojů k jeho zkoumání. Jedná se přitom o diferenci, která může být podstatná ani ne tak z pohledu jedince,

³³ Jeremy Waldron, 'Moral Truth and Judicial Review' (1998) 43 *The American Journal of Jurisprudence* 75.

který právo aplikuje, ale spíše z hlediska aplikačních a interpretačních trendů v prostředí právní praxe, ale také metodologických trendů v právní teorii.

Problémem druhé verze je justifikace expertního názoru (nebo jakéhokoliv jiného zdroje umělé fixace extenze, tj. například shody většiny pomocí hlasování, losování, v krajním případě nějaké praktiky podobné ordálům apod.). Proč by měli mluvčí (a adresáti práva) vnímat pravdivost singulárních právních propozic, která není spojena s vnějším světem, nacházejícím se mimo mentální svět experta určujícího význam, jako opravdovou? Proč by měli mluvčí jako pravdivé chápat to, co bylo odhlasováno? V každém případě je druhou teorií právní jistoty třeba doplnit o nějaký další justifikační mechanismus, zajišťující dostatečnou váhu pravdě tímto způsobem vzniklé.

Závěr

V tomto textu jsem se pokusil vysvětlit základní kameny teorie právního významu u Michaela S. Moora, a to ve spojení s teorií právní jistoty, která je předkládána ze strany realistických sémantiků moorovského typu jako preferovaná. Snažil jsem se nalézt motivaci, kterou pro toto pojetí právní jistoty mají v rámci podkladové teorie. Pokud však závěry 6. a 7. oddílu, v nichž relativizují nejdůležitější důsledky realistické sémantiky, rétoricky poněkud vyhrotime, pak se zdá, že jejich dopad na právní jistotu spočívá nakonec ve víře, že až si budeme jisti, že máme ty správné významy, budeme mít právní jistotu. Tento fixpoint z hlediska jistoty je ovšem pouze teoretický.

Vedle tohoto pojetí právní jistoty jsem načrtnul alternativní teorii, jejíž zásadní problém ale zase spočívá v justifikaci toho, proč je to, co se předkládá jako jisté, skutečně jisté, a je tak pochybné, zda se vlastně vůbec jedná o teorii právní *jistoty*.

Právní jistota je v kontextu Moorovy teorie chápána primárně jako určitost toho, co je právo, která stojí na intimním propojení mezi tím, co určuje pravdivost singulárních propozic, a touto pravdivostí samotnou. Relativně samostatnou otázkou je jistota poznání takové pravdivosti. Riziko moorovského pojetí tkví zejména v tom, že aktuální rozhodovací praxe se může velmi jednoduše ukázat jako založená na něčem nepravdivém, o čem ovšem dosud tato nepravdivost není známa, tj. že v tomto pojetí existuje nejistota ohledně pravdivosti singulárních propozic. To je samozřejmě rovněž motivace pro formulaci druhého pojetí, které se snaží nějakým způsobem fixovat pravdivost v čase rozhodování. Pokud platí, že je preferováno rozhodování, které je založeno na pravdivosti singulárních propozic oproti jinému způsobu rozhodování, pak se může jevit jako vhodnější ta teorie, která umí předložit jistě pravdivé propozice pro aktuální rozhodování, nikoliv takové, které se možná ukážou jako pravdivé v budoucnu, ale možná také ne.³⁴ Alternativní teorie ovšem zase musí nést všechny problémy spojené s tím, že pravdivost takto určena nevychází z trvalého zdroje,

³⁴ Existuje samozřejmě také možnost, že právní rozhodování nemá žádnou bližší souvislost s pravdivostí singulárních právních propozic. V případě, kdy uvažujeme o tom, že klíčovým faktorem při rozhodování je lidský svět, pak nemusíme říkat, že např. soudci činí singulární propozice pravdivými nebo že je činí pravdivými hlasování nebo nějaká jiná konvence, protože můžeme říci, že rozhodnutí není otázkou pravdivosti čehokoliv, ale otázkou moci. Tuto variantu ale blíží nerozebírám, protože je v základních východiscích příliš vzdálena Moorově filosofii, a tím tématu tohoto textu.

může se tedy měnit, a není tak založena kontinuita toho, co je právo, má-li se podle práva rozhodovat.

