



Ratio Publica

Časopis o právní filosofii
a ústavní teorii

II

2025

Ratio Publica

No. 2/2025, Volume V. | číslo 2/2025, ročník V.

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 December 2025, Blansko, Czech Republic | Prosinec 2025, Blansko

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

Maria Paola Ferretti: Public Reasoning and the Role of Civic Empathy	4–18
Sylvie Bláhová: On Pluralism and Diversity: A Response to Maria Paola Ferretti	20–28
Michael Preisig: The Kelsenian Conundrum: About the Logic in Law	30–48
Vojtěch Jarkovský: Diskursivní model aplikace práva	50–78



Treatise

Public Reasoning and the Role of Civic Empathy

Maria Paola Ferretti

Maria Paola Ferretti is a Lecturer in Political Theory at the Johannes Gutenberg Universität Mainz (Germany). Her research interests are mainly in normative political philosophy and include theories of public justification, theories of justice, the ethics of public politics with special reference to the management of risk and political corruption. She is the author of “The Public Perspective. Public Justification and the Ethics of Belief” (Rowman and Littlefield, 2019) and, together with E. Ceva, of “Political Corruption. The Internal Enemy of Public Institutions” (Oxford University Press, 2021). She has published articles in a number of renowned international journals, including Social Philosophy and Policy; Philosophy Compass; Politics, Philosophy & Economics; Journal of Applied Philosophy.

Abstract

Sylvie Bláhová's book challenges the idea of equal respect that underpins discussions within public reason liberalism. She argues that appropriate respect cannot be fully realized unless it becomes an integral practice within the political community. Such a practice, she contends, is the expression of civic friendship among citizens who treat each other as equals while embracing a plurality of comprehensive doctrines of the good. The book unfolds through a discussion of various elements that connect public justification and respect, and it illustrates these ideas with vivid examples of structural disrespect that undermine the value of civic friendship. A particularly original aspect of the book is its exploration of the role of emotions in a political community. Building on Bláhová's proposal to pay closer attention to political emotions, I suggest that the appropriate way to engage with these emotions is through the practice of civic empathy. I challenge Bláhová's view that a just political community is one in which negative reactive emotions are overcome and replaced by positive ones. Instead, I propose that an empathetic understanding of these emotions can enrich deliberative practices.

Keywords: civic friendship, empathetic understanding, pluralism, political emotions, public reason

Introduction

Writing a book about respect and public reasoning takes a certain kind of courage in current times. With political polarization at historic heights and partisan divides growing deeper, offering models for public debate based on shared values, both ethical and epistemic, often appears impossible. The plurality of comprehensive doctrines of the good that Rawls¹ described populating liberal democratic society has developed an oppositional character so that it is worth asking: Does public reason still have a role to play in shaping the rules and policies of a deeply divided society? Sylvie Bláhová's book answers this question in the affirmative and challenges her readers to think about how they can better understand public reason by focusing on some aspects of democratic deliberation that have received less attention than they deserve. Especially original is her focus on political emotions and the way they mediate relations among different groups of citizens in a liberal and democratic society.

The promise of the Enlightenment is that reason can help to find common ground among people who differ in their values and goals but are motivated to live together in mutual advantageous cooperation. Public reason is thus directed at overcoming the divisiveness of traditional and religious beliefs and promises to offer a common viewpoint.² However, the risk is that a focus on public reason may alienate some citizens from politics by asking them to renounce their deep-seated beliefs (those that are most intimately linked, for example, to their religious identity) in order to be in a position to offer other reasons that they can find acceptable. Even more worrying is the idea that public reason does not take the power of asymmetry seriously among different groups and their unequal contributions to processes of public reasoning and justification. These power asymmetries are such that some groups are the object of negative emotions, such as contempt, suspicion of hatred, and members of some groups experience shame or embarrassment as a reaction to the way they are treated in society. Sylvie Bláhová invites us to consider whether an appropriately respectful society is compatible with those negative emotions and what should be done about it.

In this article, I will discuss what the place of those political emotions is or should be in political liberalism. Following Bláhová, in Section 2, I discuss the requirement of reciprocity in relations to the values of respect for citizens as free and equals and civic friendship. Section 3 turns to the impact of such conceptions of respect and civic friendship vis a vis the fact of pluralism in contemporary society. Section 4 focuses on political emotions. I criticize the idea that political liberalism is about overcoming negative emotions and replacing them with positive emotions based on respect. I propose that empathic understanding of political emotion is a more modest demand on public justification and, nonetheless, a very promising step towards a more inclusive idea of democratic deliberation. Finally, Section 5 concludes.

¹ John Rawls, 'The Idea of Public Reason Revisited' in Samuel Freeman (ed), *John Rawls: The Collected Works* (Harvard University Press 1999).

² Maria Paola Ferretti, *The Public Perspective: Public Justification and the Ethics of Belief* (Rowman & Littlefield 2019) 2; Maria Paola Ferretti, 'Fake News and the Responsibilities of Citizens' (2023) 49 (1) *Social Theory and Practice* 29.

1. Reciprocity: Respect and Civic Friendship

The very project of public reason is premised on the idea that the authority of laws and institutions rests on the fact that all citizens subject to them have good reasons to accept them. In this context, public reason liberals argue that the idea of reciprocity is of fundamental value in grounding constructivist approaches based on public justification, and agrees with this reconstruction.³

For Rawls, reciprocity requires that individuals in public reasoning offer principles for fair cooperation that they reasonably believe others can share as “free and equal citizens, and not as dominated or manipulated, or under the pressure of an inferior political or social position”⁴. In other words, it is the value of persons as free and equal that requires treating them as morally autonomous and with equal dignity, rather than as subject to rules imposed by others.⁵ Even more prominent is the role of reciprocity in the work of Rainer Forst, where reciprocity is the mark of non-domination. Domination here “means being disrespected in one’s basic claim to be a free and equal normative authority [of justification] within the order one is subject to, and that implies the basic right to co-determine the structure of that society”⁶.

So, the idea of reciprocity is defended on grounds of equality among citizens. This is a default position, considering the absence of reasons to grant to some citizens greater moral authority than others. The fact that none of them should be in a position to impose rules on others demands public justification. Showing that rules are non-negotiable from the point of view of the others is an expression of the consideration we have for them as morally authoritative. Other authors, including Charles Larmore, James Boettcher, and Stefan Gosepath,⁷ stress that reciprocity is at the basis of political legitimacy rooted in the value of persons as free and equal moral agents.

Forst explains that reciprocity concerns both the content of normative claims and the reasons offered in their support: “Reciprocity means that no one may make a normative claim (...) he or she denies to others (call that reciprocity of content) and that no one may simply project one’s own perspective, values, interests, or needs onto others such that one claims to speak in their ‘true’ interests or in the name of some truth beyond mutual justification (reciprocity

³ Sylvie Bláhová, *Pluralism and Diversity. For the Sake of Equal Respect* (Palgrave Macmillan 2024) 32–33.

⁴ John Rawls, *Political Liberalism* (Columbia University Press 1996) xlv; see also 49 and 54.

⁵ Thomas Scanlon, ‘Rawls on Justification’ in Samuel Freeman (ed), *The Cambridge Companion to Rawls* (Cambridge University Press 2002).

⁶ Rainer Forst, ‘The Point and Ground of Human Rights: A Kantian Constructivist View’ in David Held and Pietro Maffettone (eds), *Global Political Theory* (Polity Press 2016) 23; and Rainer Forst, *Normativity and Power* (Oxford University Press 2017).

⁷ Charles Larmore, ‘The Moral Basis of Political Liberalism’ (1999) 96 (9) *The Journal of Philosophy* 599, 599–625; Stefan Gosepath, ‘On the (Re)Construction and Basic Concepts of the Morality of Equal Respect’ in Uwe Steinhoff (ed), *Do All Persons Have Equal Moral Worth? On ‘Basic Equality’ and Equal Respect and Concern* (Oxford University Press 2014) 133; James W. Boettcher, ‘The Moral Status of Public Reason’ (2012) 20 (2) *Journal of Political Philosophy* 156, 156–177.

of reasons).⁸ The idea here is that if we are equally authoritative, I cannot ask you to respect, say, my life and property without respecting your life and property. The discussion remains open on whether all normative claims work in this way, but the principle is clear. The second aspect – the reciprocity of reasons – is more problematic. Reciprocity, so understood, offers support of certain rules by defining the terms in which the agreement takes place, the kind of reasons that can be offered in support of those rules. The principle of reciprocity suggests that shared, accessible reasons can ensure fair cooperation and thus promote stability. In this vein, reciprocity “lies between the idea of impartiality, which is altruistic (being moved by the general good) and the idea of mutual advantage”⁹.

Bláhová appropriately remarks that reciprocity is connected on the one hand to the idea of respect, and to the other to the idea of civic friendship.¹⁰ Regarding the idea of respect, public reason liberalism honors what Stephen Darwall has called a “third-personal respect”, which involves valuing people as autonomous agents with equal moral status and rights, grounded in principles that apply universally and reciprocally.¹¹ This third-personal kind of respect is procedural in the sense that it displays respect for individuals through rules of justice, without addressing them directly. In a liberal democratic society, respect is owed to individuals as citizens, not based on private relationships or personal sentiments, but through public recognition. Following Anna Elisabetta Galeotti, Bláhová remarks that public reason liberalism supporting a procedural model of respect does not have the theoretical resources to secure respect at the structural level (or in the social relations among citizens), which requires second-personal respect. Second-personal respect requires us to see the other person as equal, with claims on us. It is thus a relational form of respect but is relevantly public (in the sense that is not simply a private attitude of respect, or esteem, or positive evaluation). Equal respect in political life must be about reciprocal recognition—public acknowledgment as legitimate claimants within the democratic community. To wit, the appropriate respect that is due to citizens is declined both in the third-personal (procedural) way and as respect that we owe to each other as individualized citizens.¹² Galeotti explains this two-faced idea of respect by pointing out that democracies owe to their citizens protection of individual rights, but also recognition of cultural and identity-based differences. In this vein, equal respect entails public recognition of diversity, especially for historically marginalized or culturally minoritarian groups. Without such recognition, formal legal equality can coexist with symbolic inequality or de facto exclusion, undermining the very idea of respect as equal moral consideration. So understood the universal principle of respect sets very demanding standards for political and social institutions. Liberal and democratic institutions must not only avoid and prevent discrimination, but also actively affirm the equal moral status of all persons, when necessary, through inclusive laws, practices, and cultural narratives. To

⁸ Rainer Forst, ‘The Justification of Human Rights and the Basic Right to Justification: A Reflexive Approach’ in Claudio Corradetti (ed), *Philosophical Dimensions of Human Rights* (Springer 2012); and Rainer Forst, *The Right to Justification* (Columbia University Press 2012).

⁹ John Rawls, *Political Liberalism* (Columbia University Press 2005) 16.

¹⁰ Bláhová (n 3) 37–38.

¹¹ Stephen L. Darwall, ‘Two Kinds of Respect’ (1977) 88 (1) *Ethics* 36; and Stephen L. Darwall, *The Second-Person Standpoint: Morality, Respect, and Accountability* (Harvard University Press 2006).

¹² Bláhová (n 3) 51–52.

wit respect, in Galeotti's interpretation of Darwall's theory, should be understood as a pro-attitude: in terms of "the disposition to give appropriate consideration to the object of respect in moral consideration and action"¹³.

Whether public reason liberalism has the resources to meet such criteria for respect is at the core of an important academic discussion. Some authors, such as Jeffrey Stout, have pointed out that public reason liberals, Rawls and Habermas, as egregious examples, support a certain elitism which undermines the possibility of actual democratic debate understood as an ongoing society practice.¹⁴ Stout questions whether treating others as co-authors of law by requiring reciprocal reasons is compatible with recognizing others' equal political status and still allowing them to express and act from their deepest convictions. The objection here is that respect, if understood procedurally, cannot support a political community that pays attention to the needs, preferences, values, and history of different citizens. In this perspective, respect is better captured by inclusion and willingness to listen, rather than reciprocal justification. In this vein, also feminist and race-critical perspectives, as represented for example by Catharine MacKinnon and Charles Mills, point out that the reciprocity requirement can hide important structural inequalities, since what counts as reasonable or acceptable to others often reflects the perspectives of socially dominant groups.¹⁵ Ignoring history and assuming a cooperative social starting point, while Western societies were in fact built on slavery, colonialism, genocide, obscures the fact of racial domination.¹⁶ Similarly, historical gender inequality cannot be ignored when considering structures of power in society and formal equality under conditions of systemic dominance reproduces inequality.¹⁷ Insisting on reciprocal justification, so goes the critique, often results in marginalizing oppressed groups, whose reasons are excluded from the public debate as "unreasonable". Therefore, it is not enough to aim at respect in theory, but it is necessary to look at sociological evidence of what are the reasons that are actually considered mutually acceptable in society and ask whether asymmetries of power and influence undermine respect. To sum up, the first objection to the idea of reciprocity as essential for respect is that a society of free and equal demands recognition and respect. Recognition necessarily exceeds the requirements that coercive laws must be mutually justified but demands actual practices of public debate and acknowledging the equal worth of others and their practices, even when they differ from the majority.

A second explanation of why reciprocity is a key criterion in public justification is based on an idea of civic friendship. Some theorists, such as Andrew Lister, J. R. Leland, and Han van Wietmarschen, argue that reciprocity is not a way to explain (mutual) coercion through laws,

¹³ Anna Elisabetta Galeotti, *Toleration as Recognition* (Cambridge University Press 2002) and Anna Elisabetta Galeotti, 'Multicultural Claims and Equal Respect' (2010) 36 (3–4) *Philosophy & Social Criticism* 441, 88.

¹⁴ Jeffrey Stout, *Democracy and Tradition* (Princeton University Press 2004).

¹⁵ Catharine MacKinnon, 'Difference and Dominance: On Sex Discrimination' in Anne Phillips (ed), *Feminism And Politics: Oxford Readings In Feminism* (Oxford 1998; online edn, Oxford Academic, 31 Oct. 2023) <<https://doi.org/10.1093/oso/9780198782063.003.0015>> accessed 27 Aug. 2025; Charles Mills, *The Racial Contract* (Cornell University Press 1997) and Charles Mills, *Black Rights/White Wrongs* (Oxford University Press 2017).

¹⁶ Mills, *Black Rights...* (n 15).

¹⁷ MacKinnon (n 15).

but rather focuses on the reasons behind the rules, and in this sense, it is a moral demand characterizing the relations among citizens.¹⁸ This interpretation of reciprocity can be traced back to Rawls when he stresses that reciprocity serves the goal “to specify the nature of the political relation in a constitutional democratic regime as one of civic friendship”¹⁹. Facing the fact of pluralism, the reciprocity requirement makes possible the adherence to shared rules and civic friendship by a commitment to political decisions making based on reasons that are appropriately public. The reciprocity approach highlights common interests rather than divergent preferences and ideological positions. Citizens demonstrate reciprocity when they refrain from imposing laws justified solely by their own comprehensive doctrines (e.g., purely religious reasons). Instead, they justify laws by appealing to shared political values. In other terms, when declined in terms of civic friendship, reciprocity requires not only that reasons justifying public rules are reasons that can be recognized by others as such. It also requires recognition of the perspectives of others and some form of care and concern for their fellow citizens. In this specific sense, deliberation, informed by reciprocity criteria, allows for the emergence of a robust sense of shared deliberation and joint rule.²⁰

Our life as citizens is profoundly affected by the basic political institutions and by our general collective life. But collective life is also profoundly influenced by the relations and interrelations with other citizens. We are affected by the way they live and the way they relate to us. So, an interpretation of reciprocity that accounts for respect cannot ignore the importance of civic life that supports and motivates respectful interactions among citizens. In the double value of the principle of reciprocity, linked both to respect and civic friendship, Bláhová reads the importance of the liberal value of liberty – entailing respect for others as autonomous agents – and the democratic value of political community, which requires political friendship. In this way, reciprocity is for Bláhová the sign of what has called the co-originality of liberal and democratic ideas in political liberalism.²¹ To wit, being respected within a political community requires reciprocity based on civic friendship. This approach presupposes presumes the second-person form of respect so as to ensure that people are respected both not only as citizens but also recognized as full members of the political community.

2. Pluralism and Public Justification

In the previous section, we discussed how public reason theorists argue that there are strong grounds for holding that the use of public reason must, in some respect, be conditioned by reciprocity. Reciprocity is defended both as an expression of respect and a sign of civic friendship.

¹⁸ R. J. Leland and Han van Weitmarschen, ‘Political liberalism and political community’ (2017) 14 (2) *Journal of Moral Philosophy* 142, 142–147; R. J. Leland, ‘Civic friendship, public reason’ (2019) 47 (1) *Philosophy & Public Affairs* 72, 72–103; Han Van Wietmarschen, ‘Political Liberalism and Respect’ (2020) 29 (3) *Journal of Political Philosophy* 353, 353–374; Andrew Lister, ‘Justice as Fairness and Reciprocity’ (2011) 33 (1) *Analyse & Kritik* 91.

¹⁹ Rawls (n 9) 447.

²⁰ Bláhová (n 3) 70.

²¹ Bláhová (n 3) 77; Jürgen Habermas, *Between Facts and Norms* (Polity Press 1996) and Jürgen Habermas, ‘Constitutional democracy: A paradoxical union of contradictory principles’ (2001) 29 (6) *Political Theory* 766.

But what does it mean to live up to the reciprocity criteria in the context of a pluralist society? As already mentioned in the previous question, the stress on shared reasons and reciprocity may lead to overlooking important differences among citizens, but also to deny to some of their deep-seated beliefs the moral relevance they deserve.

So, one worry is that the fact of pluralism is hard to reconcile with the idea of the Rawlsian “burdens of judgment” and reasonable pluralism that is the premise for reciprocity.²² As Bláhová points out: “First, some critique the assumption that for the sake of respect people must be willing to retreat from their particularities if the arguments based on them are not reasonably acceptable to all.”²³ In other terms, the issue of public justification emerges when citizens offer reasons that they believe to be sound and politically relevant, but that others could reasonably reject. The principle of public reason requires citizens to set aside such reasons, even if they take them to be true. John Finnis, for one, objects that the requirement of reciprocity ends up artificially excluding valid and rational arguments from the public square, particularly those grounded in religious or natural law reasoning.²⁴ Finnis worries that public reason marginalizes religious voices and creates a distorted “public-private” divide: faith and comprehensive doctrines may be deeply rational but are treated as irrational or irrelevant in public policy. This, Finnis argues, leads to a false pluralism where only liberal secular views can influence politics. For Finnis, insisting that arguments be stripped of their theological or philosophical premises narrows rational discourse rather than enhancing it. From the standpoint of citizens’ comprehensive doctrines, the demands of “the reasonable” impose a moral burden. But, Finnis points out, it is not clear why religious arguments cannot be publicly reasoned as long as they appeal to intelligible goods. For example, citing human dignity from a religious perspective is rationally defensible because it corresponds to a basic good, not just a “sectarian” claim. Finnis’s framework thus bridges moral pluralism with objective rationality. Instead, the exclusion of certain doctrines as unreasonable is no marginal concern if we consider that many doctrines of the good have a religious ground and or recognize natural law. Finnis argues that Rawls’s notion of public reason pretends to be neutral but smuggles in liberal moral commitments such as a constructivist approach to morality, autonomy, fairness, and individual rights. This means that public reasons do not

²² Rawls defines the burdens of judgment as follows: “The sources, then, of reasonable disagreement – what I call the burdens of judgment – include the following:

- (a) the evidence – empirical and scientific – bearing on the case is conflicting and complex, and thus hard to assess and evaluate;
- (b) even where we agree on kinds of considerations to be relevant, we may disagree about their weight, and so arrive at different judgments;
- (c) to some extent all our concepts, not only moral and political concepts, are vague and subject to hard cases;
- (d) to some extent the way we assess evidence and weigh moral and political values is shaped by our total experience, our whole course of life up to now; and our total experiences must always differ;
- (e) often there are different kinds of normative considerations of different force on both sides of an issue and it is difficult to make an overall assessment;
- (f) any system of social institutions is limited in the values it can admit so that some set must be left out, and it is not easy to balance or to eliminate all values so as to fit together into one coherent view.”

See Rawls (n 9) 56–57.

²³ Bláhová (n 3) 63.

²⁴ John Finnis, *Religion and Public Reasons: Collected Essays Volume V* (Oxford University Press 2011).

provide a fair or universal basis for dialogue – it simply privileges liberal secular assumptions over other traditions, which are defined as unreasonable. However, religious and natural law arguments can be shown to be reasonable and should have a place in public debate. By excluding such reasoning, public reason wrongly implies that only secular liberal arguments are reasonable, while religious or natural law reasoning is by definition “sectarian” or “private”. This exclusion is not only problematic as it influences the contents of public debate, but even more importantly, reduces legitimacy to consensus within liberal terms. Instead, Finniss argues, legitimacy flows from conformity with practical reasonableness (a central idea in his approach based on natural law theory) – that is, whether laws align with basic human goods and moral principles, not whether they are acceptable to Rawlsian “reasonable citizens”.

A second line of criticism against public reason liberalism concerns the way it is tied too closely to the idea of procedural respect, while neglecting the equally important political value of civic friendship.²⁵ The worry here is that if public reason is understood only in terms of mutual respect, the social and political bonds that sustain democratic life – those of civic friendship, solidarity, and shared membership – risk being overlooked or undervalued.

As seen, the duty of refraining from appealing to reasons grounded solely in their own comprehensive doctrines is based on reciprocity. From one perspective, it might seem unreasonable to expect citizens to hold back their deepest convictions if they must do so unilaterally, while others are free to disregard public reason. Yet the principle is not conditional in this way. Its justification does not depend on how many people actually comply. Rather, the idea is that in determining which reasons count as publicly acceptable, only those perspectives that themselves acknowledge a duty of restraint can be treated as qualified. So, the aim of this principle is not merely fairness in negotiation but the preservation of civic friendship – a relationship of mutual recognition and regard among citizens who continue to disagree about ultimate values. Such a relationship, public reason liberal argue, is impossible with those who reject the very idea of public justification.

The question follows: Is this restraint fair to religious citizens, who must refrain from appealing to convictions that are often central to their identity? One response is that the burdens are distributed equally. Since all citizens are bound by the same restraint (they are not asked to restrain specifically because of their doctrine of the good), religious citizens are not unfairly disadvantaged. Moreover, those who reject public reason still benefit from others’ compliance, even if they refuse to pay the cost themselves. Yet Andrew Lister argues that this reasoning is misleading.²⁶ The relevant consideration is not whether individuals gain or lose relative advantages, but whether they are included as equals in the practice of public justification itself. The stakes are not material or strategic but moral. All citizens should be in a position to participate in political life without giving up their deepest convictions. This is because a liberal-democratic society does not only need procedural respect but is sustained by civic friendship among its citizens. Civic friendship requires that all who are subject to collective decisions should be in a position to regard those decisions as the outcome of

²⁵ “Second, critics object that explaining the criterion of reciprocity only by means of the imperative of respect insufficiently takes into account the role of the political community.” Bláhová (n 3) 63.

²⁶ Lister (n 18) 60.

a fair and reciprocal practice.²⁷ The problem, once again, is to what extent public reason is compatible with pluralism. It seems that once focusing on civic friendship the idea of formal respect is no longer sufficient, but recognizing citizens as equally valuable members of the society requires second-personal respect that addresses them as individual with particular values and histories.

Bláhová agrees that the importance of public justification stems from the inevitability of reasonable disagreement: since reasonable citizens hold incompatible beliefs, they are entitled to do so both epistemically and politically. Yet Bláhová cautions against restricting the idea of respect to the level of basic political institutions alone. Respect, she argues, must be extended to the broader structural level of the political community. A genuinely civic conception of public reason should therefore target all forms of systemic disrespect that shape social and political life – ranging from exclusionary practices, to unequal opportunities for participation, to subtle but persistent patterns of stigmatization.²⁸ Concrete examples illustrate what she has in mind. Structural disrespect can take the form of racial hierarchies that systematically disadvantage minority groups, gender inequalities embedded in workplace and family arrangements, or socio-economic barriers that restrict equal access to education and political participation. Lack of respect is apparent in the persistent lack of representation of certain communities in political decision-making. These are not just private injustices or unfortunate outcomes, but manifestations of a public culture that undermines civic friendship by denying some citizens the standing of equals. Extending respect to this structural level means that public justification must aim not only to regulate the “basic structure” of society in Rawls’s sense, but also to transform the social environment in ways that sustain citizens’ ability to see one another as co-authors of their common political life. This transformation – which, as we will see in the next sections, goes through the acknowledgement of the importance of political emotions – is Bláhová’s answer to criticism to the limits of public justification, such as those of Finnis and Lister.

3. Emotions and Public Deliberation

The debate on the scope of public reason has long been centered on rational argumentation, justificatory reciprocity, and the duty of restraint in political deliberation. Yet argues that this picture, centered on reasonable justification, leaves out an essential dimension of political and social life: the emotional registers through which citizens actually encounter one another.²⁹ If Rawls emphasizes third-personal respect as the guiding virtue of public justification, Bláhová pushes further by foregrounding the role of political emotions in enabling or undermining relations of respect at the structural level of society. If respect and civic friendship are the basis of a just society, Bláhová suggests that positive emotions towards one’s co-citizens are necessary to bind citizens together and ensure their contribution to

²⁷ Andrew Lister, ‘Public Reason and Reciprocity’ (2017) 25 (2) *The Journal of Political Philosophy* 155.

²⁸ Sylvie Bláhová, ‘Civic Friendship in Public Reason Liberalism: The Path to a More Respectful Political Community’ (2023) 39 (150) *Notizie di Politeia* 5, 5–7.

²⁹ Bláhová (n 3) 115–116.

a respectful society. The motivation to uphold public reason depends to a great extent on the political emotions characterizing society.

Bláhová develops this claim through an engagement with Darwall's account of reactive attitudes. According to Darwall, the response to disrespect is itself a reactive attitude – a form of anger, resentment, or indignation – that demands recognition of one's moral standing.³⁰ Disrespect thus generates emotional responses that are inherently normative: they call for acknowledgment, redress, or reconciliation. Bláhová takes this insight and argues that to adequately address disrespect in political life, we must pay greater attention to the political emotions of our co-citizens. Recognizing the anger of marginalized groups, the shame experienced by excluded communities, or the compassion expressed in solidarity movements, for example, is a duty of respect as a way of taking seriously the moral claims embedded in those emotions. In this way, political emotions can be vehicles for restoring respect and rebuilding civic friendship in societies marked by deep disagreement and structural inequalities.³¹

To systematize this account, turns to Jonathan Haidt's influential classification of emotions into four "families": (1) the other-condemning family, which includes anger, disgust, and contempt; (2) the self-conscious family, including shame, embarrassment, and guilt; (3) the other-suffering family, centered on compassion; and (4) the other-praising family, which includes gratitude and elevation.³² Each family of emotions, Bláhová argues, plays a role in shaping political interactions. Anger and contempt may be destructive when left unchecked, but they also alert us to experiences of injustice and exclusion. Shame and guilt, while painful, can generate acknowledgment of wrongdoing and motivate reparative action. Compassion (from part of citizens seeing other suffering) and gratitude (from part of suffering citizens who receive compassion), finally, open possibilities for solidarity and mutual recognition that extend beyond strict duties of reciprocity.³³ If Rawls's public reason tends to idealize citizens as purely rational reasoners, Bláhová insists that we should instead take seriously the emotional dynamics through which political respect is actually mediated and how the motivation to honor public reason is generated and sustained in society.

Bláhová's intervention is especially powerful when read against the backdrop of empirical studies on political deliberation and polarization. A growing body of research suggests that political discussion often fails to improve our epistemic position; instead, it can exacerbate biases and reinforce identity-protective cognition. For example, Kahan and colleagues demonstrate that citizens engaged in political argumentation are prone to "motivated reasoning": the tendency to selectively interpret evidence in ways that confirm preexisting

³⁰ Darwall, *The Second-Person Standpoint...* (n 11) 60.

³¹ Bláhová (n 28).

³² Jonathan Haidt, 'The Moral Emotions' in Richard J. Davidson, Klaus R. Scherer and Hill H. Goldsmith (eds), *Handbook of Affective Sciences* (Oxford University Press 2003) 853–854.

³³ Bláhová (n 3) 122.

beliefs and protect group identity.³⁴ Studies on affective polarization show that rather than facilitating the exchange of reasons, deliberation often becomes a site for strategic justification, where individuals marshal evidence not to test their own beliefs but to defend them against perceived threats.

This epistemic regression reveals a tension at the heart of public reason liberalism. While the ideal of deliberation assumes that rational argument can move us toward convergence or at least mutual intelligibility, the reality of political psychology suggests otherwise and unless citizens can be effectively motivated to public reasoning the theory of public justification has no practical bite. Citizens do not simply trade reasons in a neutral marketplace of ideas; they defend partisan commitments, seek affirmation from like-minded peers, and interpret opposing arguments through lenses of distrust and moral condemnation.³⁵ As a result, deliberation often produces polarization, cynicism, and contempt rather than understanding or respect, and insisting on the burdens of judgement may appear a disingenuous attempt to present strategic arguments as they had public qualities that they in fact lack.

To wit, Rawlsian public reason, if interpreted solely as the exchange of rational arguments subject to reciprocity, risks being overly idealized if not deceiving. Public reason assumes levels of cognitive openness and impartiality that do not correspond to the actual dynamics of political interaction. More importantly, it overlooks the psychological and emotional processes that shape how reasons are heard, interpreted, or dismissed. If citizens are to treat one another as equals, the challenge is not merely to frame arguments in publicly accessible terms but to cultivate the dispositions – emotional as well as cognitive – that make recognition possible in the first place. Listening is as important as talking in a democratic society.

Bláhová suggests that in a society in which procedural respect is established, it is also easier to address structural injustice that gives rise to negative emotions. For example, misrecognition generates anger in groups who are the object of misrecognition, but also contempt and disgust on the part of the majority society. Bláhová offers vivid examples of how these negative emotions display in the public arena – for example, with reference to black Americans or groups of second-generation migrants in France. The optimistic suggestion, however, is that these bad emotions can be fixed with an exercise of compassion and gratitude among differently situated citizens in a society. In a political community where there are premises of respect it is also possible to instore a positive circle of emotions.³⁶ The question, however, remains if this is wishful thinking (with little practical bite), or a project for socially engineering emotions, which may be go beyond the justifiable requirements in a liberal perspective.

My suggestion is that we cannot be asked to fix the emotions in society. Even if this may be an indirect goal, the primary goal must be that of understanding emotions and their

³⁴ Dan M. Kahan, Ellen Peters, Erica Cantrell Dawson and Paul Slovic, 'Motivated Numeracy and Enlightened Self-Government' (2011) 1 (1) *Behavioral Public Policy* 54; see also Christopher H. Achen and Larry M. Bartels, *Democracy for Realists: Why Elections Do Not Produce Responsive Government* (Princeton University Press 2016). For a discussion see Ferretti, *Fake News...* (n 2).

³⁵ Cass R. Sunstein, *Going to Extremes: How Like Minds Unite and Divide* (Oxford University Press 2009).

³⁶ Michael Hannon, 'Empathetic Understanding and Deliberative Democracy' (2019) 101 (3) *Philosophy and Phenomenological Research* 591.

significance in public life. Michael Hannon has recently suggested that the concept of “*verstehen*” can be useful in bringing into focus the relevance of emotions in public deliberation. Drawing on traditions of hermeneutics and social theory, Hannon emphasizes the role of empathetic understanding in political discourse. *Verstehen* refers to the attempt to grasp the meaning of another’s perspective from within, to imaginatively enter into their point of view without necessarily endorsing it. Crucially, empathetic understanding does not require shared reasons or agreement, nor does it presuppose that one must give in to unreasonable or illiberal demands. Instead, it reorients toward the practice of mutual recognition through empathic understanding.

This approach acknowledges that emotions are central to how people articulate and experience political claims. To understand the anger of a marginalized group, for example, is not simply to register their arguments about injustice but to grasp the affective experience of exclusion that animates those arguments. Second, *verstehen* directly addresses the risks of polarization and motivated reasoning by shifting the focus of deliberation from argumentative victory to empathetic listening. So public deliberation is not simply the display of the force of the best argument, as Habermas has suggested, but rather an exercise of mutual understanding. Where the aim is to understand why co-citizens feel the way they do, the defensive mechanisms of motivated reasoning are less likely to be triggered.

I agree with Bláhová that recognizing political emotions is essential for achieving full respect. My argument, however, is that recognition requires more than acknowledgment and less than “healing” bad emotions. Rather, it requires an effort to genuinely understand the perspective of the other. Misunderstandings are not trivial in politics – they are a central source of polarization. When citizens interpret the anger of their opponents as irrational hostility or the shame of marginalized communities as oversensitivity, they miss the moral significance embedded in those emotions. On the practical level, such failures of understanding fuel cynicism, contempt, and ultimately the erosion of civic friendship.

Here, “*verstehen*” provides the interpretive framework through which political emotions can be engaged constructively rather than dismissed. To exercise empathetic understanding is to resist the instinct of condemnation, the tendency to view one’s opponents with moral or epistemic superiority. It is to treat their emotions not as mere obstacles to rational discourse but as windows into experiences of injustice, vulnerability, or solidarity. In this way, “*verstehen*” contributes to the cultivation of civic friendship, understood as the capacity of citizens to live together respectfully despite profound disagreement. However, it does not aim at suppressing emotion or finding easy ways to transform them into positive emotions. One of the most important implications of Hannon’s “*verstehen*” is that not all political interactions must aim at agreement or that public dialogues should be aimed at getting rid of negative emotions. Instead, the idea is of having a richer idea of the function of deliberation. Traditional notions of deliberation tend to assume that the purpose of public reasoning is to produce consensus, or at least convergence on principles that can be shared by all reasonable citizens. Yet this assumption often backfires, especially in contexts of deep pluralism, as discussed in the previous section. The pursuit of agreement can entrench existing beliefs, as citizens interpret disagreement as a threat to identity and thus mobilize defensive reasoning. By contrast, an orientation toward understanding allows citizens to

engage productively even in contexts in which finding rational agreement is unattainable and justification inconclusive.

Hannon suggests that the transformative moment in deliberation sometimes is not agreement but recognition – the realization that one’s co-citizens are reasoning and feeling beings whose perspectives, though different, are intelligible and worthy of respect. Plain acts of understanding can shift the moral terrain of interaction. For example, Jose Medina has shown how avoiding dismissive reading of the protest of certain groups, understanding where anger comes from beyond the literal message of slogans is a duty of justice because it offers a respectful hear to the complaints of some co-citizens.³⁷ My suggestion is thus that by prioritizing civic empathy over argumentation, an account of public deliberation based on *verstehen* emphasizes empathetic reciprocity at the level of practice. It acknowledges that respect is not only about offering reasons others can accept but also about listening, recognizing, and understanding the emotions through which those reasons are embedded, including sometimes the historical and structural factors that may trigger those emotions.

Recognizing the value of “*verstehen*” in public deliberation has two main advantages. First, it corrects for the epistemic limitations of public reason approach revealed by studies of motivated reasoning and polarization, which show that citizens rarely approach deliberation as impartial reasoners.³⁸ By focusing on understanding rather than persuasion, “*verstehen*” reduces defensive reasoning and creates space for genuine exchange. Second, it expands the scope of respect beyond the formal structure of political institutions to the lived experiences of citizens within society. Structural disrespect – manifested in racism, sexism, economic exclusion, or cultural stigmatization – cannot be addressed by rational argument alone. It requires attentiveness to the emotions of anger, shame, compassion, and gratitude that arise from these structures, and a willingness to engage with them empathetically.

Ultimately, this supplemented account strengthens the possibility of civic friendship in pluralist societies. As we already discuss civic friendship requires that citizens can regard political decisions as the product of a fair and reciprocal practice. By integrating emotional recognition and empathetic understanding into public deliberation, citizens are better able to sustain such practice. They can disagree deeply while still acknowledging one another as equal participants in the shared project of democratic self-government.

Conclusion

Sylvie Bláhová’s book offers a fresh discussion of pluralism and respect, introducing challenging ideas into the debate on deliberation in liberal-democratic societies marked by deep ethical and moral diversity. Central to her account is the recognition that pluralism is inseparable from structural inequality and injustice that cannot be ignored in deliberative practices. On this basis, she develops a conception of civic respect that emphasizes political emotions, highlighting how reactive attitudes and affective experiences shape relations

³⁷ José Medina, *The Epistemology of Protest: Silencing, Epistemic Activism, and the Communicative Life of Resistance* (Oxford University Press 2023; online edn, Oxford Academic, 23 Mar. 2023) <<https://doi.org/10.1093/oso/9780197660904.001.0001>> accessed 15 August 2025.

³⁸ Kahan et al. (n 34); Sunstein (n 35).

of respect. I challenged Bláhová's claim that a just political community is one in which negative reactive emotions are overcome and replaced by positive ones. Such a society of purely positive emotions seems utopian, making the ideal of public deliberation too remote to inspire real citizens. Instead, drawing on Hannon's idea of "verstehen" in deliberation, I suggest that an empathetic understanding of negative emotions can enrich deliberative practices. Without this interpretive lens, political emotions risk being dismissed or misread, thereby intensifying polarization or even hostility rather than fostering civic friendship. By shifting the goal of deliberation from reasoning to understanding, civic empathy enables citizens to engage more productively across divides, resist the distortions of motivated reasoning, and cultivate civic friendship in contexts of profound pluralism. Taken together, these perspectives move us toward a conception of public reason that is at once more realistic about human psychology and more inclusive in sustaining democratic life.



Treatise

On Pluralism and Diversity: A Response to Maria Paola Ferretti

Sylvie Bláhová

*Department of Philosophy and Religious Studies, Philosophical Faculty, University of Pardubice;
Department of Political Science, Philosophical Faculty, University of Hradec Králové (sylvie.
blahova@upce.cz; ORCID: 0000-0002-7673-7290)*

Abstract

This article responds to Maria Paola Ferretti's reflections on the role of emotions in liberal political communities. Ferretti, drawing on Michael Hannon's concept of *verstehen*, emphasizes empathetic understanding as a way to mitigate polarization and to recognize the emotional basis of citizens' positions. While I share her concern that negative emotions cannot simply be suppressed, I question whether *verstehen* offers sufficient guidance in cases where emotions ground exclusionary or discriminatory claims, such as support for racially segregated schools. In such contexts, seeking understanding risks relativizing unjust positions. I therefore argue for a more procedural approach: emotions should be acknowledged as legitimate sources of reasons in public deliberation, but their admissibility must be filtered through the public justification principle, grounded in reciprocity and respect. On this basis, I suggest that fostering positive emotions such as trust and civic friendship is crucial to sustaining liberal democracy today.

Keywords: pluralism, respect, recognition, civic friendship, emotions

Towards an Emotionalist Turn in the Theory of Public Justification

I began writing my Ph.D. dissertation — which has formed the basis for my book discussed in the recent issue of *Ratio Publica* — in 2018. Although Donald J. Trump had already come to power in 2016, those times felt very different from today. Since then, the world has gone through the COVID-19 pandemic, the war in Ukraine, Trump's re-election campaign, the war in Gaza, the rapid rise of artificial intelligence, and the global surge of radical populism dividing almost all formerly liberal societies. We are now living in an extraordinarily unpredictable period — arguably the most uncertain since the Second World War. When I first entered the theoretical debates on political liberalism (public reason liberalism), I did not believe that the very foundations of liberal democracies were in doubt. Of course, there was already serious criticism, amplified by Trump's election and the popularity of figures such as Viktor Orbán or Marine Le Pen in Europe. Still, I would not have said that people were openly calling for an alternative to the system itself.

This has changed. Today, many citizens of liberal democracies highlight what they see as weaknesses — or even perversities — of the system, especially its excessive tolerance of differences. This, they argue, has led to cancel culture and the “silencing of the oppressed majority”. In other words, citizens appear dissatisfied not only with the practices of liberal democracy, but also with the need to accept its very foundation — what Rawls, in *Political Liberalism*, called “the fact of reasonable pluralism”¹. Rawls's goal was to propose a model of political community where individuals, despite holding different conceptions of the good life, could live together peacefully while respecting the freedom and equality of all. Although this model has never been fully realized, liberal democracies have at least sought to embody its basic principles. Whether this still holds true — at least in the world's oldest modern democracy — I am no longer certain.

Does the criticism of pluralism, as an inevitable condition of life in a society of free and equal citizens, mean we should discard it as a foundation of our political order? Should we instead strive for unitary and homogeneous societies, where those who do not fit in are denied full membership? This cannot be the right response. Although I have also been critical of the realities of liberal democracy (Rawls's political liberalism at the theoretical level) in my own work, I continue to believe that we should pursue its improvement rather than its abandonment. At the end of the day, much of the dissatisfaction with liberal democracy, I suspect, stems from the experience of being overlooked, misrecognized, and disrespected — whether by minority groups or the majority itself — while respect is precisely the principle that ought to be attained.

In my book, I argue that Rawls's conception of a political community is not sufficiently sensitive to the fact of pluralism. While it focuses on attaining respect at the so-called essentially political level, it overlooks injustice, misrecognition, and thus disrespect at the societal level — an equally formative part of a liberal political community.² I subsequently discuss how to broaden the conception of respect within political liberalism while avoiding the trap of comprehensiveness. Specifically, I turn to the criterion of reciprocity, which

¹ John Rawls, *Political Liberalism: Expanded Edition* (Columbia University 2005) 47–66.

² Sylvie Bláhová, *Pluralism and Diversity: For the Sake of Equal Respect* (Palgrave Macmillan 2024) 1–7, 50–58.

I suggest should be interpreted in a dual way: as a combination of Rawlsian third-person respect and the idea of civic friendship. My claim is that the civic-friendship interpretation renders respect second-personal, enabling it to encompass not only the political sphere but also the societal sphere.³ In other words, a genuine commitment to the political community entails seeing one's fellow citizens in a second-personal way, recognizing them in their particularities. By considering structural injustices at the societal level, I argue that the conception of a political community I develop in my book better reflects the fact of pluralism than Rawls's project does.

In the final chapter, I develop the concept of political emotions as a means of strengthening relationships within a political community. Emotions can not only encourage the action of those who are misrecognized and disrespected (as in the classic example of Rosa Parks) but also transform the attitudes of those who misrecognize and disrespect.⁴ I argue that the aim of a political community should be to cultivate positive emotions while minimizing negative ones, since the prevailing emotional climate ultimately depends on the principle of respect. In other words, my assumption is that if people feel respected — and extend respect to others — negative emotions will lose their force, leaving space for the growth of positive emotions. At the same time, I acknowledge that negative emotions can play an important role in the struggle against injustice. Anger, for example, was likely the driving force behind Rosa Parks's act of resistance, and as Srinivasan has argued, such emotions can be morally productive.⁵ Still, their role should be instrumental: once justice and respect are secured, the political community should focus on cultivating positive emotions as the basis for common life.

In her response to my book, Maria Paola Ferretti elaborates on the role of emotions in a liberal political community, arguing that it is too idealistic to focus primarily on enhancing positive emotions while suppressing negative ones.⁶ She draws on the work of Michael Hannon, who claims that we should strive for empathetic understanding (including emotions) in public life.⁷ Hannon introduces the concept of *verstehen* as an attempt “to grasp the meaning of another's perspective from within, to imaginatively enter into their point of view without necessarily endorsing it”⁸. The aim, then, is “mutual recognition through empathetic understanding”⁹. Ferretti further argues that *verstehen* addresses the risk of polarization and enables us to understand why our fellow citizens feel the way they do. She also points out that “not all political interactions must aim at agreement, nor should public dialogues necessarily be directed toward eliminating negative emotions”¹⁰.

³ Ibid. 63–83.

⁴ Ibid. 121.

⁵ Amia Srinivasan, ‘The Aptness of Anger’ (2018) 26 (2) *Journal of Political Philosophy* 123–144.

⁶ Maria Paola Ferretti, ‘Public Reasoning and the Role of Civic Empathy’ (2025) 2 *Ratio Publica*.

⁷ Michael Hannon, ‘Empathetic Understanding and Deliberative Democracy’ (2019) 101 (3) *Philosophy and Phenomenological Research* 591–611.

⁸ Ferretti (n 6).

⁹ Ibid.

¹⁰ Ibid.

Admittedly, some time has passed since I first structured my argument on the role of emotions in a liberal political community. My original intention was that incorporating emotions into my argumentation would help indicate the possible future direction of my work. Since completing my book, however, I have studied the concept of (political) emotions in much greater depth and have, in fact, shifted my main focus toward them. As a result, my own position has evolved to some extent — perhaps even quite significantly. That said, I still believe, as Martha Nussbaum does, that positive emotions are essential for sustaining a viable political community and for building civic friendship, and that negative emotions, when not aimed at redressing injustice and achieving justice, may be disruptive.¹¹ On the other hand, I agree with Ferretti that in public deliberation negative emotions cannot simply be avoided or ignored. More specifically, we cannot deny that negative emotions often ground the reasons citizens present in public deliberation.¹² In general, I am also very sympathetic to Hannon's (and Ferretti's) suggestion that allowing emotions into public deliberation can enhance mutual understanding. Nevertheless, I fear that even this position remains overly idealistic in the end.

Common understanding is undoubtedly important for any kind of relationship. In fact, I believe that we almost always want to understand the motivations behind the actions of someone we care about, especially when those actions differ from our own. Still, it seems to me that even understanding has limits, and there are situations in which we should not even attempt to grasp the perspective of the other. Imagine, for instance, a person who supports racially segregated schools and wants this to be enshrined in law. Applied to the Czech context, imagine that this person simply hates Roma people. He claims they are too loud and pervasive, and he considers them lazy, dangerous, and generally inferior. Perhaps he even had a negative personal experience: let's say that three Roma individuals once stole from his car. As a result, he is angry at the entire Roma community and adamant that his children should not attend the same schools as Roma children. The emotions underlying his position are anger and disgust.

Should we try to understand the reasons he has for supporting such a law? Should we attempt to understand why he feels the way he does? After all, he does have his own personal experience with three Roma individuals — does this legitimize his standpoint? What would be the result of such an understanding? Would it look like this: “This man is angry at the entire Roma community because three Roma people stole from his car; that is why he wants his children to have nothing to do with them”? And would recognizing his reasons for supporting such a law make them legitimate — and, if shared by others, render the law itself legitimate? Is not an inevitable consequence of such an attempt at understanding a kind of relativization? Aren't there situations in which we are morally obliged not even to try

¹¹ Martha C. Nussbaum, *The Monarchy of Fear: A Philosopher Looks at Our Political Crisis* (Oxford University Press 2019) 63–135.

¹² Ferretti, in this context, points to a number of studies on affective polarization showing that citizens are not simply rational and reasonable agents — as Rawls assumes in his appeal to idealization — but that their reasoning in the public sphere is deeply shaped by feelings and personal attachments. This may, in the end, lead not to an attempt to achieve a common (reasonable) consensus, but rather to the phenomenon of motivated reasoning. — Jonathan Haidt, ‘The Emotional Dog and Its Rational Tail: A Social Intuitionist Approach to Moral Judgment’ (2001) 108 (4) *Psychological Review* 814–834.

to understand, because the reasons themselves are simply wrong?¹³ Does having one's car stolen justify anger? Certainly. Does the fact that the perpetrators were Roma justify support for segregated schools? Certainly not. Furthermore, if we call for mutual understanding, then we must also expect it from those who advocate segregation. What if the reason three Roma people stole from the car was that they had no money due to inadequate education, itself the result of structurally segregated schools?¹⁴

Due to the limits of understanding the reasons that substantiate our claims in public deliberation, I call for a more procedural approach to conceiving of emotions in that context. As I have argued, I consider emotions to be a legitimate source of reasons we may invoke to support — or refuse to support — a given law. I agree with Maria Paola Ferretti's point that the Rawlsian (and Habermasian) idealized conception of public reason “overlooks the psychological and emotional processes that shape how reasons are heard, interpreted, or dismissed”¹⁵. The challenge with emotions, however, is that they constitute a highly complex phenomenon, subject to a wide range of competing theoretical conceptions. Hence, before presenting my own account of emotions within public reason, I will briefly outline the theoretical background on which I rely.

From a philosophical perspective, Michael Brady distinguishes three main branches of theories of emotion.¹⁶ First, the feeling theory — especially in its classical James–Lange formulation — equates emotions with the perception of bodily changes. This theory, however, faces strong challenges: emotions can occur even without bodily reactions; conversely, bodily reactions can occur (for instance, when induced by drugs) without emotions; similar physiological patterns can accompany different emotions, undermining the claim that bodily responses alone define emotional states; and finally, the theory fails to explain the intentionality of emotions.¹⁷ The cognitive theory of emotions addresses the problem of intentionality, rejecting the view that feelings are the defining characteristic of emotions — bodily feelings may accompany emotions, but they do not constitute them. Robert Solomon, for example, argues that emotions are rational judgments that enable us to make sense of the world.¹⁸

¹³ This argument resembles debates about determinism. A typical question here is whether we should examine the motivations of murderers and their life stories in general — that is, what led them to commit murder. Czech society engaged in such a debate quite recently, following the mass shooting at Charles University at the end of 2023, in which 14 people were killed.