Výslednou situaci chápu tak, že ani pro jednu z variant zde nejsou rozhodující důvody pro její přijetí. Umím si však představit situaci, v níž lze integrovat obě pojetí a pro obě nalézt vhodné upotřebení. Jinými slovy mám za to, že lze z krátkodobého hlediska respektovat dočasnou fixaci různých konkurenčních významů, a tedy i např. dočasnou pravdivost singulárních právních proposic, a z hlediska dlouhodobého dávat přednost realistické sémantice a na ní postavené teorii právní jistoty jakožto ideálu.

Information for authors

Dear readers,

we hope that you have enjoyed the texts in our journal and that they have been of benefit or possible inspiration. We will be very pleased if you decide to publish in our journal. If you have a text ready and you would like to publish, you can send it electronically in .doc or .docx formats to the email address redakce@ratiopublica.cz.

The journal is published twice a year in both print and electronic formats and follows an open access approach. We accept papers all the time. However, the editorial deadline for the summer issue is 28th February and for the winter issue it is 31st August. The text must be written in Czech, Slovak or English. The author sends both, the full and anonymized version, to the editor. The text always includes an abstract, keywords in English and the text language of the manuscript. In the non-anonymized version it also includes the author's name and affiliation, as well as an email contact and short bio. In the short bio, the author briefly introduces themselves (for example what institution they study or work at, what is their specialization, what they are currently researching, etc.).

Ratio Publica is a peer-reviewed journal that publishes original scholarly texts, especially in analytic legal and political philosophy, legal ethics and constitutional theory. We accept texts for the following sections:

1. Treatise

This is an unpublished, original, comprehensive text that presents the original results of the research. It solves a research question or critically evaluates and comments on the theory of another author. It must contain a footnote apparatus, an abstract and a list of keywords. It must not be merely informative or popularizing. The recommended length of the article is 45,000 to 70,000 characters, including spaces.

2. Discussion paper

This is an unpublished, original and comprehensive text that responds to the text of another author, which was published in the journal Ratio Publica. The discussion paper must be defined in relation to the research question, the way of its solution, as well as the related argumentation contained in the text to which it responds. It should present the reader with a comprehensive analysis,

it must not have the character of a mere gloss, a commentary, a set of partial notes. It must contain a footnote apparatus, an abstract and a list of keywords. The recommended length of the discussion post is 30,000 to 70,000 characters, including spaces.

3. Review essay

This is an unpublished, original, comprehensive text that presents the original results of the research. It solves a research question, or critically evaluates and comments on the theory of another author. It must contain a footnote apparatus, an abstract and a list of keywords. It must not be merely informative or popularizing. The recommended length of the article is 45,000 to 70,000 characters, including spaces.

All texts must be accompanied by a citation apparatus. The citation standard is binding for all authors who wish to publish their text in Ratio Publica. With effect from 2024, this standard is OSCOLA. It is at the discretion of the editors and the editorial board whether an article will be published. The basis for this decision is the peer review. All texts published in the journal undergo a double-blind peer review, in which they are evaluated in terms of their topic, scientific and methodological background, structure, linguistic and stylistic components.

More information can be found on the website www.iurium.cz/ratio/ratio-publica-en. On this website you will also find the publication rules and the principles of publication ethics, which are also important.

Thank you for your interest and we look forward to working with you!



One of the most important books in the world,
the basic cornerstone of Western legal systems.



With traditional leather design
and maximum emphasis on the quality.

Historical edition of Latin version of the book.

digesta.nugisfinem.org



NUGIS FINEM
PUBLISHING