¹⁴ By a structurally segregated school, I mean a school where segregation arises as a result of structural injustice. In other words, even though there is no law mandating segregation, structural discrimination leads to schools being divided along racial lines.

¹⁵ Ferretti (n 6).

¹⁶ Michael S. Brady, *Emotions: The Basics* (Routledge 2019) 10–30; Michael S. Brady, ‘An Overview of Contemporary Theories of Emotions in Philosophy’ in Andrea Scarantino (ed), *Emotion Theory: The Routledge Comprehensive Guide* (Vol. I., Routledge 2024) 215–229.

¹⁷ Walter B. Cannon, ‘The James–Lange Theory of Emotions: A Critical Examination and an Alternative Theory’ (1927) 39 (1/4) *The American Journal of Psychology* 106–124; Stanley Schachter and Jerome E. Singer, ‘Cognitive, Social, and Physiological Determinants of Emotional State’ (1962) 69 (5) *Psychological Review* 379–399; Paul Ekman, *Emotions Revealed: Recognizing Faces and Feelings to Improve Communication and Emotional Life* (Times Books 2003) 38–81.

¹⁸ Robert C. Solomon, *The Passions: Emotions and the Meaning of Life* (Anchor Press and Doubleday 1976) 151–155, 186–197.

Martha Nussbaum similarly describes emotions as rational judgments about what has value for us.¹⁹ Finally, the perceptual theory occupies a middle ground, suggesting that emotions are similar to sensory perceptions and can reveal evaluative features of the world without requiring reflective judgment. This framework explains why emotions can conflict with beliefs — for example, why our cognitive interpretation may differ from what we perceive.²⁰

While I am sympathetic to the cognitive theory of emotions, I do not think we can regard feelings as unimportant — or even as secondary.²¹ This becomes especially clear in the case of so-called *recalcitrant emotions*, such as those we experience in phobias. I may fully understand that small spiders are harmless (and even useful) yet still experience a strong physical reaction whenever I see one, often running away as a result. The cognitive theory would interpret this as a conflict of judgments—arguing that with better deliberation, I would uncover the reason for my fear. Yet this response neglects the fact that even unreasoned feelings can motivate action. Peter Goldie addresses the problem of *recalcitrant emotions*, arguing that feelings are not merely side-effects of judgments.²² Instead, he claims that feelings (he calls it *feelings toward*) are phenomenological experiences and an inextricable part of emotional intentionality. In other words, there is no need to uncover a hidden belief behind the feeling (for example, asking why I am so afraid of spiders), since in the given moment the feeling already makes sense as part of my personal narrative, which must be understood in its full complexity.²³ For Goldie, what is essential is that within this narrative context both judgments and feelings can motivate action.²⁴ I believe that Goldie convincingly shows that both feelings and judgments are essential to emotion, and that either may serve as a source of motivation, depending on context.²⁵ His key insight is that we can only understand what motivates us — whether it is judgments or *feelings toward* — against the background of our narrative identity. This approach places emphasis on the first-person perspective, grounded in each individual's moral psychology and personal history.

Following Goldie, I believe that both judgments and feelings can shape our reasons during public deliberation. For example, we may think that a proposed law eliminating support for refugees is wrong because it contradicts the deep value of solidarity we hold — and that is why we feel compassion for refugees. At the same time, however, we may also feel fear which — although we cannot explain it at the cognitive level — may still affect our final standpoint on the law. Which reasons ultimately prevail depends on our personal narrative. This, in my view, not only better reflects the character of real agents but also, importantly, is more sensitive to the fact of pluralism. One might object, however, that by allowing more sources of reasons, agreement will become impossible. This is a valid concern, and indeed one of the

¹⁹ Martha C. Nussbaum, *Upheavals of Thought: The Intelligence of Emotions* (Cambridge University Press 2001) 22–44.

²⁰ Christine Tappolet, *Emotions, Values, and Agency* (Oxford University Press 2016) 18.

²¹ I further elaborate on this argument in my article on the role of emotions in the public justification process, which is currently under review at *Emotion Review*.

²² Peter Goldie, *The Emotions: A Philosophical Exploration* (Oxford University Press 2000) 50–83.

²³ *Ibid.* 84–95.

²⁴ *Ibid.* 5–6, 12–13.

²⁵ *Ibid.* 12–13.

main reasons why the majority of public reason theorists resort to idealization. Moreover, feelings are often more subjective and unpredictable than judgments. Still, I do not think this presents an insurmountable obstacle: to acknowledge both judgments and feelings as potential sources of reasons does not mean that all such reasons are equally legitimate.

I believe that the public justification principle (PJP) itself provides a standard for distinguishing between justified and unjustified reasons, whether they are based on judgments or on feelings. A typical example used to defend idealization is the case of killers or rapists.²⁶ The objection is that without limits on admissible reasons in public deliberation, we might find ourselves needing the agreement of killers or rapists to establish laws against murder or rape. This example is tricky as such laws do not, in fact, impose coercive authority on anyone unless they choose to violate them; technically, then, they do not infringe liberty. More importantly, however, killers and rapists, by their actions, transgress the PJP itself: in killing or raping, they impose an unjustified authority claim on their victims, which cannot be publicly justified to those individuals. This conclusion holds regardless of whether their reasons for murder or rape are grounded in judgments or in feelings. As a result, expanding the sources of reasons in public deliberation does not inevitably lead to the impossibility of agreement. Those who violate the basic presumptions of the PJP exclude themselves from the framework of the deliberative community.

Admittedly, the model of public deliberation I am picturing is “detached” in the sense that it does not focus primarily on achieving a common understanding of the reasons people hold. Rather, it allows emotions into public deliberation without evaluating them, while at the same time setting a clear limit in the form of the PJP. In this way, I partly agree with Ferretti that an active attempt to eliminate negative emotions might be counterproductive. At the same time, however, I still think that the PJP and its justificatory roots, as I described in the book, naturally work in favor of positive emotions. Specifically, I argued that the justification of the PJP rests on the criterion of reciprocity, which should be given a dual interpretation: people abide by the PJP both out of respect and out of civic friendship. Civic friendship enriches the idea of respect by giving it a second-personal form, implying that in justifying political authority we do not see merely abstract human beings but our fellow citizens with whom we together constitute something valuable.

The concept of second-personal respect comes from Darwall, who based his theory on Strawson’s account of reactive attitudes framing relationships of mutual authority and accountability. When someone violates a common norm (such as the PJP in my case), it constitutes a form of disrespect, and I am entitled to experience reactive attitudes. Darwall calls these *deontic* (or attitudes of the will), since they are grounded in the duties and responsibilities we have toward one another.²⁷ In his more recent work, however, Darwall argues that there are not only *deontic* attitudes but also *non-deontic* attitudes (attitudes of

²⁶ Jonathan Quong, ‘Public Reason’, *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Fall edn, 2022) <<https://plato.stanford.edu/entries/public-reason/>> accessed 15 September 2025; Rawls (n 1) 47–87; Gerald Gaus, *The Order of Public Reason: A Theory of Freedom and Morality in a Diverse and Bounded World* (Cambridge University Press 2011) 250–276; Gerald Gaus, ‘On Theorizing About Public Reason’ (2013) 9 (1) *European Journal of Analytic Philosophy* 64–85.

²⁷ Stephen Darwall, *The Heart and Its Attitudes* (Oxford University Press 2024) 31–48.

the heart), which concern spheres of life not covered by duties and responsibilities.²⁸ Typical *non-deontic* attitudes include love, gratitude, and trust. Although there is no duty to love or trust someone, these attitudes are nevertheless an essential part of interpersonal life. Darwall maintains that both *deontic* and *non-deontic* attitudes are reciprocal and ideally work in cooperation. I agree with him to a large extent. Still, I believe that the principle of respect grounded in civic friendship (and vice versa) is essential for the flourishing of *non-deontic* attitudes. Together, they create a structure in which emotions such as love, gratitude, and trust are sustained and reciprocated. In other words, it is in a society where people are respected — including their particularities — and where they value their shared membership in the community that positive emotions such as love and trust may thrive. At the same time, love and trust retrospectively deepen respect and civic friendship.

We can, of course, further explore how emotions such as love and trust might be cultivated through practical means like symbols, literature, or festivals.²⁹ This, however, belongs to another level of discussion and lies beyond the scope of my present argument. For now, it is enough to emphasize that, given the current political situation — and returning to the point I raised at the beginning — one of the most effective strategies against today's assaults on liberal democracy is to foster positive emotions as a basis for a healthy and stable political community. In other words, we should not try to counter the anger and fear dominating politics with logical arguments alone; rather, we must also build common trust and, potentially, even love. Still, such a project must rest on firm principles — principles that I hope to have at least partly outlined in this text, as well as in my book.

²⁸ Ibid.

²⁹ Martha C. Nussbaum, *Political Emotions: Why Love Matters for Justice* (Harvard University Press 2013) 200–397.



Treatise

The Kelsenian Conundrum: About the Logic in Law

Michael Preisig

The article was written for Tomáš Koref and presented at his workshop on legal theory on Friday 29 November 2024 at Masaryk University Faculty of Law in Brno, Czech Republic. Michael Preisig studied law at the University of Basel and has completed a Ph.D. at the Faculty of Law of the University of Hamburg where he is working as a research associate at Prof. Dr. Armgardt's chair for 'Global Legal History, Private Law and Computational Legal Theory'.

Abstract

This article discusses the claim made in Hans Kelsen's 'Allgemeine Theorie der Normen' that there can't be a 'normative syllogism' analogous to the 'theoretical syllogism' and logic therefore isn't applicable to morality and law. It offers a fresh and 'generous' understanding of Kelsen's thinking and proposes an alternative interpretation of his argument that argues for the applicability of logic to law without giving up his 'autonomy of morality'.

Keywords: Hans Kelsen, Allgemeine Theorie der Normen, Law and Logic

1. Kelsen's Question: "[Does] the logical thought-process of the syllogism occur [] in morality and in law[?]"¹

Hans Kelsen² in his late 'Allgemeine Theorie der Normen'³ writes that "[t]he validity of the individual norm cannot follow from that of the general norm as the truth of an individual statement follows from that of a general statement"⁴. When I first read that

¹ Kelsen Hans, *General Theory of Norms* (trans. by Michael Hartney, Oxford University Press 1991) 226; it's surprising how similar Hans Kelsen's legal positivist position seems to be to that of legal realists like Oliver Wendell Holmes Jr. who famously wrote: "The life of the law has not been logic: it has been experience." *The Common Law* (MacMillan & Co 1882) 1. Interestingly enough, Holmes seems to be somewhat less sanguine when he says that "[...] to present a [...] view of the Common Law," what for Kelsen would probably be legal science (n 71), "[...] other tools are needed besides [!] logic" (1). However, for Holmes "[i]t is something [!] to show that the consistency of a system requires a particular result, but it is not all" (1). According to Holmes, "[...] in determining the rules by which men should be governed," what for Kelsen would not be legal science, but law (n 71), "[t]he felt necessities of the time, the prevalent moral and political theories, intuitions of public policies, avowed or unconscious, even the prejudices which judges share with their fellow-men, have a good deal more [!] to do than the syllogism" (1). Kelsen himself in a footnote to his article on 'Law and Logic' (n 3) points out that Holmes in 'The Path of the Law' (1897) 10 *Harvard Law Review* 458, 465, respects logic: "The fallacy to which I refer is the notion that the only [!] force at work in the development of the law is logic." Kelsen, it turns out, is more realist than the realists when in his *General Theory of Norms* (n 1) 253 f. after negating the application of logic to law writes: "Since a judicial decision [...] is the meaning of an act which usually [!] occurs — it need not occur with logical necessity, but does as a rule — we can say that if a judge finds [...] a set of facts abstractly specified in a general norm presupposed to be valid, then as a rule he posits an individual norm which is abstractly specified in the general norm. If we can also establish that in a given case a judge found [such] a set of facts [...], we can then assert — if we assume the existence of a logic of probability — that it is probable [!] that in this case also, the judge will posit an individual norm corresponding to the general norm. This constitutes a syllogism — not a normative but a theoretical syllogism — whose conclusion is not the individual norm in the judicial decision, but the statement about the likelihood of an act whose meaning is the judicial decision corresponding to the general norm."

² Kelsen was born Jewish in Habsburg Prague and after fleeing Nazism from Vienna and Cologne briefly returned to its 'Deutsche Universität' before the young Czech Republic was broken up and Kelsen forced to flee, again, to Switzerland and the United States where until retirement he taught at the University of Berkeley, for his biography read Thomas Olechowski, *Hans Kelsen. Biographie eines Rechtswissenschaftlers* (2nd ed., Mohr Siebeck 2021); summary in Armgardt Matthias, Preisig Michael, Hans Kelsen, 1881–1973: ein bewegtes Leben in der Ungewissheit auf der Suche nach der Gerechtigkeit, (2003) 29 *Journal for Ancient Near Eastern and Biblical Law* 177.

³ Kelsen Hans, *Allgemeine Theorie der Normen* (Manz 1979); in his lifetime he defended this view in the two articles 'Law and Logic' and 'Law and Logic Again. On the Applicability of Logical Principles to Legal Norms', trans. by Peter Heath in Ota Weinberger (ed.), *Essays in Legal and Moral Philosophy* (Springer 1973) 228 and 254.

⁴ Kelsen (n 1) 238.

sentence I didn't understand it, read it again, and again, and couldn't make any sense of it.⁵ This is another try.

Kelsen, in what I think his most difficult, but most important work — published posthumously⁶ — asks whether “[...] the logical thought-process of the syllogism occurs in morality and in law, [...] whether the relation between a general moral or legal norm and the individual norm by which it is applied to a concrete case has the character of a logical inference, that is, whether the validity of this individual norm is the result of a logical inference,” in other words, whether “[...] the syllogism of traditional propositional logic is applicable — directly or indirectly — to norms,”⁷ that is, whether “[...] there exists a normative syllogism analogous to the theoretical syllogism”⁸.

2. Kelsen's Answer: “[T]he validity of the individual norm cannot follow logically [...] from [that of a general norm].”⁹

In answering this innocent enough looking question, Kelsen comes to the rather strange conclusion that “[t]he validity of the individual norm cannot follow from that of the general norm as the truth of an individual statement follows from that of a general statement”¹⁰. What! Why? Well, Kelsen compares a statement's *truth* with a norm's *validity*¹¹ and *claims that while the truth of an individual statement is implied by that of a general statement, the validity of an individual norm isn't implied by that of a general norm — a difference I'm going to question*¹² — but, let's build his argument step-by-step, before pointing out where, I think, it can and should be mended.

⁵ I seem not to be the only one left baffled, Ota Weinberger wrote a whole book about Kelsen's last book, entitled *Normentheorie als Grundlage der Jurisprudenz und Ethik. Eine Auseinandersetzung mit Hans Kelsens Theorie der Normen* (Duncker & Humblot 1981) wherein he resumes: “[W]ar die klassische Reine Rechtslehre eine logisierende Theorie, welche die allgemeine Strukturtheorie des Rechts auf den Boden logischer Analysen gestellt hat und die nicht unwesentlich dazu beigetragen hat, die Problematik der Normenlogik ins Bewußtsein zu rücken [...], so steht die neue Reine Rechtslehre auf dem Boden eines extremen Normenirrationalismus.” (168) And adds that “[s]obald Kelsen das Postulat der Konsistenz als logische Anforderung an das Rechtssystem aufgegeben hat, storniert er eigentlich die Grundlage jeder analytischen Jurisprudenz,” (171) before concluding: “[D]er Normenirrationalismus der Spätphilosophie Kelsens [impliziert] die Liquidierung der Reinen Rechtslehre und jeder analytischen Jurisprudenz[.]” (177); less critical Bulygin Eugenio, ‘Norms and Logic. Kelsen and Weinberger on the Ontology of Norms’ (1985) 4 *Law and Philosophy*, 145 who tries to mediate, cf. n 45.

⁶ Whether the *General Theory of Norms* referred to as Kelsen's ‘swan song’ by its translator Michael Hartney (ix) would remain mute or fly like a flamingo, Kelsen, before his death, left open, see the introduction to the *Allgemeine Theorie der Normen* (n 3), iii.

⁷ Kelsen (n 1) 226.

⁸ Ibid. 231.

⁹ Ibid. 234.

¹⁰ Ibid. 238.

¹¹ “By ‘validity’ we mean the specific existence of norms. To say that a norm is valid, is to say that we assume its existence or — what amounts to the same thing — we assume that it has ‘binding force’ for those whose behavior it regulates.” See Kelsen Hans, *General Theory of Law and State* (trans. by Anders Wedberg, Harvard University Press 1945) 30.

¹² Cf. comments about the similarity between statements and norms at footnote no. 35.

2.1 Kelsen's 'Theoretical Syllogism'

Kelsen begins his argument by explaining the syllogism of propositional logic, what he calls the 'theoretical syllogism' as "[...] a sequence of statements, in which the truth of [...] one statement — the conclusion — is inferred from the truth of [...] two other statements — the major and minor premisses"¹³. Since Kelsen is concerned "[...] particularly with the inference from the universal to the particular, [...] from the truth of a general statement to that of an individual statement," he goes on to point out that "[...] the minor premiss, is the statement that the condition specified *generally* in the [...] major premiss[...] obtains *individually*," and gives the usual example:¹⁴

All humans¹⁵ are mortal.
Socrates is human. (1)
┆ Socrates is mortal.

Logic is about consistency¹⁶ or the validity of arguments what — warning!¹⁷ — isn't to be confused with the validity of norms. According to the logic textbook¹⁸ cited by Kelsen "[a]n argument is valid if [...] the premisses logically imply the conclusion"¹⁹. It reads: "If the conclusion does follow from the premisses, the argument is valid; if the conclusion does not follow from the premisses the argument is invalid."²⁰ That is, "[v]alidity [...] is not dependent upon truth,"²¹ but "[...] depends entirely upon the logical form of the argument"²². The above argument (1) has the form of *modus ponens*:²³

$A \rightarrow B, A \vdash B$ (2)

which is a valid form or rule of inference, because as the cited logic textbook points out: "[...] the premisses cannot be true and the conclusion false," or what is the same "[...] the

¹³ Kelsen (n 1) 228.

¹⁴ Ibid. 228; for understanding the syllogism this example is insufficient, see n 82.

¹⁵ For consistency's sake, humans, like flamingos (see footnote no. 114), can be 'bunte Vögel' too.

¹⁶ Hodges Wilfrid, *Logic. An Introduction to Elementary Logic* (2nd ed., Penguin Books 2001) 1.

¹⁷ An argument is valid, if it's consistent; a norm is valid, if she (?) is binding.

¹⁸ Kelsen in a footnote to page 182 of his *Allgemeine Theorie der Normen* (n 3) cites philosopher Stebbing Susan Lizzie, *A Modern Elementary Logic* (Methuen & Co 1957).

¹⁹ See the 1952 revised and 1961 reprinted 5th edition of that textbook (n 18), 6.

²⁰ Ibid. 9.

²¹ Ibid. 8.

²² Ibid. 9.

²³ At least in simplified form; being a quantified statement, its major premiss 'All humans are mortal.' would have to be expressed not in *propositional*, but *first order predicate logic* as ' $\forall x (Hx \rightarrow Mx)$ ', read: for all objects 'x', if 'x' is human, then 'x' is mortal, what, Socrates 's' being such an object 'x', we would have to 'instantiate' to ' $Hs \rightarrow Ms$ ', read: if 's' is human, then 's' is mortal, before we could argue that ' $Hs \rightarrow Ms, Hs \vdash Ms$ '.

truth of the premisses necessitates the truth of the conclusion,²⁴ what can be proved with help of a truth table.²⁵

Table 1: Truth table for validity of *modus ponens*

	A	B	$((A \rightarrow B) \wedge A)$	\rightarrow	B
1	T	T	T	T	T
2	T	F	F	T	F
3	F	T	F	T	T
4	F	F	F	T	F

That is, every argument with the logical form of *modus ponens* (2) — even if one of its premisses should be false — is a valid argument.²⁶ What is more, if the premisses of such a valid argument are true, its conclusions must be true too.²⁷ Which is exactly what the passage from the logic textbook says that Kelsen, in a footnote, cites to undergird his explanation of the ‘theoretical syllogism’: “We can know our conclusions to be true only when we *know* both [!] that the premisses are true and [!] that they imply the conclusion.”²⁸ Kelsen points out that “[t]o say that the truth of the conclusion is ‘inferred’ from [or implied by] that of the premisses is simply to say that the truth of the conclusion is implicit [!] in that of the premisses,”²⁹ in order to, slightly reworded, restate that “[i]f the premisses are true and *if* the conclusion is *implicit* [!] in the premisses, then the conclusion is true”. Referring to John Stuart Mill’s ‘System of Logic’,³⁰ Kelsen also points out that “[...] a [] [logical] inference is not a thought-process which leads to a new truth; rather it makes explicit a truth already implicit in the truth of the premisses”³¹.

²⁴ Ibid. 6.

²⁵ The argument ‘ $A \rightarrow B, A \vdash B$ ’ is valid, if its premisses ‘ $A \rightarrow B$ ’ and ‘ A ’ can’t be true and its conclusion ‘ B ’ false (see n 24), that is, if ‘ $((A \rightarrow B) \wedge A) \rightarrow B$ ’ is a tautology. Truth table (1) proves ‘ $((A \rightarrow B) \wedge A) \rightarrow B$ ’ is a tautology, that is, true under all possible combinations of truth values for ‘ A ’ and ‘ B ’ (rows 1–4), hence it’s always or vacuously true, that is, its truth follows from nothing, but its form: ‘ $\vdash ((A \rightarrow B) \wedge A) \rightarrow B$ ’.

²⁶ As truth table (1) shows ‘ $((A \rightarrow B) \wedge A) \rightarrow B$ ’ is true, that is, the column below material implication ‘ \rightarrow ’ shows but ‘T’s for ‘true’, under all possible combinations of truth values for ‘ A ’ and ‘ B ’ (rows 1–4). ‘ $((A \rightarrow B) \wedge A) \rightarrow B$ ’ is true if both of its premisses ‘ $A \rightarrow B$ ’ and ‘ A ’ are true (row 1) and it’s true if one of its premisses is false (rows 2–4).

²⁷ Whenever premisses ‘ $A \rightarrow B$ ’ and ‘ A ’ are true (only row 1), so is conclusion ‘ B ’ (row 1). That is, there are no rows where the premisses are true and the conclusion is false.

²⁸ Stebbing Susan Lizzie, cited in: Kelsen (n 1) 229.

²⁹ Ibid. 229.

³⁰ Mill John Stuart, *A System of Logic* (London 1898).

³¹ Kelsen (n 1) 230.

2.2 Kelsen's Supposedly 'Normative Syllogism'

After his inspection of the 'theoretical syllogism' Kelsen switches to its supposed 'normative' analogue and explains that, like the theoretical, "[a] 'normative inference from the general to the particular' is an inference [...]"; where the validity of one norm, the conclusion, may — what Kelsen denies — be inferred from the validity of a norm and the truth of a statement,³² the major and minor premisses. The major premiss, Kelsen points out, is "[...] a general hypothetical norm which decrees some *generally* specified behaviour to be obligatory under *generally* specified conditions [...]"; the minor premiss "[...] a statement asserting the individual existence of the condition specified in the major premiss [...]"; and the conclusion "[...] an individual [categorical] norm which decrees individually that the behaviour specified generally in the major premiss is obligatory."³³ Kelsen provides the example:³⁴

If someone makes a promise, he is to keep it.

Maier promised Schulze to pay him 1000. (3)

┆ Maier is to pay Schulze 1000.

Kelsen then points out some, I think rather superficial, differences between the theoretical and normative syllogism. First, while in the theoretical syllogism (1) "[t]he two premisses have the same logical character: both are statements," in the normative syllogism (3) "[...] the two premisses have different logical characters: the major premiss is a general norm, while the minor premiss is a statement"³⁵. Second, and related, while the theoretical syllogism is concerned with the truth of statements about *properties* of things,³⁶ the normative syllogism is concerned with the validity or — what is problematic, but for Kelsen the same³⁷ — existence of norms for the *behaviour* of persons.³⁸ According to Kelsen, "[...] there is no [...] analogy between the truth of a statement and the validity of a norm,"³⁹ because while "[...] the truth of a statement is not conditional on the act by which it is made, [...] the validity or existence of a norm is conditional on the act by which it is posited"⁴⁰. Hence Kelsen's positivist credo:

³² Citing from both Immanuel Kant's 'Critique of Pure Reason' (ibid. 79) and David Hume's 'Treatise of Human Nature' (ibid. 86), Kelsen concludes that "[...] an Ought cannot be derived from an Is" (ibid. 86). However, if our argument's major premise is a norm, why shouldn't we be able to derive another norm as the conclusion of our argument?

³³ Kelsen (n 1) 231.

³⁴ Ibid. 231.

³⁵ Ibid. 232.

³⁶ Of course, persons — see Bentham, ignore Kant — are not only, but also things.

³⁷ "That a norm is 'valid' means that it exists. A norm which is not 'valid' is not a norm since it is not an existing norm." See Kelsen (n 1) 28; and Kelsen (n 11).

³⁸ According to Kelsen's (n 1) *General Theory of Norms* "[...] a statement [...] is true or false," (ibid. 42) (emphasis removed) and "[...] nothing more than a proposition [...]" (ibid. 152) "[...] about things or events," (ibid. 129), in contrast "[a] norm is valid for certain individuals, for a certain area, and for a certain time," (ibid. 28) and "[its] object [...] is the behaviour of a being endowed with reason and will, that is [...] human behaviour" (ibid. 89).

³⁹ Ibid. 175.

⁴⁰ Ibid. 170.

“No imperative without an imperator, no norm without a norm-positing authority[.]”⁴¹ That is, while “[t]he statement ‘The earth revolves around the sun’ is true — if it is true [!] — whether or not anyone actually thinks it or utters it,”⁴² the norm “[t]hat murder is to be punished by death is valid only if this norm is posited by the legislator”⁴³. Which is also why, I think, Kelsen points out that “[t]he truth of a statement cannot be repealed by derogation, as can the validity of a norm”⁴⁴. However, think of the retraction not of a statement’s truth, but what could be *its* ‘existence’ or ‘validity’.⁴⁵ Statements, I think, are fraught with the very same or similar problems as norms, only, unless you believe in God, what makes them true is not a legislator, but reality herself.⁴⁶ Which is also why Kelsen seems (!) to speak in tongues or think in circles when he says that “[a] statement [...] is true — if it is true [...]”⁴⁷. ‘No truth without reality,’ one could say.^{48, 49} What the legislator is to the validity of norms, reality is to

⁴¹ Ibid. 234.

⁴² Ibid. 229.

⁴³ Ibid. 171.

⁴⁴ Ibid. 171; for more, also cf. Kelsen Hans, ‘Derogation’ in Ota Weinberger (ed.), *Essays in Legal and Moral Philosophy* (trans. by Peter Heath, Springer 1973) 261.

⁴⁵ Statements are not only propositions, but also assertions of propositions, which is why Bulygin (n 5) 146 says: “[T]here are two opposed views on the nature of norms [...] the hyletic and the expressive conception of norms.” And adds that “[...] the controversy between Kelsen and Weinberger [n 5] fits admirably well into these two categories,” outlined in Alchourrón Carlos E., Bulygin Eugenio, ‘The Expressive Conception of Norms’ in Hilpinen Risto (ed.), *New Studies in Deontic Logic* (Springer 1981) 95. In Weinberger’s hyletic conception norms, like propositions, are abstract normative sentences which can be obligatory, forbidden or permitted (*Op*, *O¬p*, *Pp*) (ibid. 96). In Kelsen’s expressive conception norms are commands (*!p*), that is, like assertions, results of speech acts (ibid. 97). While in the hyletic conception normative sentences can be negated (*Op* and *O¬p*) in the expressive conception norms can only be promulgated and derogated (*!p* and *!¬p*) (ibid. 105). Bulygin (n 5) 148 concludes: “The expressive convention of norms precludes the very possibility of a logic of norms: if normativity consists in a certain use of language and norms are expressions of illocutionary acts, then there are no logical relations between norms.”

⁴⁶ Roman Goddess Terra Mater, ‘Mother Earth’, like Justitia (see footnote no. 103), is a woman.

⁴⁷ See n 42, that is, Kelsen (n 1) 229.

⁴⁸ According to Kelsen himself “[...] a statement is true[,] if it agrees [...] with the *reality* it is about” (ibid. 175); similarly Karl Popper who, in the talk on ‘Die Logik der Sozialwissenschaften’ cited by Kelsen (ibid. 191) and published in Adorno Theodor W. et al. (ed.), *Der Positivismusstreit in der deutschen Soziologie* (Luchterhand 1969), explains that “[w]ir nennen eine Aussage ‘wahr’, wenn sie mit den Tatsachen übereinstimmt oder den Tatsachen entspricht oder wenn die Dinge so sind, wie die Aussage sie darstellt,” (ibid. 117) what he calls the ‘absolute[r] oder objektive[r] Wahrheitsbegriff’ as, he points out, it has been ‘rehabilitated’ by Alfred Tarski⁴⁹ (ibid. 117), a Polish logician and mathematician who in an article on ‘Der Wahrheitsbegriff in den formalisierten Sprachen’ (1935) *Studia Philosophica* 261 translated from his dissertation writes: “[E]ine wahre Aussage ist eine Aussage, welche besagt, dass die Sachen sich so und so verhalten, und die Sachen verhalten sich eben so und so,” (ibid. 268) and explains that “[...] ‘es schneit’ ist eine wahre Aussage dann und nur dann, wenn es schneit” (ibid. 269).

⁴⁹ Tarski, born Tajtelbaum in Warsaw, was Jewish and emigrated to the United States where, like Kelsen, he first taught at Harvard and then from 1942 until his retirement at the University of Berkeley in California; for his biography read Feferman Anita Burdman, Feferman Solomon, *Alfred Tarski. Life and Logic* (Cambridge University Press 2004).

the truth of statements. A yardstick to be measured against.⁵⁰ Only, whereas in case of reality you got one stick, in case of law and morality — if like Kelsen you're not a jusnaturalist, but a legal positivist — many. Which, unlike with reality, makes not only your view of,⁵¹ but law and morality themselves relativistic.⁵² According to Kelsen, “[j]ust as the existence of a fact cannot follow logically from that of another fact — the ways of thought [Denken] are not the ways of existence [Sein] — so the existence of a norm [...] cannot follow logically from the existence of another norm”⁵³. However, only because from the truth of a statement the existence of a fact can't follow — that being the privilege of reality — this doesn't mean that the supposed truth of one statement can't imply, not that another statement *is*, but *should* be true too. Similarly, only because from the existence or validity of a norm that of another norm can't follow — that being the privilege of the legislator or judge — this doesn't mean that the supposed validity of one norm can't imply, not that another norm *is*, but *should* be valid as well. Logic, remember, is about consistency or the validity of arguments, it says nothing about the truth of the statements and the validity of the norms in their premisses and conclusions.⁵⁴ Be that as it may, for Kelsen, I disagree, there can be no analogy between the truth of a statement and the validity of a norm and with that we get into his main argument. Hear, hear!

Remember that, according to Kelsen, the validity of an individual norm — the conclusion — can only follow from the validity of the general norm and the truth of a statement — the major and minor premiss — if it *is implicit* in the validity of this general norm and the truth of that statement.⁵⁵ Kelsen, however, claims: “[A]bove all, the validity of the individual norm *cannot be implicit* [!] in the validity of the general norm and the truth of the statement, because the validity of a norm is conditional upon the act of will [!] of which it is the meaning,” and “[s]ince an act of will of which the individual norm is the meaning must intervene between the validity of the general norm and that of the corresponding individual norm, the validity of the individual norm cannot follow logically — i.e. by a thought-process — as the truth of an individual statement follows from that of the corresponding general statement”⁵⁶. That

⁵⁰ According to Kelsen, morality, although separate from, for the law is a ‘yardstick’, see Hans Kelsen, *Pure Theory of Law* (trans. by Max Knight, University of California Press 1967) 66.

⁵¹ According to Einstein's theory of ‘special relativity’ — see Einstein Albert, ‘Zur Elektrodynamik bewegter Körper’ (1905) 17 *Annalen der Physik* 891 — not only space is relative, because “[e]in starrer Körper, welcher in ruhendem Zustande ausgemessen die Gestalt einer Kugel hat, hat [...] in bewegtem Zustande — vom ruhenden System aus betrachtet — die Gestalt eines Rotationsellipsoides [...]” (see *ibid.* 903) but time is relative too, since “[s]ind in den Punkten A und B von [Koordinatensystem] K ruhende, im ruhenden System betrachtet synchron gehende Uhren vorhanden, und bewegt man die Uhr in A mit der Geschwindigkeit v auf der Verbindungslinie nach B, so gehen nach Ankunft dieser Uhr in B die beiden Uhren nicht mehr synchron, sondern die von A nach B bewegte Uhr geht gegenüber der von Anfang an in B befindlichen [...] nach” (see *ibid.* 904).

⁵² See Kelsen (n 50) 67 who says: “[R]elative morals cannot [...] provide an absolute standard for the evaluation of a positive legal order. [...] But this does not mean that there is no such standard — every moral system can serve as such.”

⁵³ Kelsen (n 1) 233.

⁵⁴ All it says, is that if (1) the argument is valid and (2) statement and norm in its antecedent true and valid, then (3) the norm in its consequent must be valid, see footnote no. 18 f.

⁵⁵ See Kelsen's way of rewording the classic ‘implied by’ to ‘implicit in’ at Kelsen (n 28).

⁵⁶ *Ibid.* 234 (emphasis added).

is, Kelsen claims that the “[...] individual norm [...] must — like any other positive⁵⁷ norm — be the meaning of a real act of will distinct from the real act of will whose meaning is the general norm to which the individual norm corresponds”⁵⁸. According to Kelsen these “[...] are two wholly different acts of will”⁵⁹. That is, according to Kelsen “[t]he relation between the general norm and the corresponding individual norm is not an immediate relation: it is only a mediate relation, mediated by the act of will of which the individual norm is the meaning”⁶⁰. But why?

Kelsen explains that “[t]he general norms posited by the legislator normally concern future behaviour which the legislator does not, and cannot foresee”⁶¹. He points out that “[...] it would be an absurd fiction to suppose that in the legislator’s act of will of which the general norm is the meaning, there are already implicit all the possible acts of will whose meanings are the individual norms corresponding to the general norm”⁶². “The authority [...],” Kelsen says, “[...] which posits the general norm [...], that all people are to keep their promises, cannot will that Maier is to keep his promise to Schulze to pay him 1000, since it cannot know beforehand that at some point in the future someone called Maier will promise someone called Schulze to pay him 1000,” and adds: “[One] cannot will that of which [one] knows nothing[.]”⁶³ But how then, Kelsen asks, “[...] does the positing of [the] individual norm corresponding to the general norm [...] come about?”⁶⁴

Kelsen explains that “[t]he positing of the individual norm [...] presupposes the *recognition* of the applicable general norm on the part of the court which is competent to apply it,” because “[...] the act of will whose meaning is the individual legal norm [...] can occur only as a result of the recognition of the validity of the general norm”⁶⁵. A judge can, Kelsen points out, “[...] recogniz[e] the validity of the general norm,” but can also “[...] for some reason or other — for example, because he considers it unjust [!]”⁶⁶ to apply the general norm to the concrete case — not recognize its validity for the present case and so not posit the individual norm”⁶⁷. In this respect, Kelsen adds, “[...] there is no difference between morality and law,”⁶⁸ and points out that “[...] in the fact that this recognition of the validity of the general norm

⁵⁷ According to Kelsen’s ‘legal and ethical positivism’, a positive norm is “[a] norm posited by an act of will occurring in reality,” (ibid. 4) and all norms “[are] posited by [...] human acts of will” (ibid. 4). According to ‘natural law theory’, Kelsen points out, “[...] norms do not have to be posited by any act in order to be valid. For [...] there are norms which are immediately valid [...] since they are given in reality or ‘nature.’” (Ibid. 4 f.)

⁵⁸ Ibid. 235.

⁵⁹ Ibid. 236.

⁶⁰ Ibid. 234.

⁶¹ Ibid. 238.

⁶² Ibid. 238.

⁶³ Ibid. 236.

⁶⁴ Ibid. 239.

⁶⁵ Ibid. 239 (emphasis added).

⁶⁶ It’s surprising, how similar Kelsen’s legal positivist position is to that of jusnaturalists, difference being that, according to Kelsen, there is no one ‘true’, objective morality.

⁶⁷ Ibid. 239.

⁶⁸ Ibid. 239.

is a necessary condition for the positing of the corresponding individual norm,” consists “[t]he so-called *autonomy of morality*”⁶⁹. According to Kelsen, “[i]f in a concrete case, for some reason or other, the recognition of the validity of the general norm [...] and consequently the positing of the corresponding individual norm does not result in any act of will on the part of the individual, the individual norm does not become valid and cannot become valid by means of the logical thought-process of an inference”⁷⁰.

Kelsen, who distinguishes between morality and *moral science*, respectively law and *legal science*,⁷¹ concludes that, while “[...] it is obvious and unproblematic that [...] [logical] principles are applicable to [legal thinking]” as far as moral and legal science are concerned,⁷² because “[l]egal thinking cannot create or repeal norms [...] [and] cannot make any legal norm valid or invalid,”⁷³ as far as morality and law are concerned, “[...] there is no justification for the assumption that there can be normative syllogisms in which the validity of an individual categorical norm follows logically from the validity of the general hypothetical norm to which it corresponds”⁷⁴. “[C]ases concerned with the making-valid and the making-invalid of norms,” Kelsen says, “[...] cannot be effected by thinking, not even ‘legal’ thinking. [In this sense] [t]here can be no such thing as ‘legal thinking’[.]”⁷⁵ I doubt that.

3. Another Resolution of Kelsen’s Conundrum: of Logic in Law with Autonomy of Morality⁷⁶

I believe there is such a thing as *legal reasoning*, that the syllogism of traditional propositional logic is applicable to norms and that the validity of an individual norm can follow logically from the validity of the corresponding general norm. In other words, I think Kelsen is wrong. But, Kelsen is right I think, because like him I believe in the *autonomy of morality*, that the recognition of the general norm’s validity is a necessary condition for the validity of the corresponding individual norm — and vice versa.⁷⁷ In the following, I propose an alternative interpretation of Kelsen’s argument that argues for the applicability of the syllogism of traditional propositional logic to norms *and* the need for recognition

⁶⁹ Ibid. 237 (emphasis added).

⁷⁰ Ibid. 237.

⁷¹ According to Kelsen, “[i]t is essential to distinguish between a norm and a statement about [...] a norm [...], between normative science and the object of its cognition [...], between ethics and morality [...], and between legal science and law” (ibid. 154).

⁷² Ibid. 245.

⁷³ Ibid. 245.

⁷⁴ Ibid. 252.

⁷⁵ Ibid. 245.

⁷⁶ Of course, the argument is also for ‘logic in morality with the autonomy of law’.

⁷⁷ That is, the general norm is valid, if its individual norms are valid; and individual norms are valid, if the general norm is valid; cf. the concept of ‘reflective equilibrium’ (see footnote no. 107) which looks circular, but isn’t, because in law — just like reality in science — morality can serve as a separate standard for the evaluation of an individual norm’s validity.

of the validity of these norms. That is, I argue for legal reasoning without giving up the autonomy of morality.

3.1 A Problem with Kelsen's 'Theoretical Syllogism'

To begin with, I think, Kelsen's understanding of the 'theoretical syllogism' is problematic. It is riddled with some of the very same problems⁷⁸ and sets an unrealistically high bar for a possible 'normative syllogism'. According to Kelsen, "[...] the validity of the individual norm is not implicit in that of the general norm as the truth of an individual statement is implicit in that of a general statement"⁷⁹. But, how is the truth of an individual statement implicit in the truth of the corresponding general statement? All logic claims, remember the textbook cited by Kelsen, is that "[w]e can know our conclusions to be true only when we *know* both that the premisses are true and they imply the conclusion"⁸⁰. In other words, if an argument is valid — that is, of valid logical form — and both of its premisses are true, then its conclusion must be true too. In the 'nice' example provided by Kelsen:

All humans are mortal.
Socrates is human. (4)
└ Socrates is mortal.

the argument has the valid logical form of *modus ponens* (2) and both major and minor premiss are true, therefore the conclusion must be and is true — most likely we won't encounter any immortal human beings⁸¹ — and all is hunky-dory. However, let's see what happens in the less congenial example provided by Kelsen's fellow Austrian philosopher of science Karl Popper:⁸²

All swans are white.
This bird is a swan. (5)
This bird is white.

⁷⁸ See the comments about the similarity of statements and norms at footnote no. 35.

⁷⁹ Ibid. 238 f.

⁸⁰ Ibid. 229.

⁸¹ We can't be sure: heed the cautionary tale of the 'inductivist turkey', or the chickens who "[...] expect food when they see the person who usually feeds them," but at last "[t]he [wo]man who has fed the chicken every day throughout its life [...] wrings its neck instead[.]" See Russell Bertrand, *The Problems of Philosophy* (Henry Holt & Co 1912) 98.

⁸² The example is used by Popper Karl, *Logik der Forschung. Zur Erkenntnistheorie der Modernen Naturwissenschaft* (Springer 1935) 1, who says: "Bekanntlich berechtigen uns noch so viele Beobachtungen von weißen Schwänen nicht zu dem Satz, daß alle Schwäne weiß sind," and before that by Mill (n 30) 20, who writes: "That all swans are white, was a uniform experience down to the discovery of Australia."

That argument also has the valid logical form of *modus ponens* (2) — hence it is a valid argument — but, since Down Under⁸³ some swans happen to be black, its major premiss is false. And, because its major premiss is false, even though the argument is valid, we cannot know what its conclusion must be. It could be true, it could be false.⁸⁴ In case we encounter not a mute European ‘cygnus olor’, but a more vocal Australian ‘cygnus atratus’, both can get pretty aggressive,⁸⁵ the conclusion is, quite *evidently*,⁸⁶ false. And, since the conclusion is false, according to other forms or rules of inference like *modus tollens* (7) (cf. appendix), one of the premisses must be false too, either the bird is not a swan or not all swans are white.⁸⁷ Logic is nice, very nice, but all it does, is ensure consistency. It *can* tell us that if an argument is valid and its premisses true, the conclusion must (!) be true too; and that if an argument is valid and its conclusion false, one of the premisses must (!) be false as well. It *can’t* tell us whether and which⁸⁸ premisses and conclusion are (!) true or false.⁸⁹ As Kelsen himself rightly points out “[i]t should be noted that logic does not claim *that* [a statement is true] [...], but rather that *if* it is true [...], *then* [...] [the conclusion] is true[.] [...] *Whether* [a statement] is true [...] is something to be determined by some other science than logic.”⁹⁰ Right! But,

⁸³ Popper, born to parents of Jewish descent in Vienna, in 1937 emigrated to New Zealand and then England where until his retirement he taught at the University of London, see Popper Karl, *Unended Quest. An Intellectual Autobiography* (Routledge 1992).

⁸⁴ See truth table (1) where if either of the argument’s two premisses ‘ $A \rightarrow B$ ’ and ‘ B ’ is false (rows 2–4), its conclusion ‘ B ’ can be either true (row 3) or false (rows 2 and 4).

⁸⁵ All generalizations are in danger of being overbroad and causing bias and prejudice.

⁸⁶ Evidence, that the conclusion is false, *is* what makes us question our premisses.

⁸⁷ Either ‘ $A \rightarrow B, \neg B \vdash \neg A$ ’ or ‘ $A, \neg B \vdash \neg(A \rightarrow B)$ ’, but something must give, see footnote 99 and the following.

⁸⁸ What is known as the ‘Duhem–Quine Thesis’ after French physicist and philosopher of science Pierre Duhem, *La Théorie Physique. Son Objet, Sa Structure* (Librairie Philosophique J. Vrin 2015 [1906]) 259 f, according to whom “[u]n physicien [qui] se propose de démontrer l’inexactitude d’une proposition [...] ne se borne pas à faire usage de la proposition en litige; il emploie encore tout un ensemble de théories[...] [...] si le phénomène prévu ne se produit pas, ce n’est pas la proposition litigieuse seule qui est mise en défaut, c’est tout l’échafaudage théorique dont le physicien a fait usage; la seule chose que nous apprenne l’expérience, c’est que, parmi toutes les propositions qui ont servie à prévoir ce phénomène et à constater qu’il ne se produisait pas, il y a au moins une erreur; mais où gît cette erreur, c’est qu’elle nous dit pas,” and American logician Willard Van Orman Quine who helped Alfred Tarski (n 49) get to the United States, and in his *Pursuit of Truth* (Harvard University Press 1992) 13 f. explains: “In order to deduce an observation categorical from a given hypothesis, we may have to enlist the aid of other theoretical sentences and of many common sense platitudes that go without saying, and perhaps the aid even of arithmetic and other parts of mathematics. In that situation, the falsity of the observation categorical does not conclusively refute the hypothesis. What it refutes is the conjunction of sentences that was needed to imply the observation categorical. In order to retract that conjunction we do not have to retract the hypothesis in question; we could retract some other sentence of the conjunction instead.”

⁸⁹ See also Harman Gilbert, *Change in View. Principles of Reasoning* (The MIT Press 1986) 5 who, as an anonymous reviewer has pointed out — owe you coffee and croissant, thank you! — distinguishes on the one hand reasoning like *modus ponens* with both beliefs (chapters 1–7) and intentions (chapters 8–9) from, on the other hand, argument with principles of belief revision like for example the ‘get back principle’ (ibid. 58), ‘clutter avoidance’ (ibid. 55), ‘minimal change’ (ibid. 59) and ‘logical closure’ (ibid. 12): “[T]here is something wrong with one’s beliefs [or intentions, cf. ibid. 82 f.] if there is a proposition logically implied by them which one does not already believe. In that case one should either add the implied proposition to one’s beliefs or give up on one of the implying beliefs.” (Ibid. 12.)

⁹⁰ Kelsen (n 1) 229.

that doesn't make logic useless, quite the contrary. As the textbook cited by Kelsen points out “[if] a scientist [...] wish[es] to determine whether a possible hypothesis, which would account for the phenomena [s]he⁹¹ is investigating, is true or false [...] [t]he consequences are deduced, and, when possible tested. If the implied consequence is false, there is no reason to accept the hypothesis; if the implied consequence is true, then the hypothesis may be true.”⁹² Kelsen even quotes his fellow émigré⁹³ “[...] Popper [directly] [who] says: ‘The most important function of pure deductive logic is that of an organon of criticism [...]’”⁹⁴ and who in the cited 1961 talk on ‘Die Logik der Sozialwissenschaften’ before the ‘Frankfurt School’ in an after the war Tübingen,⁹⁵ goes on to explain that “[w]e can say: if all premisses are true and the inference valid, the conclusion *must* be true too; and hence, if in a valid inference the conclusion is false, it is not possible for the premisses to all be true,”⁹⁶ and for that reason speaks of deductive logic as “[...] not only the theory of the *transmission of truth* from the premisses to the conclusion, but [...] also the theory of the *re-transmission of falsehood* from the conclusion to at least one of the premisses”⁹⁷. To sum up, if the ‘theoretical syllogism’ — other than about an argument’s validity or consistency — doesn’t say anything about the truth of the statements in its premisses and conclusion, why should we expect the ‘normative syllogism’ to say anything about the validity of the norms?

3.2 Another Solution for a Kelsenian ‘Normative Syllogism’

If, like the ‘theoretical syllogism’, we understand the ‘normative syllogism’ as — apart from an argument’s validity or consistency — saying nothing about the validity of the norms in its major premiss and conclusion, the need for claiming that, unlike in the ‘theoretical syllogism’, in the ‘normative syllogism’ the validity of the individual norm in its conclusion, isn’t implicit in the validity of the general norm in its major premiss, magically disappears.

⁹¹ Susan L. Stebbing in the United Kingdom was the first woman to in 1933 be appointed to a full professorship in philosophy at Bedford, then Royal Holloway, now King’s College in London, cf. Beaney Michael, Chapman Siobhan, ‘Susan Stebbing’ *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (edited by Edward N. Zalta, Uri Nodelman, Fall 2022) < <https://plato.stanford.edu/entries/stebbing> > accessed 20 November 2009.

⁹² Stebbing (n 18) 8.

⁹³ Hans Kelsen (n 3), Karl Popper (n 82) and Alfred Tarski (n 48) all published in German before the stupidity of Nazism, together with many other scientists, intellectuals and artists, drove them out of — Kelsen (n 2), Popper (n 83), Tarski (n 49) — and darkness into the once brilliant German speaking world, cf. Watson Peter, *The German Genius. Europe’s Third Renaissance. The Second Scientific Revolution and the Twentieth Century* (Simon & Schuster 2010).

⁹⁴ Karl Popper, cited in: Kelsen (n 1) 191.

⁹⁵ Popper’s talk launched the ‘Positivismusstreit’ between him and the ‘Frankfurt School’ of Max Horkheimer, Theodor W. Adorno and Jürgen Habermas, cf. Adorno Theodor W. et al. (ed.), *Der Positivismusstreit in der deutschen Soziologie* (Luchterhand 1969).

⁹⁶ My translation of his talk held and published in German: “Wir können sagen: Wenn alle Prämissen wahr sind und der Schluß gültig ist, dann *muß* [!] auch die Konklusion wahr sein; und wenn daher in einem gültigen Schluß die Konklusion falsch ist, so ist es nicht möglich, daß die Prämissen wahr sind.” See Popper Karl, ‘Die Logik der Sozialwissenschaften’, in Adorno et al. (n 95) 116.

⁹⁷ *Ibid.* 116; trans- and retransmission remind of ‘reflective equilibrium’ see footnote number 107.

Sorry, but read that again!⁹⁸ If we don't want the individual norm in the conclusion of an argument to be valid, we can either claim that, because the validity of the individual norm isn't implicit in that of the general norm, the argument is invalid — and give up logic⁹⁹ — or, if we feel more humble, question law¹⁰⁰ and argue that the general norm in the major premiss must be invalid. Of course, what we can also do, is take the easy way out and argue that the statement in the minor premiss is false.¹⁰¹ Remember, that for a conclusion to be true or valid, both the argument needs to be valid, that is, the conclusion must follow from the premisses, and (!) its premisses must be true or valid. If, like Kelsen, we want to deny a conclusion's validity, we can either argue that the argument is not valid, that is, the conclusion doesn't follow from the premisses, or we can argue the premisses aren't true or valid. We can give up logic or question law. Kelsen goes for the former, I go for the latter. Why give up logic, when you can question law? Like Kelsen says himself: “[I]t would be an absurd fiction to suppose that in the legislator's act of will of which the general norm is the meaning there are already implicit all the possible acts of will whose meanings are the individual norms corresponding to the general norm.”¹⁰² The legislator is not omniscient. From time to time her¹⁰³ general norms can and will turn out to be at least in part invalid, that is, either overbroad or underinclusive. And, in case the application of a general norm leads to what, we think, is an invalid individual norm, the corresponding general norm must be, at least in part, invalid too. It is overbroad or underinclusive and must be narrowed or broadened by way of teleological reduction or analogy. We must endeavour to make our general norms consistent with our individual norms and since logic is what enables us to assess that consistency, we shouldn't sacrifice it: While logic without law is worth less, law without logic is worthless.

This rather 'technical' fix has some very important consequences — it saves logic — but, I think, otherwise fits quite well with Kelsen's theory of law and morality. The price to pay is the sacrifice of the 'unquestionability' of law's validity. But, who wants that? — And, considering that, according to Kelsen, a general norm's validity in order to become an individual norm must be recognized anyway, that's a small or no price to pay. Kelsen pays it too. But Kelsen pays more, much more: he gives up logic. With the nickles and dimes, Kelsen gives away his wallet and his bank account. If, for whatever reason, we want to refuse to posit an individual norm, we don't need to claim it isn't implied by the corresponding general norm, a norm we must recognize anyway, we can just claim the general norm must be invalid, because the individual norm is invalid. That's enough. Anything more, is too much. We don't need to give up logic whole, bones and all,¹⁰⁴ we can sacrifice a law. Although, in that it re-establishes the analogy between the truth of a statement and the validity of a norm, this 'small' change

⁹⁸ I try to write as clearly as possible, but sometimes my best isn't good enough.

⁹⁹ Logic tells us ' $A \rightarrow B, A, \neg B$ ' is inconsistent, that is, we must give up either logic and consistency — please don't! — one our premisses ' $A \rightarrow B$ ' and ' A ' or conclusion ' $\neg B$ '.

¹⁰⁰ That is, we can argue ' $A, \neg B \vdash \neg(A \rightarrow B)$ ' and give up general norm ' $A \rightarrow B$ '.

¹⁰¹ Or, we can argue, ' $A \rightarrow B, \neg B \vdash \neg A$ ' and give up statement ' A '.

¹⁰² Kelsen (n 1) 238.

¹⁰³ Justitia, 'Lady Justice', the Roman Goddess is depicted as a woman.

¹⁰⁴ I think I'm falling in love with you, crazy little diamond. May Niki be our angel.

in interpretation is clearly against his word, it doesn't do away with Kelsen's theory of law and morality. How so?

In my understanding, one of the central claims in Kelsen's theory is what he calls the 'autonomy of morality'. I think it's one of the things which together with his relativistic theory of justice make Kelsen Kelsen. According to Kelsen, the "[...] *autonomy of morality* consists [...] in the fact that the application of a general norm to a concrete case [...] is conditional upon the recognition of the validity of the general norm for the concrete case on the part of the individuals whose behaviour is decreed to be obligatory by the general norms of the [legal or] moral order"¹⁰⁵. That recognition depends on the standard used to assess the validity of the general norm and, since, according to Kelsen's 'relativistic theory of value' "[...] every moral system can serve as such[,] [...] the standard of evaluation is relative"¹⁰⁶. If together with logic we insist on the consistency of the validity of general with individual norms we give more weight to the autonomy of morality. In case a general norm of law implies an individual norm that according to our morality shouldn't be valid, we can argue that the corresponding general norm shouldn't be valid either. Consistency is what enables us to not only transmit the validity of the general to the individual norm, but also to re-transmit the invalidity of the individual to that of the general norm. It enables us to keep general and individual norm in a 'reflective equilibrium'.¹⁰⁷ In giving us a separate standard for the evaluation of the general and individual norms of law, the autonomy of morality provides us with a way to critique the law without endangering its internal consistency. However, this critique depends upon both the subject of that critique, morality, and its object, law, being in themselves consistent. If we choose to give up the consistency of either law or morality, we are also giving up the possibility for their critique.¹⁰⁸

Moreover, if like Kelsen, you believe not in an 'absolute' but 'relativistic theory of value', logic and consistency — together with reality — are the only things that put any kind of restriction on your law and morality. How much of a restriction, is up for debate, but you

¹⁰⁵ Ibid. 237.

¹⁰⁶ Kelsen (n 50) 67.

¹⁰⁷ The term was coined by philosopher of law Rawls John, *A Theory of Justice* (Belknap Press 1971) 20, who uses the method of "[...] going back and forth, sometimes altering the conditions of the contractual circumstances, at others withdrawing our judgments and conforming them to principle," in order "[to] find a description of the initial situation that both expresses reasonable conditions and yields principles which match our considered judgments duly pruned and adjusted," what is "[...] an equilibrium [!] because at last our principles and judgments coincide," and "[...] is reflective [!] since we know to what principles our judgments conform and the premises of their derivation." Rawls got the idea, see his footnote no. 7 on p. 20, from fellow American philosopher of science Goodman Nelson, *Fact, Fiction and Forecast* (4th ed., Harvard University Press 1983) 63 f., who puts it more succinctly: "A rule is amended if it yields an inference we are unwilling to accept; an inference is rejected if it violates a rule we are unwilling to amend."

¹⁰⁸ Similarly Karl Popper who in the talk on 'Die Logik der Sozialwissenschaften' (n 95) that is cited by Kelsen points out that "[d]ie wichtigste Funktion der reinen deduktiven Logik ist die eines Organons der Kritik," (ibid. 115) because "[...] alle rationale Kritik hat die Form, daß aus der zu kritisierenden Behauptung unannehmbare Folgerungen abgeleitet werden. Gelingt es uns [...], dann ist die Behauptung widerlegt" (ibid. 116).

shouldn't give that up too.¹⁰⁹ I believe that identity, sameness and similarity as three kinds of ever looser 'consistencies' for the sake of possibility, predictability and justice — who but bigots, tyrants and psychopaths likes injustice, unpredictability and impossibility? — make for ever stronger restrictions,¹¹⁰ but that is for another, longer article: developing a 'natural law' out of nothing, but 'consistency'.

4. Appendix: Modus Tollens and the 'Material Implication'

In an argument of the logical form of *modus ponens*, that is, ' $A \rightarrow B, A \vdash B$ ' (2), we from the major premiss 'All swans are white,' together with the affirmation of its antecedent, the minor premiss 'This bird is a swan,' have drawn the conclusion that 'This bird is white.' (1). In the argument:

All swans are white.
 This bird is not white. (6)
 This bird not a swan.

we don't affirm the antecedent of the major premiss, but deny its consequent and draw the conclusion that the antecedent's negation must hold. This argument or inference (6) has the logical form of so-called *modus tollens*:¹¹¹

$A \rightarrow B, \neg B \vdash \neg A$ (7)

Like *modus ponens*, *modus tollens* is a valid form or rule of inference, because "[...] the premisses cannot be true and the conclusion false," or what is the same "[...] the

¹⁰⁹ Although I agree with the claim made by 'Frankfurt School' recruit Theodor W. Adorno that, just like in law, in sociology "System und Einzelheit sind reziprok und nur in ihrer Reziprozität zu erkennen," as cited in: Habermas Jürgen, 'Analytische Wissenschaftstheorie und Dialektik,' in Adorno et al. (n 95) 155, his disciple is, I think, wrong in saying that this "[...] überschreitet [...] die Grenzen formaler Logik, in deren Schattenreich Dialektik selber nicht anders scheinen kann denn als Schimäre," (ibid. 155) because logic doesn't need to stop at first, but can extend over second and ever higher orders. Also, I can't be but amazed at their fear of logic: "Argumente, die sich der analytischen Wissenschaftstheorie anvertrauen, ohne auf deren Axiomata einzugehen [...] geraten in die logische Höllenmaschine. [...] Damit [die Diskussion] überhaupt möglich sei, muß sie nach der formalen Logik verfahren. [...] Gedanken indessen, welche die kritische Selbstreflexion des Primats der Logik in sachhaltigen Disziplinen fordern, geraten unvermeidlich in taktischen Nachteil. Sie müssen mit Mitteln, unter denen die logischen sich behaupten, über Logik nachdenken." Adorno Theodor W., 'Einleitung,' in Adorno et al. (n 95) 8.

¹¹⁰ Idea being, that (1) for the sake of possibility, you shouldn't make different decisions for one and the same, identical case; (2) for the sake of predictability, you shouldn't make different decisions for different cases of the same type; and (3) for the sake of justice, you shouldn't make different decisions for cases of different, but similar type. Which get's you from (0) a reign of terror, over (1) enlightened absolutist rule, and (2) the iron rule of law and order, to (3) our modern republican ideal of justice.

¹¹¹ Again, in simplified form; being a quantified statement, its major premiss 'All swans are white,' would have to be expressed not in *propositional*, but *first order predicate logic* as ' $\forall x(Sx \rightarrow Wx)$ ', read: for all objects 'x', if 'x' is a swan, then 'x' is white, what, bird 'b' being such an object 'x', we would have to 'instantiate' to ' $Sb \rightarrow Wb$ ', read: if 'b' is a swan, then 'b' is white, before we could argue that ' $Sb \rightarrow Wb, \neg Wb \vdash \neg Sb$ '.

truth of the premisses necessitates the truth of the conclusion,¹¹² what, again, can be proved with help of a truth table:¹¹³

Table 2: Truth table for validity of *modus tollens*

	A	B	$((A \rightarrow B))$	\wedge	$\neg B$	\rightarrow	$\neg A$
1	T	T	T	F	F	T	F
2	T	F	F	F	T	T	F
3	F	T	T	F	F	T	T
4	F	F	T	T	T	T	T

Modus tollens enables us to take the easy way out and if, our bird isn't white, argue that it isn't, because it isn't a swan, but a flamingo.¹¹⁴ However, if our bird, although not white, is a swan, we must conclude that there is a swan that isn't white or, what is the same,¹¹⁵ not all swans are white:

This bird is a swan.

This bird is not white.

(8)

Not all swans are white.

that is, we make an argument (8) of the following logical form:¹¹⁶

$A, \neg B \vdash \neg(A \rightarrow B)$

(9)

which is part of the broader 'definition' of the material conditional (' \rightarrow ')¹¹⁷ and just like *modus ponens* and *modus tollens* a valid form or rule of inference, because "[...] the premisses

¹¹² Again, Stebbing (n 18) 6.

¹¹³ The argument ' $A \rightarrow B, \neg B \vdash \neg A$ ' is valid, if its premisses ' $A \rightarrow B$ ' and ' $\neg B$ ' can't be true and its conclusion ' $\neg A$ ' false (see n 112), that is, if ' $((A \rightarrow B) \wedge \neg B) \rightarrow \neg A$ ' is a tautology. Truth table (2) proves ' $((A \rightarrow B) \wedge \neg B) \rightarrow \neg A$ ' is a tautology, that is, true under all possible combinations of truth values for ' A ' and ' B ' (rows 1–4), hence it's always or vacuously true, its truth follows from nothing, but its form: ' $\vdash ((A \rightarrow B) \wedge \neg B) \rightarrow \neg A$ '.

¹¹⁴ Flamingos are pink, because with their brine shrimp they eat their carotenoids.

¹¹⁵ 'There is a swan that isn't white.' can be expressed in first order predicate logic as ' $\exists x(Sx \wedge \neg Wx)$ ' what is the same as ' $\neg \forall x(Sx \rightarrow Wx)$ ' or 'Not all swans are white.'

¹¹⁶ Again, in simplified form; because, while we can argue ' $Sb, \neg Wb \vdash (Sb \wedge \neg Wb)$ ' and, since ' $Sb \wedge \neg Wb$ ' is equivalent to ' $\neg(Sb \rightarrow Wb)$ ' (see n 117), also ' $Sb, \neg Wb \vdash \neg(Sb \rightarrow Wb)$ '; in order to get to quantified statements like 'There is a swan that isn't white.' or 'Not all swans are white.' we cannot use *propositional*, but have to use *first order predicate logic*. Doing so, because bird ' b ' is an object ' x ', from ' $Sb \wedge \neg Wb$ ', read: ' b ' is a swan and ' b ' isn't white, we can 'instantiate' that there is an object ' x ' which is a swan and which isn't white or ' $\exists x(Sx \wedge \neg Wx)$ ' what is equivalent to ' $\neg \forall x(Sx \rightarrow Wx)$ ' (see n 115), read: it is not the case that for all objects ' x ', if ' x ' is a swan, then ' x ' is white.

¹¹⁷ The material conditional (' \rightarrow ') can be 'defined' syntactically by way of the equivalences ' $A \rightarrow B \equiv \neg A \vee B$ ' and ' $A \rightarrow B \equiv \neg(A \wedge \neg B)$ ' or semantically by way of a truth table where ' $A \rightarrow B$ ' is false if ' A ' is false and ' B ' is true (row 2) and otherwise true (rows 1, 3, 4).

cannot be true and the conclusion false,¹¹⁸ what we, once more, can prove with the help of a truth table:¹¹⁹

Table 3: Truth table for validity of ‘ $A, \neg B \vdash \neg(A \rightarrow B)$ ’

	A	B	$(A \wedge \neg B)$	\rightarrow	$\neg(A \rightarrow B)$
1	T	T	F	T	F
2	T	F	T	T	T
3	F	T	F	T	F
4	F	F	F	T	F

¹¹⁸ One last time, Stebbing (n 18) 6.

¹¹⁹ Argument ‘ $A, \neg B \vdash \neg(A \rightarrow B)$ ’ is valid, if its premisses ‘ A ’ and ‘ B ’ can’t be true and its conclusion ‘ $\neg(A \rightarrow B)$ ’ false (see n 118), that is, if ‘ $(A \wedge \neg B) \rightarrow \neg(A \rightarrow B)$ ’ is a tautology. Truth table (3) proves ‘ $(A \wedge \neg B) \rightarrow \neg(A \rightarrow B)$ ’ is a tautology, that is, true under all possible combinations of truth values for ‘ A ’ and ‘ B ’ (rows 1–4), hence it’s always or vacuously true, its truth follows from nothing, but its form: ‘ $\vdash (A \wedge \neg B) \rightarrow \neg(A \rightarrow B)$ ’.



Treatise

Diskursivní model aplikace práva

Discursive Model of Application of Law

Vojtěch Jarkovský

Vojtěch Jarkovský je studentem posledního ročníku magisterského studia na Právnické fakultě Masarykovy univerzity. Předmětem jeho zájmu je obecná hermeneutika, a zvláště hermeneutika práva, včetně diskursivní teorie právní metodologie. Tomuto tématu se věnoval již ve své práci SVOČ.

Abstrakt

Jürgen Habermas věnoval velkou část života diskursivní teorii, vycházející z jeho filosofie komunikativního jednání. Tato teorie nachází své uplatnění i v prostoru práva. Zde se nicméně soustředí primárně na nejfundamentálnější otázky práva jako takového. Svůj prostor má nicméně i v prostředí aplikace a interpretace práva. Právě vymezení prostoru diskursivní teorie v aplikaci práva je hlavním cílem tohoto článku. Za tím účelem je nezbytné vymezit diskursivní metodologii práva, najít analyticky citlivé vymezení aplikace práva a prozkoumat hlubinu aplikace prostřednictvím perspektivy diskursu.

Klíčová slova: diskursivní teorie, diskursivní metodologie, aplikace práva, správní právo

Abstract

Jürgen Habermas devoted a large part of his life to discursive theory, based on his philosophy of communicative action. This theory also finds application in the field of law. In which, however, it focuses primarily on the most fundamental questions of law as such. Nevertheless, the theory also has place in the application and interpretation of law. The main objective of this article is to define the scope of discursive theory in the application of law. To this end, it is necessary to define the discursive methodology of law, find an analytically sensitive definition of the application of law, and explore the depth of application through the perspective of discourse.

Keywords: discursive theory, discursive methodology, application of law, administrative law

Úvod

Interpretace a aplikace práva patří přinejmenším od hermeneutické revoluce 19. století mezi nejvýznamnější a nejživější otázky právníckého myšlení.¹ K tomuto tématu vznikají mnohé diskuse a přibývají nová témata a nové směry, jejichž průzkum je třeba považovat za mimořádně významný, neboť metodologie aplikace práva přímo realizuje podstatu práva samotného.

Mezi recentní, jakkoliv již ne žhavé příspěvky k této diskusi patří bez dalšího i diskursivní teorie Jürgena Habermase, které v českém právním prostředí nebylo věnováno nikdy mnoho prostoru.² Cílem tohoto článku je přispět alespoň částečně k nápravě tohoto přehlédnutí české právní teorie a pomoci tak k jejímu dalšímu rozvoji.

Otázkou, kterou si v této práci kladu, je, v jaké míře lze diskursivní teorii, a z ní plynoucí více či méně konkrétní předpoklady a pravidla vedení diskursu, budovanou původně na úrovni legitimity samotného práva jako takového, použít při aplikaci práva při respektu k požadavkům kladeným právem na jednotlivé procesy. Přitom považuji za zcela nezbytné užít takového konceptu aplikace práva, který umožní dostatečné prozkoumání diskursivních pravidel v celku práva. Na jednotlivých aplikačních procesech se pokusím demonstrovat prostor pro komunikativní racionalitu i pro jednotlivá pravidla diskursu.

Za svůj první úkol tak považuji vymezení samotné koncepce diskursivní teorie Jürgena Habermase. Jeho teorie prošla poměrně složitým vývojem a nelze ji považovat za v čase neproměnlivou. Pracovat budu s její novější variantou, která nepracuje s konceptem konsensuální pravdy vycházející z diskursu. Bude se mi tedy jednat o variantu, v níž je výsledkem diskursivního procesu nikoliv jediná možná pravda, ale aktuálně nejlepší možný výsledek.³ Nebudu rovněž vycházet ze, snad slavnější, variace této teorie z pera Roberta Alexyho, jejíž východiska jsou oproti teorii Habermasově silně non-pozitivistická.⁴ Tato práce vychází z východiska možného pojmového odloučení práva a morálky, tato teorie by pro ni tedy nebyla vhodná. Soustředit se přitom nebudu tolik na filosofické ukotvení diskursivní teorie, jako spíše na její jednotlivá pravidla, která považuji za důležitější pro

¹ K počátkům moderní hermeneutiky viz Stephan Meder, *Mißverstehen und Verstehen* (Mohr Siebeck 2004) 9. Ten je pokládá k Savignymu (Friedrich Carl von Savigny, *System des heutigen römischen Rechts* [Berlin Veit 1840] 213) a Schleiermacherovi (Friedrich Schleiermacher, *Hermeneutik und Kritik* [původní datum publikace 1938, Suhrkamp 2011]).

² Katarzyna Żák Krzyżanková, *Právní interpretace – Mezi vysvětlováním a rozuměním* (Wolters Kluwer 2019) 240–248; Tomáš Sobek, *Právní myšlení* (Aleš Čeněk 2011) 130–137; Lukáš Hlouch, *Teorie a realita právní interpretace* (Aleš Čeněk 2011) 162–204; nebo Jan Tryzna, *Právní principy a právní argumentace* (Auditorium 2010) 88–90, 93–96. Poslední jmenovaný vychází mj. z Eveline T. Feteris, *Fundamentals of Legal Argumentation* (Springer Dordrecht 2017) 77–93, 117–154. Nečiním si přitom nárok na úplné vyjmenování příspěvků, jedná se jen o výběr nejzajímavějších. Zvláštní postavení pak má Tatiana Machalová, *Tradice a perspektivy racionalistického právního myšlení* (Masarykova univerzita 2004), na kterou navazuje třeba právě Hlouch.

³ Maeve Cooke, „Meaning and truth in Habermas’s pragmatics“ (2001) 9 (1) *European Journal of Philosophy* 1, 8.

⁴ Viz ostatně Robert Alexy, *Recht, Vernunft, Diskurs* (Suhrkamp 1995) 174. Netvrdím, že Habermasova teorie není non-pozitivistická, tento její základ se však výrazněji neprojevuje při aplikaci práva. Při snížení nároků by přitom bylo možné přirozenoprávní prvky zcela vyloučit.

otázku aplikačního diskursu. Proč tuto teorii považují za užitečnou? Souhlasím s jejím hlavním autorem, že je to nejen argumentace v procesu použitá, ale rovněž samotná struktura procesu, co ovlivňuje kvalitu výsledků. Pro co nejkvalitnější závěry je tedy potřeba prozkoumat proces sám. V práci vymezená pravidla by pak měla vést k maximalizaci schopnosti diskursu generovat co nejlepší výsledky.

Druhá kapitola připraví terminologické zázemí pro samotný rozbor otázky aplikačního diskursu. Jedná se v prvé řadě o nutnost řádného vymezení pojmu aplikace práva. Ten je sice v domácím prostředí zažitý, osobně však jeho uchopení považuji za spíše nešťastné. Pojem, jak je v současnosti chápán, se mi nezdá neurčitý či nejasný, jako spíše nevhodný. Odděluje poměrně silně jednotlivé formy projevu práva ve světě, aniž by pro to bylo dobré ospravedlnění, a redukuje tak naše myšlení o právu. Takové vymezení by přitom mohlo být nevhodné právě z hlediska diskursivní teorie, kterou zde považuji za relativní, tj. využitelnou v různém rozsahu pro jednotlivé formy aplikace práva, přičemž v kontextu toho, co standardně rozumíme aplikací práva, tj. aplikaci práva soudy, je její využití nejproblematictější.

Posledním zmíněným tématem se tak zabývá poslední, syntetická kapitola. Jejím cílem bude vzít pravidla vedení diskursu, jak je nastíním v kapitole první, a vymezit jejich prostor v aplikaci práva, kterou terminologicky pojmu podle části druhé. Výsledkem práce by tak měla být demonstrace, jakkoliv jistě ne hloubková, míry uplatnění pravidel pro vedení diskursu v jednotlivých procesech aplikace práva. Taková analýza tedy nemá být detailním průzkumem, jako spíše typovým nastíněním.

Výsledek práce by tedy měl ukázat, jaký je prostor pro realizaci diskursivních pravidel v jednotlivých typech aplikace práva tak, aby bylo možné generovat v nich co nejlepší výsledky založené na korektním procesu aplikace samé.

1. Diskursivní teorie

Po vzoru etiky můžeme i v právní metodologii rozlišovat tři úrovně jejího zkoumání.⁵ První úroveň, které je nejen v našem prostoru věnováno velké množství prostoru, je úroveň materiální. Ta nám může poskytnout věcné argumenty ovlivňující výsledek procesu aplikace, případně interpretace práva. Může nám pomoci v procesu hledání nejsprávnějšího možného řešení projednávaného případu tím, že nám poskytne dobré důvody pro konkrétní závěr. Stejně tak nám může pomoci v analýze poskytnutých důvodů (argumentů), posouzení, zda jsou korektní, či nikoliv.⁶ Jedná se v podstatě o složku zabývající se obsahem procesu argumentace.

Vedle ní stojí procedurální složka metodologie. Ta nám neposkytuje argumenty rozhodné pro výsledek procesu, ale strukturuje proces sám. Ukazuje nám, za jakých podmínek

⁵ Ve smyslu, v jakém rozlišujeme například materiální a procedurální etické teorie. Obě kategorie jsou přitom mimořádně významné. Charles Tylor, „Sprache und Gesellschaft“ in Axel Honneth, Hans Joas, *Kommunikatives Handeln. Beiträge zu Jürgen Habermas' „Theorie des kommunikativen Handelns“* (Suhrkamp 1986) 44–45. Nad zmíněnými kategoriemi stojí metaetika, zabývající se základem jednotlivých teorií.

⁶ Tak je třeba dbát obzvláštní opatrnosti při použití tzv. argumentačních faulů, tedy argumentů či figur, které mohou snadno postrádat věcný obsah. Viz Marek Káčer, *Argumentačné fauly v práve* (Leges 2022). Ze zahraniční literatury např. Thomas Bustamante, Christian Dahlman (eds), *Argument Types and Fallacies in Legal Argumentation* (Springer Cham 2015) 3–91.

a předpokladů můžeme naplnit účel daného procesu. Například dojít – za pomoci materiálních argumentů – k věcně korektnímu aktu aplikace práva či k nejhodnějšímu výkladu sporného ustanovení. Může nám pomoci ve vhodném strukturování procesu, připouštění účastníků či v rozhodnutí, jak a jaký jazyk užívat.⁷ Je-li věnováno poměrně mnoho prostoru složce materiální, u složky procedurální o témž hovořit nelze.⁸

Poslední možnou složkou je metodologická meta-úroveň. Ta zkoumá podmínky metodologie samé, tj. podmínky uplatnění obou zbylých složek. Říká nám, co je cílem jejich aplikace či výkladu⁹, jaké jsou jejich limity a jaké jsou limity subjektů, které na nich participují.¹⁰

Předmětem této práce je výhradně složka procedurální. O té nejenže v českém prostředí nevzniklo mnoho textů, ale byla i bagatelizována, například odkazy na složku materiální.¹¹ Procedurální složka se soustředí na otázku, za jakých okolností jsme (za použití materiálních argumentů) schopni dojít nejlepších výsledků.¹² Za nejvýznamnější zvláštní procedurální teorii lze považovat Habermasovu teorii diskursu,¹³ případně modifikovanou dílem Roberta

⁷Hlouch (n 2) 68 a násl.

⁸Jedním z posledních příspěvků je i Ondřejkova kniha *Defragmentation of Law*. Je ovšem třeba připomenout, že stejně živá a plodná je dodnes debata mezi originalisty a aktualisty, která u nás není tak vášnivá jako mj. debata o výkladu ústavy USA, viz například David Strauss, *The Living Constitution* (Oxford University Press 2010). Procedurální složce je prostor rovněž věnován, jakkoliv nepoměrně menší. V českém prostředí mj. Hlouch (n 2), který se i procedurální složce metodologie věnuje. Z poslední doby lze vyzdvihnout text Lindy Tvrđíkové *Rozum a cit při interpretaci práva* (Wolter Kluwer 2025). Ze zahraniční literatury lze k procedurální složce vzpomenout například Frans H. van Eemeren, „From Ideal Model of Critical Discussion to Situated Argumentative Discourse: The Step-by-Step Development of the Pragma-Dialectical Theory of Argumentation“ in Frans H. van Eemeren, *Reasonableness and Effectiveness in Argumentative Discourse* (Springer Cham 2015) 127.

⁹Filip Melzer, *Metodologie nalézání práva* (C. H. Beck 2011) 80 a násl.

¹⁰Hans Georg Gadamer, *Pravda a metoda I* (Triáda 2020) 236. Nutno podotknout, že se nepokouším o kompletní výčet obsahu jednotlivých kategorií.

¹¹K takové bagatelizaci přispěl například Weinberger. (Ota Weinberger, *Norma a instituce* [Aleš Čeněk 2017] 214) Ten bagatelizoval význam diskursivní teorie v Alexyho podání tím, že by snad diskursivní teorie měla nevhodně nahrazovat věcný základ argumentace. Píše: „Vědecký důkaz a odůvodnění hledají objektivní kritéria platnosti a argumentů – samotné procedurální momenty platnost argumentace nezaručují. Nové koncepce teorie vědeckých důkazů je třeba formovat v rámci vědeckého pokroku. Ten mj. spočívá v konstituování či rekonstrukci pojmového aparátu. Ani optimální forma diskursu ani časová neomezenost (u ideální rozpravy) není zárukou vhodnějšího způsobu myšlenkového postupu, natožpak objevení ideálních teorií nebo nejhodnějších metod, respektive absolutní správnosti závěrů rozpravy.“ Jakkoliv lze jistě ocenit důraz na zkoumání právníckého jazyka, nelze opominout, že se jedná o částečné zkreslení Alexyho myšlenek. Ten se tak věnoval mimo jiné logické struktuře argumentačních kánonů (Robert Alexy, *A Theory of Legal Argumentation. The Theory of Rational Discourse as Theory of Legal Justification* [Oxford University Press 2010] 234) a místu těchto kánonů v diskursu (ibid. 244). Vědom si byl i významné úlohy jazyka v právu, jakkoliv lze souhlasit, že této oblasti dostatek prostoru nevěnoval (ibid. 190–191). Sotva jej však lze obviňovat z nedostatku pozornosti věcné stránce metodologie. Habermase nelze obviňovat ani z nedostatku pozornosti věnované jazyku – diskursivní teorii pravdy buduje mimo jiné na konzistenci zvoleného jazykového systému. Jürgen Habermas, *Vorstudien und Ergänzungen zur Theorie des kommunikativen Handelns* (Suhrkamp 1995) 166.

¹²Sobek (n 2) 123.

¹³Habermas se nesoustředil primárně na metodologii práva, jednalo se mu spíše o platnost práva a jeho legitimitu. I k metodologii se však ve své rozsáhlé publikaci vyjádřil, mj. odmítá monologickou teorii právní interpretace. Jürgen Habermas, *Between Facts and Norms* (MIT Press 1996) 223–224.

Alexyho, který na Habermase navazuje.¹⁴ Vliv nicméně nebyl zcela jednostranný, Alexy rovněž ovlivnil myšlení Habermasovo.¹⁵ Právě Habermasově teorii se zde budu věnovat.

Diskursivních teorií je mnoho. Vše závisí na širší pojetí pojmu diskurs. Stojí zde široká plejáda přístupů od Habermasovy koncepce diskursivní argumentace přes novou rétoriku Chaïma Perelmana, novou topiku Theodora Viehwega, ale rovněž archeologickou metodu Foucaultovu.¹⁶ A bylo by možné pokračovat. Tyto teorie přitom lze dělit několika způsoby. Lze oddělovat diskursy epistemické a dialogické,¹⁷ přičemž pouze ty druhé jsou pro budování právní metodologie zajímavé. Tatáž skupina teorií, zde reprezentovaná Habermasem, Perelmanem a Viehwegem, přitom patří do skupin teorií dialogických i v dělení na procedurální modely dialogické a monologické, viz níže.¹⁸ V tom smyslu lze přitom mezi pojmem dialogický v tomto druhém smyslu a pojmem diskursivní (v širším smyslu) načrtnout rovnítko, neb se jedná o souhrnné označení teorií postavených na bázi argumentace.¹⁹ Mezi nimi je pro tuto práci zajímavá jen teorie Habermasova (diskursivní teorie v užším smyslu).

Ani jednu z těchto koncepcí však nelze označit za dominující současnému myšlení o aplikaci práva.²⁰ Dominantní zůstává pojetí, které lze spojit se jménem Ronalda Dworkina. Jedná se o „klasický“, monologický model, který k metodologii přistupuje prismatem rozhodující osoby a jejího rozumu.²¹ Tento model se soustředí na intelektovou linii, kterou rozhodující orgán dochází k závěru o řešeném případě. Tento přístup (o zvláštní formulované teorii patrně hovořit nelze) je obecně akceptovaný. To plyne právě z toho, že struktura rozhodovacího procesu není většinou věnována zvláštní pozornost. Předmětem zájmu pak bývají výhradně materiální argumenty, se kterými je v rámci procesu zacházeno víceméně podle potřeby. Proti tomuto modelu se vysloveně staví například Habermas, kritizuje-li za něj Ronalda Dworkina a jeho metaforického soudce Herkula.²²

¹⁴ Alexy (n 11).

¹⁵ Jürgen Habermas, *Moral Consciousness and Communicative Action* (Polity Press 2007) 87.

¹⁶ Viz Michel Foucault, *Archeologie vědění* (Hermann a synové 2016).

¹⁷ Epistemická v tomto hrubém dělení bude teorie Foucaultova. Paroussis nabízí dělení na teorie epistemicko-institucionální, strukturální a dialogické. Foucault by zde patřil do kategorie první. Viz Michel Paroussis, *Theorie des juristischen Diskurses. Eine institutionelle Epistemologie des Rechts* (Duncker & Humblot 1995) 15.

¹⁸ Za vysloveně diskursivní považuje Perelmanovu teorii Žák Krzyžanková (n 2) 236 a násl. Ale i Brožek a Stelmach, kteří odlišují topicko-rétorickou teorii diskursu (Perelman, Viehweg) a teorie procedurální. Tak tedy další dělení dialogických procedurálních teorií. Jerzy Stelmach, Bartosz Brożek, *Methods of Legal Reasoning* (Springer 2006) 132–145.

¹⁹ Pojem dialogický je zde přitom hodný preference, neb nepřináší terminologické zmatení. V případě, že bychom proti monologickým koncepcím vymezili teorie diskursivní, museli bychom hovořit o diskursivních teoriích v širším smyslu, Habermasův přístup by pak byl diskursivní teorií v užším smyslu.

²⁰ Nejvýraznějšího vlivu v německojazyčném prostředí patrně dosahuje právě Habermasův, případně Alexyho diskursivní přístup. Viz například Klaus Röhl, Hans Christian Röhl, *Allgemeine Rechtslehre* (Carl Heymanns Verlag 2008) 181.

²¹ Jedná se v podstatě o spor monologismu (představy možnosti subjektivního rozumu odhalit pravdu) a dialogismu (intersubjektivního nalézání pravdy v rozpravě).

²² Habermas (n 13) 223.

1.1 Diskursivní metodologie Jürgena Habermase

Habermas tedy zpochybňuje představu možnosti jediného člověka dojít svým rozumem ke správným závěrům. Je podle něj pravděpodobnější, že ke správným závěrům (pravdě)²³ dojdeme v rámci komunikace s dalšími osobami.²⁴ V tom smyslu hovoří o komunikativní racionalitě, kterou vymezuje proti klasické Weberově strategické racionalitě. Komunikativní racionalita není zaměřena na individuální výsledek, ale na vzájemné mezilidské porozumění, které právě dovoluje dobrat se nejlepších možných závěrů.²⁵ Taková komunikace, či šířeji pragmatika, se totiž nesoustředí výhradně na předávání informací, ale na celek lidského jednání, je diskursem, tj. modelem mezilidského jednání formalizovaného charakteru. Je to právě komunikativní racionalita jako modus spolupráce, která umožňuje diskurs.

Diskurs musí dostat jistým formálním požadavkům, tj. řídit se pravidly.²⁶ Správný tedy není libovolný výsledek vzešlý z libovolné konverzace, nýbrž pouze takový výsledek, který může vznést nárok na oprávněnost, tj. ten, který je výstupem z argumentačního diskursu jisté struktury.²⁷

Habermas vymezil některé formální požadavky na diskurs prostřednictvím jeho idealizace. Přichází tedy s představou ideální řečové situace.²⁸ Ta vychází z principu diskursivní symetrie, tj. možnosti participantů zapojit se do diskuse za rovných podmínek s možností skutečně ovlivnit její výsledek.²⁹ Taková situace musí podle něj dostat čtyřem podmínkám:

- 1) Účastníci musí být komunikativně kompetentní.³⁰ Podmínku lze považovat za splněnou, mají-li účastníci diskursu stejnou možnost pomocí argumentů a protiargumentů vést a prodlužovat diskusi.³¹
- 2) Všechna témata musí být vystavena diskursu (přechodu úrovní diskursu) a všichni účastníci se mohou diskuse o nich účastnit.³²

²³ Slovo *pravda* v této práci volně zaměňuji se „správným“ nebo „nejlepším“ závěrem. Jakkoliv lze vést debatu o pravdivostním hodnocení závěrů plynoucích z právních procesů, tj. debatu o výkladovém kognitivismu a non-kognitivismu, není tato předmětem této práce. Viz Pierluigi Chiassoni, *Interpretation without Truth. A Realistic Enquiry* (Springer Cham 2019) 46, 47. Pojem pravdivosti navíc nese poměrně zásadní filosofické břemeno, ani to však do této práce nepatří.

²⁴ Chung-cheng Huang, *Das Verhältnis von moralischem Diskurs und rechtlichem Diskurs bei Jürgen Habermas* (Duncker & Humblot 2007) 21, 41.

²⁵ Poměrně přísné kritice podrobuje koncepci komunikativní racionality například německý filosof Hans Albert. I přes jeho antagonistickou kritiku lze nicméně Habermasův koncept přijmout v měkčí verzi jako specifické kategorie strategické racionality. Viz Hans Albert, *Kritik der Reinen Hermeneutik* (Mohr Siebeck 2012) 256.

²⁶ Habermas (n 11) 174.

²⁷ Ibid. 160.

²⁸ Ibid. 166.

²⁹ Huang (n 24) 43.

³⁰ Hlouch (n 2) 133, poznámka pod čarou 413.

³¹ Nutno zmínit, že samy o sobě mají tyto podmínky zaručit ideální řečovou situaci. Situace buď ideální je, nebo není. V tom smyslu se jedná o podmínky binární na úrovni naplněno/nenaplněno. Teorie však počítá s praktickou nemožností ideální řečové situace, k tomu viz níže.

³² Habermas (n 11) 177.

- 3) Upřímnost účastníků. Vyžaduje se, aby byli všichni participanti schopni reprezentovat své postoje (názory a emoce) a měli možnost tak činit. To by mělo zaručit upřímnost účastníků a dosáhnout tak konzistence jejich argumentů s jejich vnitřními postoji.³³
- 4) Konečně podmínka rovnosti nařizovacích kompetencí. Žádní účastníci by neměli disponovat nařizovacím privilegiem nad ostatními účastníky. Tj. vydávat příkazy, pokyny apod., všichni musí mít možnosti ve stejném rozsahu.³⁴

Habermas si je přitom vědom, že ideální řečová situace je dost dobře možná nedosažitelná. Každý diskurs bude v nějakém ohledu nedokonalý. Takové nedokonalosti jsou přijatelné. Vhodná je nicméně snaha o jejich minimalizaci a případné institucionální doplnění tam, kde jejich naplnění nedosahuje určitého standardu.³⁵ Za vhodné považují užít zde Alexyho slovníku a chápat pravidla diskursu jako příkazy k optimalizaci. Tj. jako něco, čeho je žádoucí dosáhnout v co největší uskutečnitelné míře vedoucí k nejjistějšímu naplnění standardů diskursu.³⁶

Vhodné je upozornit na to, že může nastat i jiná situace, než je popsána v předešlém odstavci. Sice taková, kdy jsou standardy diskursu do nějaké míry potlačeny institucionálním nastavením pravidel, podle nichž daný proces probíhá. V takovém případě je vhodné nastavit další mechanismy, vyvažující tuto nerovnováhu. Tak máme-li například v civilním soudním řízení omezený počet možných účastníků, je potřeba obzvláště dbát na to, aby byli účastníci zastoupeni právním zástupcem, což může být doplněno o možnost soudu přijímat dobrozdání ve formě podání *amici curiae*.

Ideální řečová situace je tedy opravdu ideálem, který se realizuje na škále, a to za použití dalších pravidel diskursu. Těch je celá řada. Habermas je přebírá od Alexyho, člení je však mírně odlišně.³⁷ Alexy sám volně navazoval na Habermasovy úvahy a jejich pojetí diskursu je tak do značné míry podobné. Přeci v něm existují mimořádně významné rozdíly, které nelze bagatelizovat.³⁸ Za patrně nejvýznamnější lze označit jejich neshodu na poměru obecného diskursu k diskursu právnímu.³⁹ Na pravidlech vedení diskursu se nicméně shodnou.

³³ Hlouch (n 2) 134, poznámka pod čarou 413. Tato podmínka nenutí účastníky k vyjadřování svých postojů „za každou cenu“. Její smysl je v podstatě takový, že daný diskurs musí být bezpečným prostředím, ve kterém se účastníci nebojí je prezentovat s obavou z možné sankce.

³⁴ Habermas (n 11) 178. Je třeba upozornit, že obzvláště tato podmínka může být v právním diskursu mimořádně problematická. Tematizováno níže v textu.

³⁵ Habermas (n 11) 189–180. Příkladem k oblasti práva může být poučovací povinnost soudce, která je zvýšená tam, kde je naopak snížena diskursivní schopnost participanta – tj. není-li například zastoupen právním zástupcem. V takovém případě lze říci, že zisk je absolutní, tj. v daném procesu dochází k navýšení splnění standardů ideální řečové situace, aniž by došlo k jakýmkoliv ztrátám.

³⁶ Podobně i Robert Alexy, *Probleme der Diskurstheorie* (Zeitschrift für philosophische Forschung, Bd. 43, H. 1, 1989) 92.

³⁷ Habermas (n 11) 87. Podle Alexyho (n 11) 188–195.

³⁸ K nim například Peter Gril, *Die Möglichkeit praktischer Erkenntnis aus Sicht der Diskurstheorie. Eine Untersuchung zu Jürgen Habermas und Robert Alexy* (Duncker & Humblot 1998) 130.

³⁹ Tezi zvláštního případu Habermas odmítá (po mém soudu zcela správně) s poukazem na její přirozenoprávní zátěž. Viz Habermas (n 13) 233–234. Tato práce se nicméně soustředí na Habermasovu teorii a implikace z ní plynoucí, nebudu se tedy tomuto problému nadále věnovat.

Kategorie jsou podle Habermase tři. Rozlišuje pravidla logická, dialektická a rétorická.⁴⁰

Logická (produktivní) pravidla mají sloužit k zajištění bezrozpornosti a konzistence argumentace v diskursu vedené.⁴¹ Habermas do této kategorie řadí tato Alexym formulovaná pravidla:

1.1 Žádný mluvčí nesmí protiřečit sám sobě.

1.2 Každý mluvčí musí být ochoten aplikovat pravidla vhodná pro jeden případ na všechny ostatní případy, které jsou tomu původnímu v podstatných rysech podobné.

1.3 Všichni mluvčí musí uplatňovat všechny pojmy ve stejném významu.⁴²

Dialektická (procedurální) pravidla zajišťují správné porozumění mezi mluvčími a v důsledku vedou k pravdivostnímu nároku diskursivních tvrzení.⁴³ Jedná se o tato pravidla:

2.1 Mluvčí mohou tvrdit pouze to, čemu skutečně věří.

2.1 Kdo zpochybňuje některé z tvrzení v diskursu, musí udat důvody pro takové zpochybnění.

A konečně rétorická (procesní) zaručují možnost účasti na diskursu.⁴⁴ Jedná se o tato Alexyho pravidla:

3.1 Každý člověk schopný mluvit a jednat musí být do diskursu vpuštěn.

3.1 a) Každý mluvčí může kdykoliv zpochybnit jakákoliv tvrzení.

3.1 b) Každý mluvčí může kdykoliv zapojit nová tvrzení.

3.1 c) Každý mluvčí smí projevit své postoje, touhy a potřeby.

3.1 Žádnému mluvčímu nesmí být bráněno ve využití práv podle bodů 3.1 a 3.2.⁴⁵

Tento seznam nelze považovat za uzavřený, jedná se nicméně o základní výčet podmínek idealizace, se kterým se lze více méně spokojit. Například Alexy, od kterého Habermas tento seznam ostatně přebírá, formuluje některá další pravidla, včetně těch regulujících argumentační břemena.⁴⁶

Nakonec si dovolím zmínit důležitou vlastnost diskursu, kterou Habermas formuluje v 90. letech. Jeho teorie se z teorie diskursu neomylně konvergujícího k pravdě (správnosti) transformuje v teorii reflektující epistemické limity diskursu a jeho účastníků. V tomto jeho novém přístupu se výsledek diskursu stává toliko nejlepším možným za současné epistemické situace, která se ovšem může změnit. Změní-li se, je třeba diskurs znovu otevřít a zapojit

⁴⁰ Tato trojakost navazuje na Aristotelovo odlišení logiky a dialektiky (*Organon*), rétoriky (*Rétorika*). Viz Klaus Günther, *The Sense of Appropriateness: Application Discourses in Morality and Law* (State University of New York Press 1993) 41.

⁴¹ Huang (n 24) 47.

⁴² Habermas (n 15) 87.

⁴³ Huang (n 24) 47, Habermas (n 15) 87–88.

⁴⁴ Huang (n 24) 47.

⁴⁵ Habermas (n 15) 89.

⁴⁶ Česky některá další pravidla viz Zdeněk Kühn, *Aplikace práva ve složitých případech* (Karolinum 2002) 62 a násl. Ani tento rozšířený seznam však není definitivní.

nově objevené argumenty. Mění-li se epistemická situace, mění se výsledek diskursu. Ten původní je buď potvrzen novými argumenty, nebo je vyvrácen.⁴⁷

Habermas tuto vlastnost neformuluje jako pravidlo vedení diskursu. Přeci ji tak lze vnímat. Lze hovořit o pravidlu 4., revizi epistemické situace.

1.2 Diskursivní metodologie jako procedurální základ aplikace práva

Habermas budoval svou diskursivní teorii jako teorii praktického diskursu, zabýval se mj. morálkou. I k právu se nicméně vyjádřil v nezanedbatelné míře.⁴⁸ Jeho primárním zájmem ovšem byla legitimizace práva jako takového, aplikaci práva se sice věnoval, ovšem spíše na vedlejší koleji.

Předem je třeba upozornit na jeho kritiku Dworkinovy teorie aplikace práva. Monologický koncept jednoho soudce schopného dobrat se jediné správné odpovědi považoval za neudržitelný.⁴⁹ Podle Habermase je takový přístup neobhajitelný, protože sebedokonalejší Hercules nemůže reprezentovat celou komunitu.⁵⁰ Místo toho přejímá dvě základní teze, na kterých podle něj právní metodologie stojí. První je nezbytnost otevřenosti systému – tj. otevřenosti argumentům etickým, ekonomickým apod.⁵¹ Druhá teze pak spočívá v hodnocení spravedlnosti (správnosti) rozhodnutí na základě toho, v jaké míře byly naplněny požadavky diskursu za současného respektu k pravidlům konkrétního právního řádu.⁵² Habermas si je vědom toho, že právní řády mohou být formovány jinak a v rámci nich se proces aplikace práva může přizpůsobovat jiným účelovým potřebám. Nechce proto vytvářet ideální diskurs, jako spíše jen maximalizovat diskursivní pravidla v rámci nadefinované struktury aplikace práva. Je asi nutné upozornit na to, že tato otázka má silný politický tón. Nelze totiž vyloučit apel na zákonodárce, aby v rámci svého politického cíle maximalizoval diskursivní formu, naopak, to je přirozený požadavek, který na něj lze klást. To je ale proces tvorby práva. V procesu aplikace práva je třeba respektovat nastavené institucionální parametry.⁵³ Tím není dotčena kontrola stanovená dalšími právními institutem, jako je ústavní kontrola norem.

Čím je dána tato poslušnost institucionálním omezením? Habermas totiž předpokládá, že již sama zmíněná institucionální omezení prošla procesem umožňujícím diskursivní zdůvodnění. V aplikačním diskursu není potřeba legitimovat jednotlivá použitá právní

⁴⁷ „What is rationally accepted here and now can turn out to be false under better epistemic conditions, before a different audience, and in the face of future objections.“ Jürgen Habermas, *Truth and Justification* (MIT Press 2003) 130.

⁴⁸ Kniha *Faktizität und Geltung*.

⁴⁹ K Dworkinovi viz Ronald Dworkin, *Law's Empire* (Harvard University Press 1986) 239. K jediné správné odpovědi Ronald Dworkin, *A Matter of Principle* (Harvard University Press 1985) 144.

⁵⁰ Habermas (n 13) 224.

⁵¹ Takový přístup má podle něj pomoci udržení racionální složky platnosti práva. K té viz Sobek (n 2) 131.

⁵² Habermas (n 13) 230. Ani jeden z požadavků však podle něj nečiní z práva toliko subsystém morálky, jak tvrdí Alexy.

⁵³ Evelin A. Feteris, „The Rationality of Legal Discourse in Habermas's Discourse Theory“ (2003) 23 (2) *Informal Logic* 139, 153

pravidla, protože tato jsou justifikována již v procesu legislativním.⁵⁴ Prostor pro aplikaci diskursivních pravidel v aplikačním diskursu je tedy omezen na pohyb uvnitř legislativně nastavených mantinelů za účelem aplikace legitimovaných norem na konkrétní případ.⁵⁵ Pakliže tyto mantinely nejsou vhodné (třeba proto, že diskursivní legitimací neprošly), můžeme prostřednictvím diskursivních pravidel vést jejich kritiku, směřující ovšem zpět do legislativního procesu.⁵⁶ Diskursivní teorie si neklade ambici prolomovat institucionální pravidla sebou samotnou. K oběma zmíněným možnostem se vrátím v poslední části článku.

2. Aplikace a aplikace

„A sharpened awareness of words... sharpen[s] our perception of the phenomena.“⁵⁷

Cílem tohoto textu není zaujímat postoj k filosofickému uchopení práva. Není mou ambicí ani hlásit se k některé ze škol, které filosofický pojem práva nabízejí. I bez tohoto příklonu je však snad možné obecně konstatovat, že právo je celkově chápáno jako pragmatický fenomén. Jedná se o regulativní systém, jehož smyslem je docílit změny chování adresátů jeho pokynů.⁵⁸ Tento výsledkový charakter práva se pak nezbytně musí odrážet v projevech práva ve společnosti.

S možností projevu práva ve společnosti pak česká právní teorie spojuje nejméně tři pojmy. Jsou jimi realizace práva, aplikace práva a právní interpretace.⁵⁹ Ty jsou spolu úzce propojeny, mj. realizace práva s aplikací práva a aplikace práva s interpretací práva. Na první pohled by se přitom zdálo, že přinejmenším interpretace práva stojí od zbylých dvou pojmů poněkud bokem – ne tak česká právní teorie.

Přesné vymezení těchto pojmů přitom není zcela banální záležitostí. Zatímco například o interpretaci práva (zde volně zaměňováno s pojmem výkladu práva) bylo již napsáno opravdu mnoho, o stejně hluboké propracovanosti pojmu realizace a aplikace práva není možno hovořit.

⁵⁴ Rozsáhle k otázce diskursu v legislativním procesu viz Armin Steinbach, *Rationale Gesetzgebung* (Mohr Siebeck 2017) 182 a násl.

⁵⁵ Robert Alexy, „Habermas’s Theory of Legal Discourse“ (1996) 17 (4–5) *Cardozo L. Rev.* 1027, 1031.

⁵⁶ Legislativní diskurs je kritizován, a to i z dobrých důvodů, jako je nekompatibilita většinového rozhodování s diskursivními pravidly. Zde není prostor legislativní diskurs obhajovat, nebo kritizovat. Takové téma by vystačilo na vlastní text. Viz ostatně Steinbach (n 54) 189.

⁵⁷ John Langshaw Austin, „A Plea for Excuses: The Presidential Address“ (1956–1957) *Proceedings of the Aristotelian Society* 1, 8. Citováno podle Andrei Marmor, *Interpretation and Legal Theory* (Hart Publishing 2005) 2.

⁵⁸ Na regulativním, a tedy v podstatě pragmatickém charakteru práva se shodují i jinak v podstatných rysech odlišné teorie. Shodu zde nachází Herbert Lionel Adolphus Hart, *Pojem práva* (Prostor 2010) 100, John Finnis, *Natural Law and Natural Rights* (Oxford University Press 2011) 260, či Hans Kelsen, *Ryzí nauka právní* (Orbis 1993) 18.

⁵⁹ Tak struktura učebnic teorie práva, viz Aleš Gerloch, *Teorie práva* (Aleš Čeněk 2021), Jaromír Harvánek a kol., *Právní teorie* (Aleš Čeněk 2013).

2.1 Realizace a jedna aplikace práva

V domácí literatuře se objevuje distinkce dvou na první pohled nikoliv jednoznačně odlišných pojmů. Prvním je realizace práva, druhým, údajně kvalitativně odlišným pojmem, pak je aplikace práva.⁶⁰

Realizací práva je v takovém případě myšleno jakékoliv „ožítí“ práva ve společnosti. Jedná se o jakýkoliv případ jednání v souladu i v rozporu s právem. Někteří přitom pojem realizace práva podřazují pod obor právní sociologie⁶¹, jiní nikoliv⁶². Realizace práva je pojmem velice širokým, plně odrážejícím charakter práva jako výsledkového fenoménu. S pojmem realizace práva můžeme ztotožnit jinde používaný pojem „aplikace práva v širším smyslu“.⁶³

Po boku realizace práva je stavěna aplikace práva. To má být pojem užší, zahrnující v sobě toliko problematiku závazné realizace práva. Aplikace práva je jeho realizací za předpokladu několika zvláštních podmínek, z nichž patrně hlavní je předpoklad speciálního rozhodovacího orgánu, dále pak závaznost výsledku takovéto realizace práva.⁶⁴ Na tomto pojetí, tedy na pojetí, že aplikace práva je „kvalifikovaná forma realizace práva uskutečňovaná orgány veřejné moci“⁶⁵, se shodují v zásadě všechny tuzemské texty věnované danému tématu.⁶⁶

S problematikou aplikace práva pak podle zmíněných textů souvisí rovněž subsumpce právně relevantních faktů pod fakticky korespondující právní normy.⁶⁷

Za definiční prvky aplikace práva podle shora podaného lze tedy označit:

1. aplikujícím subjektem je orgán veřejné moci,
2. rozhodováno je ve zvláštním formalizovaném procesu,
3. dochází k subsumpci skutkového děje pod právní normu,
4. výsledkem je závazné rozhodnutí.

⁶⁰ Jedná se o téma učebnic právní teorie, ostatně problematika aplikace práva se často mimo učebnice teorie práva nedostává.

⁶¹ Markéta Štěpáníková, Martin Škop, „Obecné rysy aplikace práva“, *Teorie práva – Průvodce studiem* (2021–2025) https://is.muni.cz/do/law/stud/el/teorie_prava/index.html, citováno 14. 8. 2025.

⁶² Gerloch (n 58) 152 a násl., Harvánek (n 58) 255.

⁶³ Štěpáníková, Škop (n 61).

⁶⁴ Viz například Tryzna (n 2) 31–32: „Podstatou realizace práva je tedy podřazení (subsumpce) právně relevantních skutečností pod právní pravidla dopadající na konkrétní případ a vyvození příslušných závěrů v podobě **autoritativního rozhodnutí**.“ Zvýraznění doplněno autorem.

⁶⁵ Gerloch (n 58) 207.

⁶⁶ Souhlasí i Viktor Knapp, *Teorie práva* (C. H. Beck 1995) 186. Ten uznává, že pojmy aplikace práva a uskutečňování (či realizace) práva jsou mlhavé a problematické, ibid. 187. Dále i Jiří Boguszak, Jiří Čapek, Aleš Gerloch, *Teorie práva* (ASPI Publishing 2003) 129.

⁶⁷ Pro Gerlocha se jedná vysloveně o „podstatu aplikace práva“ viz Gerloch (n 58) 207, souhlasí Knapp (n 62) 187. Melzer při vysvětlení pojmu aplikace práva zmiňuje jen, že se jedná o proces, jehož středobodem je právě subsumpce – v důsledku toho jej lze zařadit mezi autory ztotožňující se s probíranou definicí. Subsumpce je proces typický (jakkoliv ne výlučně) pro soudní aplikaci práva. Melzer (n 9) 6.

Na takovém pojetí aplikace práva se značná část české akademické obce shoduje.⁶⁸ Přeci ale nelze pominout, že jakkoliv je takové dělení jednoduché a pochopitelné, není věcně bezproblémové. Naopak, takové rozdělení, jakkoliv může být užitečné konverzačně, generuje některé problémy, nejasnosti či nesamozřejmost. Za zmínku snad stojí otázka, zda dochází k aplikaci procesního práva, nebo zda je toto pouze realizováno. V čem je tak zásadně jiné rozhodování orgánů státní správy od rozhodování soudů?⁶⁹ A pakliže není a jedná se v tomto případě o aplikaci práva, v čem se tohle liší od uzavření smlouvy dvěma soukromými subjekty, obzvláště v případě, že je uzavírána veřejnoprávní smlouva? Není vhodnější dělení na judiciální a nejudiciální aplikaci práva?⁷⁰ A přistoupíme-li k tomuto dělení, není vhodnější uchopit přesnější nástroj schopný analytického rozložení pojmu aplikace práva?

2.2 Mnohé aplikace práva

Je patrné, že výše popsané vymezení aplikace práva není jediné nutné a rozhodně není jediné možné. Ostatně stačí letmý pohled do zahraniční literatury, abychom došli k takovému závěru. Za aplikaci práva je například profesorem Giesem považováno jak jednání soukromých subjektů, tak rozhodování státních orgánů – jakkoliv druhé zmíněné považuje za „důležitější“.⁷¹ V obou případech je nicméně aplikováno právo, jakkoliv třeba nevědomě. Vědomost subjektu však není z pohledu aplikace samé nijak významná.⁷²

Nabízí se tedy otázka, jak aplikaci práva správně analyticky zachytit. Možné řešení nabízí Wróblewski. Ten se zabývá soudní aplikací práva, tu ovšem vymezuje na základě analytického rozložení pojmu aplikace práva. Jeho analýza (jakkoliv bez nároku na úplnost) je následující.⁷³ Aplikace práva je složená z několika složek:

- I. Právem předpokládaný subjekt právo aplikující. Tím může být soud, správní orgán, právnická osoba nebo jakýkoliv jiný subjekt, pro který taková kompetence plyne ze zákona.⁷⁴

⁶⁸ K tomu nutno učinit dvě poznámky. Prvně, k tomu, že tato shoda panuje pouze v české literatuře, se vyjádřím níže. Druhá poznámka spočívá v nutnosti upozornit na boční linii pochopení pojmu „aplikace“ v českém prostředí. Tu reprezentuje například Harvánek (n 54) 279. Tato linie spočívá v tom, že aplikace práva má být tvorbou konkrétnější právní normy pro daný případ, vyvozené z normy vyšší právní síly. Takové pojetí vychází z tradice normativismu Hanse Kelsena a/nebo Františka Weyra.

⁶⁹ Rozdíly přirozeně existují, ale ty nevedou polskou akademii k odmítnutí koncepce administrativní aplikace práva. Viz Adam Szot, „The Administrative Type of Application of Law“ (2015) 24 (2) *Studia Iuridica Lublinensia* 100, 101.

⁷⁰ Leszek Leszczyński, „Types of Application of Law and the Decision Making Model“ (2015) 24 (2) *Studia Iuridica Lublinensia* 27, 28.

⁷¹ Friedrich Giese, *Recht und Rechtswissenschaft* (Betriebswirtschaftlicher Verlag 1962) 51–52.

⁷² Význam má například až při hodnocení kvality právního jednání subjektů v soukromém právu.

⁷³ Jerzy Wróblewski, *The Judicial Application of Law* (Springer 1992) 1–2.

⁷⁴ Podle subjektů se pak může lišit výsledek aplikace – je-li ve formě závazného určení práv (rozhodnutí orgánů státní moci) či jen vzájemného závazku (soukromá aplikace), to nic nemění na tom, že v obou případech je právo aplikováno. Viz Eduardo García Máynez, *Introducción al estudio del derecho* (Editorial Porrúa 2002) 322–323.

- II. Právní základ aplikace. Ten spočívá v tom, jakým způsobem je zakotvena aplikační pravomoc. Autor zde rozeznává a) závazné rozhodování o právech, b) realizace zákonem svěřených kompetencí, c) výkon něčích práv.⁷⁵
- III. Právně relevantní následek aplikace. Jedná-li se o založení práv či povinností či jejich potvrzení.⁷⁶
- IV. Právo, na které je aplikace vázána. Tj. konkrétní právní řád (IV.α), právní odvětví (IV.β), případně systém práva (evropské, mezinárodní, vnitrostátní).⁷⁷

Takové rozdělení lze v zásadě považovat za dostačující. Chybí v něm explicitně například, zda se jedná o procesněprávní či hmotněprávní aplikaci práva. Toto dělení nicméně vyplývá z bodu čtvrtého. Na základě obsahu právních norem lze tu, kterou podřadit pod sadu principů definující dané právní odvětví apod. Z tohoto dělení pak nezbytně aplikace práva soudy (tj. aplikace práva v úzkém smyslu, jak o ní pojednávala předešlá subkapitola) vychází jako jedna z možných podob aplikace práva.

Definovat ji lze jako aplikaci práva soudy (I), směřující k vydání rozhodnutí o právech (II), deklaratorního (sporné řízení) či konstitutivního (nesporné řízení)⁷⁸ charakteru (III), v rámci civilního práva (IV.β) České republiky (IV.α).⁷⁹ Na světě je aplikace práva civilními soudy.

Takové pojetí považuji za užitečnější než dosavadní zkoumání aplikace práva. Jednak je informativnější. Takto analyticky uchopené pojetí aplikace práva něco skutečně vypovídá o dané činnosti a umožňuje adresátovi sdělení představit si probíhající proces. V druhé řadě nám umožňuje strukturované zkoumání, o které se pokusím v další kapitole. Neříkám tím, že všeobecně přijímané pojetí v české doktríně je zcela neužitečné. Pokud nic jiného, je komunikačně úsporné. To zde představené ovšem považuji za užitečnější.

Sám pojem aplikace práva bez další specifikace pak dostává širší kontury – obsáhne všechny alternativy výše popsaného dělení. Pro svou šíři, která ale strukturálně dovoluje detailnější členění, je schopen překonat některé nedostatky nastíněné v předešlé podkapitole. Tak budou faktické úkony aplikací práva správními orgány (I), realizujícími zákonem svěřené kompetence (I), konstitutivním způsobem (III), ve správním právu (IV.β) České republiky (IV.α). Veřejnoprávní smlouvy subordinální budou aplikací práva správními orgány a soukromými subjekty (I), ve formě realizace svěřených kompetencí a práv (II), konstitutivním způsobem (III), v rámci správního práva (IV.β) České republiky (IV.α).

⁷⁵ Právní základ poté předurčuje možný obsah dané aplikace.

⁷⁶ Wróblewski v této kategorii rozlišuje 1) úpravu práv a povinností, 2) úpravu právního statusu osoby. Toto dělení však nepovažuji za tak významné, jako zda se jedná o efekt deklarativní nebo konstitutivní. Proto jsem tuto kategorii v tomto směru modifikoval.

⁷⁷ Minimálně aplikace práva evropského je přitom mimořádně vlivná na proces aplikace samotný, zasloužila by si nicméně vlastní, širší prostor.

⁷⁸ Markéta Flanderková Šlejharová, *Záležitosti nesporného řízení* (C. H. Beck 2023) 20.

⁷⁹ Tak tedy aplikace práva civilními soudy, v kritériu III a IV lze přitom „přepnout“ na právo trestní, správní či ústavní.

Nepopírám, že takové pojetí je terminologicky náročnější. Umožňuje nám nicméně ostřeji vnímat daný fenomén. Pojem realizace práva pak můžeme s klidem ponechat právní sociologii.

3. Pravidla diskursu v mnohých aplikacích práva

Výše jsem v první kapitole nastínil procedurální pojetí diskursivní metodologie s pravidly, která nám umožňují aproximaci k ideální řečové situaci a nalezení ideálních (správných) výsledků. Dále jsem se pokusil nastínit pojem aplikace práva tak, aby nám umožnil analytické rozlišení jeho jednotlivých podob. Dané analytické členění aplikace práva se nyní pokusím využít pro demonstraci možností aproximace ideální řečové situace v jednotlivých aplikačních postupech (formách aplikace), které nám právo nabízí. Jedná se o jednoduše pojaté schéma, které nemá ambici prozkoumat hloubky jednotlivých právních odvětví.

Přitom je třeba zdůraznit, že na základě čistě kombinatorickém by bylo možné vyvodit z výše podaných kritérií aplikace práva ohromné množství variant.⁸⁰ Je tedy třeba pracovat pouze s těmi variacemi, které jsou relevantní pro konkrétní právní řád.⁸¹ Smyslem tohoto článku nadto není rozebrat možnost uplatnění procesní diskursivní metodologie v každé variaci aplikace práva, chci pouze demonstrovat možnost takového podrobného rozboru. K základnímu rozlišení si pomohu dělením, jehož obdobu do českého prostředí z Německa přenesl Hlouch. Sice dělení na aplikaci práva institucionalizovanou a neinstitutionalizovanou.⁸² Neinstitutionalizovanou právní aplikací je ta, ve které není její průběh limitován procesními právními pravidly (akademická argumentace, argumentace mezi účastníky realizujícími autonomii vůle, aplikujícími svá práva). Institucionalizovaná je ta, kde se naopak procesní právní pravidla vyskytují (správní proces, soudní proces či jiné podobné alternativy). Toto kritérium přijímám, ovšem s výhradou. Není zcela vyloučeno, aby byla i neinstitutionalizovaná aplikace procesně regulována. Taková regulace však musí mít jen relativně vedlejší charakter.⁸³ K tomu viz dále v textu.

Hlouch sám řeší širší problém, sice celek právní argumentace. Takové ambice tento článek nemá. Soustředí se výhradně na proces aplikace práva (jak byl nastíněn výše) za současného zapojení diskursivních pravidel, zabývá se aplikačním diskursem. Kladenou otázkou je tedy to, jak jsou nastavena pravidla (jsou-li tu nějaká) daného procesu ve vztahu k realizaci diskursu, směřujícímu k co nejkvalitnějším výsledkům dané aplikace práva. Zajímavá jsou přitom pravidla, která mají procesní povahu.

⁸⁰ Mnohdy relativně nesmyslných, jako aplikace soukromými subjekty rozhodujícími o právech konstitutivně v oblasti práva trestního.

⁸¹ IV.α je tak vlastně jakousi definiční konstantou, která determinuje možné kombinace a obsahy I–III a IV.β.

⁸² Hlouch (n 2) 156. Hlouch ovšem neřeší aplikaci práva, ale argumentaci v právu.

⁸³ V tom smyslu se jedná spíše o škálu. Alternativně je možné navrhnout terminologii „formálně rigidní“ a „formálně elastické“, vyloučíme-li ovšem konotace s neoinstitucionální teorií, měla by být terminologie vhodná.

Důležité je připomenout, že ne každý diskurs je aplikační. Diskursy se mohou lišit podle úrovně a jen některé z nich jsou aplikační.⁸⁴ Pro tento článek je významný aplikační právní diskurs. Tím rozumím takový diskurs, který probíhá v libovolné fázi aplikace práva.⁸⁵ Přitom platí, že diskurs není nutnou součástí aplikace práva. Lze si představit takovou aplikaci práva, která je prováděna jedním soukromým subjektem (I), vykonávajícím své právo (II), konstitutivně (III), v rámci občanského práva (IV.β) České republiky (IV.α).⁸⁶ Taková aplikace práva nemusí být vůbec diskursivní, ten je totiž formou komunikace a jako takový vyžaduje alespoň dva účastníky.

Diskursivní model aplikace práva se zároveň nesoustředí na otázky jdoucí mimo aplikaci jako takovou. Diskursivně lze řešit mnohé otázky týkající se práva a mnohé otázky přímo v právu. Ty ovšem nejsou předmětem tohoto článku. Jinak je tedy třeba pojednat o otázce koncepce a legitimacy práva jako takového.⁸⁷ Jinak o legitimitě demokratického charakteru práva.⁸⁸ A ještě jinak je třeba řešit problémy jako je diskursivní legitimace lidských práv, což je částečně tématem Habermasovým, ještě více ale Alexyho. Na Habermasův odkaz (jako součást frankfurtské školy) přitom v té či oné míře navazují i další osobnosti zabývající se obhajobou lidských práv.⁸⁹ Ani tato otázka však není předmětem tohoto textu, neboť se týká jiné diskursivní úrovně. V aplikačním diskursu je teoreticky možné tuto debatu vést (na ústavních soudech může být i fakticky vedena), tehdy je ovšem legitimita lidských práv pouze tématem diskursu, jeho obsahem. A to není předmětem tohoto textu.

Nakonec je třeba se před přistoupením k tématu samotnému na okamžik pozdržet u otázky institucí. Hovořím-li zde o institucionálních omezeních nebo jejich absenci, nemám na mysli komplex společenských realit ve smyslu Weinbergerovy neoinstitucionální teorie.⁹⁰ Chápání institucí je zde užší, v žádném případě totiž nelze z aplikačního diskursu vyloučit hmotněprávní normy, které, ve zmíněném smyslu neoinstitucionalismu, budou na diskurs vždy dopadat. Neinstitutionalizovaným aplikačním diskursem mám na mysli ten, který není plně regulován procesními normami. I zde mohou jistá omezení procesu stran práva existovat, jejich vliv je však marginální.⁹¹ Institucionalizací zde tedy míním plnou procesní provázanost pocházející z právní regulace, umožňující jen relativně mírné odchylky.

⁸⁴ Nemám zde na mysli úroveň jednoho diskursu (viz první kapitola), ale různé diskursy, které se mohou lišit podle šíře záběru. Tj. diskurs legitimizující právo, diskurs interpretace práva (obecný, tj. diskurs o vhodné metodologii), diskurs o interpretaci práva v konkrétním případě aplikace atd.

⁸⁵ Tj. neztotožňuji aplikaci a diskurs.

⁸⁶ Tedy například jednostranné odstoupení od smlouvy.

⁸⁷ Mj. Habermasova práce. Habermas (n 13) 28.

⁸⁸ Ibid. 287.

⁸⁹ Ibid. 118, k Alexymu rozsáhle Agustín José Menéndez, Erik Eriksen (eds), *Arguing Fundamental Rights* (Springer 2006). Autorem vycházejícím z frankfurtské školy je Rainer Forst. Rainer Forst, „The Justification of Basic Rights A Discourse-Theoretical Approach“ (2016) 45 (3) *Netherlands Journal of Legal Philosophy* 7.

⁹⁰ Weinberger (n 11) 80, Ota Weinberger, Neil MacCormick, *An Institutional Theory of Law* (Springer 1986) 49.

⁹¹ Může se projevit například v požadované formě právního jednání. Viz Filip Melzer, „§ 555“ in Filip Melzer, Petr Tégl, *Občanský zákoník – Velký komentář. Svazek III. § 419–654* (Leges 2014) 582.

Pro jistotu si zde dovolím před samotným zkoumáním zrekapitulovat postavení právních norem uvnitř právního diskursu, neboť jejich postavení určuje, zda se jedná o institucionalizovaný proces ve smyslu podaném výše.

Normy hmotného práva mají v diskursu (institucionalizovaném i neinstitucionalizovaném) v zásadě dvojí postavení. Mohou být jeho objektem, tj. tématem, o kterém je diskurs veden. V takovém případě je potřeba vést o nich argumentaci, tj. uplatňovat materiální argumenty v rámci určitého procesu (diskursu). Druhou možností je, že jsou v tomto procesu užity jako argument (například v rámci systematického výkladu práva). Tehdy se stávají součástí materiální složky argumentace. Hmotněprávní normy tedy neovlivňují povahu diskursu.

Procesní normy pak mohou mít tři polohy. Zaprvé mohou být rovněž objektem diskursu, nerozhoduje-li o nich rozhodující orgán monologicky. Například tehdy, když soud rozhoduje o určitém procesním postupu. Mohou být také složkou materiální argumentace. Například tehdy, rozhodujeme-li o platnosti určitého hmotněprávního jednání, u něž však nebyla dodržena požadovaná forma. Požadavek formy přitom považuji za takový, který má sice procesní povahu (v tom smyslu, že ovlivňuje samotný proces nějakého jednání), aplikace práva, v níž se uplatní, však zůstane neinstitucionalizovanou, neboť je tato norma zcela v kontextu prováděné aplikace práva. Konečně procesní pravidla mohou být limitem procesního postupu, mohou přímo regulovat, jak se postupuje, a omezovat tak prostor diskursu. Tehdy se jedná o pravidla zakládající institucionalizovanou aplikaci práva.

Proti pojetí diskursivní aplikace práva byly vzneseny v zásadě dvě námitky. Jedna spočívá v non-pozitivistickém charakteru diskursivní teorie, druhá v praktické nemožnosti pojmout aplikaci práva jako diskurs pro strategický charakter jednání účastníků nebo pro konkrétní institucionální omezení.⁹² První námitka je relevantní v případě, že se zabýváme Alexyho teorií. Tak tomu zde ale není. V Habermasově pojetí pak lze kritizovat její celkový non-pozitivistický tehdy, bavíme-li se o jeho pojetí legitimacy práva. Do konkrétních aplikačních diskursů se nicméně toto pojetí neprojevuje, a námitka tak není relevantní. Druhá z námitek je podstatnější. Taktéž ji lze chápat dvěma způsoby. Jednak je tu problém charakteru právní komunikace, který je leckdy považován za strategický, nikoliv komunikativní v Habermasově smyslu. Druhou námitkou je praktická nemožnost vedení diskursu v konkrétních aplikacích. Tyto dvě námitky se nyní pokusím potvrdit nebo vyvrátit u jednotlivých typů aplikací práva.

3.1 Interpretace per se aneb takřka dokonalý předobraz

Výše jsem zmínil, že i v tom, co lze nazvat neinstitucionalizovanou aplikací práva, neboť není veskrze regulována procesními pravidly, nacházíme alespoň drobné regulace průběhu aplikace práva. Pro zcela neinstitucionalizovaný diskurs je třeba sáhnout mimo diskursy aplikační. Pro tuto demonstraci jsem tedy zvolil diskurs akademický. Ten umožňuje pro svou podstatu interpretace per se, tedy bez aplikačního zaměření, plně demonstrovat pravidla vedení diskursu.

Je tomu tak proto, že akademická debata se nejbližší podobá ideální řečové situaci, jak byla popsána v první kapitole. Pokud jde o logická pravidla (1.1–3), zdají se být relativně jednoduše naplnitelná. Je odpovědností participujících diskutujících, aby si neprotiřekli

⁹² Armin Engländer, *Diskurs als Rechtsquelle?* (Mohr Siebeck 2002) 88, 150.

(1.1). Protiřečením je přitom míněna neslučitelnost výroků v logickém slova smyslu.⁹³ Logikou je pak vedle klasické výrokové logiky chápat i logiku deontickou.⁹⁴ Takové pravidlo přitom nevyžaduje, aby v dané debatě akademici neměnili své postoje. Ale v kombinaci s prvním dialektickým pravidlem (2.1) by po nich mělo být vyžadováno, aby posuny v jejich názorech byly upřímné a tvořily tak vlastně jakýsi názorový vývoj.⁹⁵

Druhé logické pravidlo (1.2) se zdá být relativně bezproblémové, samozřejmě vyžaduje po participantech diskursu spravedlivý přístup ke všem argumentům. Naopak problematičtější je pravidlo 1.3, vyžadující jazykovou jednotnost. Terminologie se v právu liší, a to někdy zcela radikálně.⁹⁶ Ostatně i pojem aplikace práva v tomto článku je toho příkladem. Jakkoliv lze přitom označit terminologii za druhořadou, protože může být toliko „vhodná či nevhodná“, doporučuji v této věci obezřetnější přístup. Terminologie nám nejen pomáhá lépe vnímat pojmenované koncepty⁹⁷, ale umožňuje nám také ve smyslu probírané diskursivní teorie dobírat se nevhodnějších řešení. Lze tedy doporučit i v oblasti terminologie vést hru na ptaní se a udávání důvodů.⁹⁸

Terminologická nejednotnost přitom může být v zásadě dvojí. Jednak může neshoda panovat čistě na „nálepce“, tj. jazykovém vyjádření pojmu.⁹⁹ Vyjádření přitom může být jazykově přesnější či méně přesné, přičemž cílem zjednodušujícím diskurs by měla být terminologie pokud možno co nejpresnější. Jiným problémem je neshoda na podstatě pojmu. Takovou lze překonat, není-li fundamentálně ideologická, dohodou na slovníku, tj. vyjasněním obsahu pojmu.¹⁰⁰ Nutno ještě připomenout, že jiná pravidla diskursu ve svém důsledku vyžadují oslabení ideologických pozic (mj. 2.1).

Další dialektické pravidlo (2.2) tíží participanty v tom smyslu, že zpochybní-li nějaký názor, musí vysvětlit, proč tak činí. Tak já musím uvést, proč považuji dosavadní přístup k pojmu „aplikace práva“ za nevhodný.¹⁰¹

Otázky vzbuzuje rétorický požadavek na volný vstup do diskuse (3.1). Takový požadavek lze vyložit nejméně dvěma způsoby. Nerestriktivní výklad je doslovný a požaduje, aby do diskuse (například právně-filosofické) mohl vstoupit kdokoli schopný projevit svůj názor. Takové

⁹³ Alexy (n 11) 189.

⁹⁴ Ibid.

⁹⁵ Za vzorný příklad lze označit přístup Tomáše Sobka. Viz Sobek (n 2) 39 v posledním odstavci.

⁹⁶ Příkladem může být hned několik pojmů soukromého práva, které se u nás vyskytly v několika variacích. Tak třeba německé *Gestaltungsrecht* jako „přivlastňovací práva“ (Luboš Tichý, *Obecná část občanského práva* [C. H. Beck 2014] 111) nebo jako „utvářecí práva“ (Dominik Skočovský, *Odstoupení od smlouvy pro její porušení* [C. H. Beck 2025] 17), jinde „kreační oprávnění“ (Filip Melzer, „Úvodní výklad před § 2884 a násled.“ [Obecně k závazkům z jednostranného právního jednání] in Filip Melzer, Petr Tégel a kol. *Občanský zákoník § 2716–2893* [C. H. Beck 2021] 1328).

⁹⁷ Viz Austin (n 57).

⁹⁸ Tvrdíková (n 8) 19.

⁹⁹ Výše zmíněný problém s německým *Gestaltungsrecht*.

¹⁰⁰ V tom smyslu inspirativní může být jeden slavný akademický příběh o neshodě na pojmu lidské intuice. Daniel Kahneman, Gary Klein, „Conditions for Intuitive Expertise: A Failure to Disagree“ (2009) 64 *American Psychologist* 515.

¹⁰¹ K tomu kapitola 2.1.

pojetí je mimořádně závažné a zdá se fakticky ztěžovat proces diskursu. Restriktivní výklad by byl relativní pro jednotlivé diskursy. Tak například do diskuse o problematice právní interpretace by mohli vstoupit jen ti, kteří profilují svou znalost v tomto oboru. Problémem tohoto výkladu je naprosto arbitrárně nastavená hranice (když ne znalci interpretace práva, tak alespoň doktoři právní teorie nebo doktoři práva nebo magistři práva...). Pro vyloučení nespravedlnosti diskursu a jeho zkreslení je tak třeba přijmout výklad prvý. To v praxi po mém soudu bude znamenat spíše menší problém. Je ostatně otázkou, kolik právních laiků má potřebu vyjadřovat se k odborně právním tématům. Započítat do vedené debaty těch pár příspěvků „z venku“ se nezdá problematické.

Pravidla 3.2 a, b a c jsou pak zcela neproblematická. Do diskuse by měl být vpuštěn libovolný názor, libovolné prohlášení či libovolné zpochybnění. Je samozřejmě na zbytku diskutujících, aby společně posoudili kvalitu daného příspěvku.

Tato všechna pravidla navíc mohou být v akademické debatě naplněna relativně bez problému, jelikož jsou limitována toliko epistemicky, nikoliv časově, prostorově či svým účelem. Akademická debata nemusí skončit, proto může dosáhnout své kvality. Z tohoto hlediska se zdá bezproblémové jedno z nejnáročnějších kritérií diskursu – sice možnost znovuotevření za účelem epistemické verifikace (4).

Akademická debata tak může sloužit jako jakýsi nedostižný vzor diskursivní metodologie, který je limitován pouze epistemickými a argumentačními schopnostmi participantů. Tento vzor zároveň může a má být užitečným pomocníkem pro konkrétní právní aplikační diskurs.

3.2 Neinstitutionalizovaná aplikace práva

Při přesunu do samotného procesu aplikace práva bude patrně vhodné začít s relativně nejvolnější formou. Tou je bezesporu aplikace práva prováděná soukromými subjekty¹⁰² (I), a to v rámci práva soukromého (IV.β) za libovolného nastavení zbylých prvků (II a III). Základní formou takové aplikace práva pak bude bezesporu smluvní jednání dvou soukromých subjektů, které nás pro potřeby této subkapitoly zajímá. Jedná se tedy o aplikaci soukromými subjekty (I), aplikujícími svá práva (II) konstitutivně (III)¹⁰³, v rámci soukromého práva (IV.β) České republiky (IV.α).

Již jsem zmínil, že jednou ze základních námitek proti diskursivní aplikaci práva je to, že jejich charakter je strategický, ne konsensuální. Takový předpoklad by jistě byl značnou překážkou aplikace pravidel diskursu. Je tomu ovšem opravdu tak? V této věci je patrně dobré připomenout, že základním předpokladem občanského zákoníku, regulujícího soukromoprávní styk soukromých osob, je předpoklad dobré víry, ze které pramení principy důvěry a věrnosti.¹⁰⁴ To je dvoustranně vzájemný předpoklad zajišťující důvěru obou stran v možnost dosažení svých ekonomických zájmů, naplnění kauzy daného jednání. Porušení tohoto standardu je pak stíháno instituty náhrady škody, kompenzujícími narušení tohoto

¹⁰² Či subjekty veřejnými považovanými pro tento účel za soukromé.

¹⁰³ Jakkoliv deklarativní smluvní aplikace není vyloučena, například pokud jde o uznání nároku.

¹⁰⁴ K tomu například Jan Hurdík, Petr Lavický, *Systém zásad soukromého práva* (Masarykova univerzita 2010) 171; Milan Hlušák, *Úvod do závazkového práva* (Trnavská univerzita v Trnave, Právnická fakulta 2025), 21.

v podstatě kooperativního, a tedy komunikativního jednání.¹⁰⁵ Lze tedy konstatovat, že normativní charakter základu takovéto aplikace práva v podstatě umožňuje aplikaci pravidel diskursu.

Jinou otázkou je, zda dochází tento normativní charakter skutečného naplnění. Jistě mohou existovat i hojné případy, v nichž je postavení jednajících subjektů antagonistické v tom smyslu, že základní snahou jednoho ze subjektů je získat výhodu nad subjektem druhým. Konkrétní aplikační vztah však po mém soudu nemůže dost dobře podryt charakter obecné aplikace práva soukromými subjekty, může pouze narušit jeho schopnost generovat výsledky. Důležité je ovšem podotknout, že v soukromoprávních vztazích není takové protichůdné postavení typické. Základním principem soukromoprávních vztahů de facto není důvěra o nic méně než předpoklad dobré víry de iure.¹⁰⁶

V nastíněném smyslu tedy platí, že soukromoprávní aplikace práva je, nebo by alespoň měla být řízena komunikativní racionalitou, a je tedy možné vztahovat na ni pravidla aplikačního diskursu. Tím není vyloučeno, že v konkrétních případech diskursivní mechanismus selže. Důležité ovšem je, že aproximace k ideálnímu stavu je možná.

Otázkou tedy zůstává prostor pro uplatnění diskursivních pravidel, nastíněných v první kapitole. Pokud jde o logická pravidla, není zde žádný důvod pro pochyby o možnosti jejich maximálního uplatnění. Je jen na účastnících daného vyjednávání (tj. konkrétní aplikace práva), aby vzájemně udržovali porozumění plynoucí z toho, že si nebudou protičeřit a mlžit tak jasnost jednání (1.1) a budou se snažit o rovnost v podmínkách dané aplikace tak, aby jednotlivé podmínky nepriviligovaly jednu ze stran (1.2). Za zvláštní poznámku pak stojí jednotná terminologie. Výhodou soukromoprávní aplikace práva je její uzavřený význam. Není důležitá pro nikoho jiného než pro strany na ní účastné. Participanti se tedy nemusí pokoušet o celospolečenskou srozumitelnost, základem pro jejich postup je toliko pochopení vzájemné. Tento fakt podstatně zjednodušuje jednotné použití pojmů (1.3). Pojmové definice pak mohou být začleněny do obsahu právního jednání na výstupu (tj. např. ustanovením smlouvy) nebo budou zkrátka součástí historie vzniku takového aplikačního procesu, což bude posléze významné při interpretaci daného jednání. Dohodnutou terminologií je přitom třeba brát vážně a držet se jí, což už je opět na samoregulaci účastníků aplikace.¹⁰⁷

Pokud jde o druhou skupinu pravidel, lze opět pouze krátce konstatovat, že otázka upřímnosti (2.1) plyne z již výše zmíněného principu dobré víry a důvěry ve smluvním jednání. Upřímnost a důvěra v kauze vstupu do daného vyjednávání i v pohledu na jeho průběh by měla přispět k maximalizaci užítku všech účastníků, takový postup je tedy nejen možný (naplnění je jen na účastnících, vnější limity tu nejsou) a vhodný (z ekonomického hlediska), lze jej i doporučit.¹⁰⁸ Druhé pravidlo této skupiny (2.2) vychází v podstatě ze

¹⁰⁵ Filip Melzer, „§ 2913 – Porušení smluvní povinnosti“ in Filip Melzer, Petr Tégl, *Občanský zákoník – Velký komentář. Svazek IX. § 2894–3081* (Leges 2018) 317.

¹⁰⁶ K tomu ekonomická analýza práva, například Hans-Bernd Schäfer, Claus Ott, *The Economic Analysis of Civil Law* (Edward Elgar 2022) 453, případně Anthony J. Bellia Jr., *Promises, Trust, and Contract Law* (Notre Dame Law School 2002) 31.

¹⁰⁷ Josef Kotásek, *Doplňující výklad smlouvy* (Masarykova univerzita 2018) 39.

¹⁰⁸ Neb důvěra je, slovy Otta a Schäfera, enormní, ekonomicky produktivní silou. Viz Schäfer, Ott (n 98) 458.

stejného základu. Podmínkou jeho naplnění je samozřejmě i obecný požadavek absence nátlaku v procesu vyjednávání.

V kategorii třetí konečně nacházíme některé zásadní limity plynoucí z povahy soukromoprávní aplikace práva. Hned první pravidlo požaduje volný vstup do diskursu (3.1), tj. konkrétní aplikace práva. Tento požadavek má být naplněn, máme-li v nějaké věci (otázce či debatě) dojít ke správnému závěru. Podstata tohoto požadavku v soukromoprávní aplikaci práva je však nezbytně jiná. Snahou stran v takovém případě je jistě dobrat se k nejlepšímu řešení, ovšem nejlepšímu řešení toliko pro jejich konkrétní individuální zájmy, tj. kausu, pro kterou do negociace vstoupily. Propustnost procesu je tak dána primárně tímto zájmem. Základní podmínkou je, aby měly všechny strany daného aplikačního procesu volný vstup do vyjednávání. V tomto smyslu je problematickým koncept adhezních smluv, které předpokládají jednostranné nastavení podmínek.¹⁰⁹ Adhezní smlouvy jsou proto z diskursivního hlediska velkým problémem. Jejich obhajoba musí sestávat z absolutního ekonomického nezájmu na vyjednávání na straně jedné, vhodnými kompenzačními opatřeními na straně druhé. Ekonomický zájem je jistě dán faktem, že pro určité smluvní oblasti je množina spotřebitelů natolik velká, že je v praxi ekonomicky neuskutečnitelné individuální vyjednávání. Na straně druhé je třeba vyžadovat, aby obsah takových ujednání byl kontrolovatelný jinými mechanismy.¹¹⁰ Tím nemá být zpochybněn institut adhezních smluv. Je-li soukromé právo řízeno principem autonomie vůle, nelze z něj vyloučit ani možnost nevstoupit do diskursu. Je však třeba předpokládat, že v takovém případě nebude realizováno nejlepší řešení, jakožto spíše řešení jednostranně výhodné. Z čehož plyne, že v celku soukromé aplikace práva není diskursivní postup aplikovatelný vždy, což ovšem vhodnost takového postupu nevylučuje někdy.

Druhou složkou pravidla 3.1 je pak možnost stran přivést do diskursu třetí osoby, jejichž participace by měla přispět k naplnění plurality hlasů. Tento požadavek v podstatě směřuje k možnosti právního zastoupení a k možnosti odborné pomoci. Tj. strany by měly do procesu aplikace vpouštět i odborné třetí osoby, jejichž odbornost by měla ke správnosti výsledku přispět. Z tohoto hlediska je tedy například nevhodné vyloučení možnosti právního zastoupení v procesu negociace, které není z pohledu aktuálního českého právního řádu vyloučené, z pohledu diskursivní teorie je však zcela nevhodné.¹¹¹ Participace třetích osob mimochodem může být jedním z kompenzačních opatření zmíněných u adhezních smluv. Tak by například strana, která na formulaci smlouvy neměla podíl, měla mít k dispozici zástupce dominantní strany, který jí jednotlivá ustanovení adhezní smlouvy komplexně vysvětlí, čímž se přispěje k racionalizaci akceptace nabídky.¹¹²

Pravidla 3.2 jsou v prostředí soukromoprávní aplikace zaručena smluvní svobodou. Tato pravidla jsou v podstatě nejvíce limitována hmotněprávní regulací, jsou-li její ustanovení

¹⁰⁹ Viktor Kolmačka, „§ 1798 [Vymezení smlouvy uzavírané adhezním způsobem]“ in Milan Hulmák a kol. *Občanský zákoník. Závazkové právo*. 2. vydání (C. H. Beck 2025).

¹¹⁰ Schäfer, Ott (n 98) 471.

¹¹¹ Je zde míněna taková situace, kdy si strany ujednají, že mohou jednat výhradně osobně, bez intervence třetí osoby v podobě zastoupení. Taková situace není právně regulována, není tedy vyloučená.

¹¹² Toto řešení ovšem jistě není použitelné vždy – lze si jej představit například u uzavírání pojistných smluv, u kupní smlouvy uzavřené spotřebitelem již sotva.

kogentního, nebo alespoň relativně kogentního charakteru. Přesněji řečeno, daná ustanovení nebudou bránit ve vnášení argumentů, ale v jejich možném účinku – argumenty směřující proti kogentním ustanovením nemohou dojít realizace. Připomenou-li, že diskursivní teorie předpokládá legitimaci již na úrovni legislativní, stačí konstatovat, že překážka v podobě kogentních norem je kompenzována právě touto legislativní legitimací. Ze samotné struktury této aplikace práva však pro zmíněná pravidla omezení neplynou. Nesmějí pak plynout ani z průběhu negociace co do omezení možnosti výkonu těchto práv (3.3). To je ovšem důsledkem rovnosti v soukromoprávních vztazích.

Konečně pravidlo možného návratu do diskursu (4) je omezeno pouze ekonomickými zájmy participantů. Návrat nemusí být možný z důvodů hospodárnosti. Nejsou-li tu však takové důvody dány, měl by tento návrat být umožněn.

Z daného výkladu plyne, že v soukromoprávní aplikaci práva jsou diskursivní pravidla uplatnitelná. Jejich uplatnění je přitom nejen možné, ale rovněž vhodné. Kritika diskursivní aplikace se tu nezdá naplněna. Jakkoliv totiž její předpoklady selhávají na některých místech, aproximačně je lze uplatnit většinou.

Smluvní negociace je přitom jen demonstrativním příkladem rámce uplatnění diskursivních pravidel. V zásadě podobně se věci mají i pro oblast jednostranných jednání (v první řadě pořízení pro případ smrti) či jiné soukromoprávní aplikace, například v podobě zakládání právnické osoby.

3.3 Institucionalizovaná aplikace práva

Na řadě je prozkoumat institucionalizovanou aplikaci práva. To je kategorie nesmírně široká a zahrnující rozsáhlou množinu forem aplikace práva. V první řadě to bude aplikace práva soudy. I tu lze dělit na několik podob. Předně lze soudnictví třídit na základě pravomoci na řízení civilní, trestní, správní a ústavní, což odpovídá aplikační kategorii IV.β. Demonstrativním případem pro tento článek bude soudnictví civilní pro jeho největší teoretickou rozpracovanost. Civilní soudnictví pak lze roztrždit na řízení sporné a nesporné.¹¹³ Mezi těmito formami aplikace práva soudy je přitom třeba rozlišovat, neboť jejich specifika implikují zásadní důsledky pro rozsah uplatnění diskursivního přístupu. Dále do institucionalizované aplikace můžeme začlenit rozhodování ostatních orgánů veřejné moci v oblasti správního práva. I zde lze přitom v podstatě rozlišit podobné subkategorie jako u soudní aplikace práva.

3.3.1 Aplikace práva soudy

Aplikace práva soudy spočívá obecně v aplikaci práva soudy (I), ve formě závazného rozhodování o právech a povinnostech (II), za libovolného nastavení kategorie III, v rámci libovolného právního odvětví (IV.β) práva České republiky (IV.α), přičemž nás zde zajímá aplikace práva soukromého (IV.β), tj. soudní soukromoprávní aplikace práva.

¹¹³ Pro udržení rozsahu článku zde pominu řízení exekuční a insolvenční, jakkoliv jistě vykazují vlastní, i diskursivní, specifika.

3.3.1.a Aplikace práva civilními soudy v řízení sporném

Základním modelem, kterým bývá civilní proces definován, je civilní proces řízení sporného, který lze charakterizovat jako (I) aplikaci práva soudy, (II) závazně rozhodujícími o právech, (III) která potvrzují, (IV.β) v rámci soukromého práva (IV.α) České republiky. Sporné řízení je vymezeno principem, který je na první pohled protichůdný diskursivní teorii. Sporné řízení je strukturálně vybudováno kontradiktorně.¹¹⁴ Dvě strany s odlišnými zájmy jsou v něm postaveny proti sobě na základě samotné struktury civilního procesu. To se projevuje v mnoha ohledech, v prvé řadě v kontextu zásady dispoziční. Jsou to strany, kdo panují procesu (a z nich přirozeně nejvíce žalobce), určují tedy předmět sporu, jeho průběh a ve značné míře jeho závěr.¹¹⁵ Strany nesou břemeno tvrzení, břemeno důkazní či břemeno substanciace, a je tak v podstatě na nich, jaké argumenty budou do diskursu vneseny. V takovém případě, zdá se, není možné hovořit o komunikativní racionalitě daného procesu. Alespoň na první pohled tu jednoznačně dominuje racionalita strategická, která jako by byla vbudována do samotné podstaty civilního procesu. Engländer ostatně upozorňuje na fakt, že sám Habermas jako by přiznával, že soudní řízení je ovládáno strategickou racionalitou.¹¹⁶

Takto hrubě vymezený civilní proces je ovšem obrazem jeho liberální koncepce, ve které byly strany považovány nejen za pány sporu, ale též za pány pravdy.¹¹⁷ Tato koncepce byla nicméně překonána a dnes se neuplatňuje. Na její místo nastoupila koncepce sociální. Ta nevyvrací, že pány sporu jsou strany, uvědomuje si nicméně, že každý soudní spor má z podstaty celospolečenský vliv, jehož důsledky mohou být v případě úplné rozvolněnosti pravidel značně nežádoucí. Soudce již není pouhým rozhodcem pracujícím s materiálem, který mu dodají strany. Nový soudce musí spolu v součinnosti se stranami působit na řízení tak, aby došlo ke svému závěru co nejdříve a s co nejlepším výsledkem – tato kvalita je přitom měřena souladem skutečností s právem.¹¹⁸ Sociální pojetí civilního procesu samo o sobě zmírňuje rozsah uplatnění strategické racionality ve prospěch racionality komunikativní. Vývoj zde ovšem nekončí. Lze pozorovat trend k posilování smírných složek civilního procesu, které by měly v podstatě vést v ekonomicky rozumnější vyřešení sporů na straně jedné, na straně druhé posilují složku diskursu v daném řešení.¹¹⁹ Jakkoliv takovéto zmírňování nemůže popřít základní strukturální složku civilního procesu a v konkrétních případech ani nemusí odstranit antagonické postavení stran sporu, lze jistě říct, že v některých případech diskursivní pravidla uplatnitelná budou. V kontextu instituce soudce, jehož úloha je v sociálním procesu komunikativní, nikoliv strategická, pak budou uplatnitelná takřka vždy, jakkoliv jejich reálný dopad na řízení s nepřátelsky nastavenými stranami bude omezen.

¹¹⁴ Josef Macur, *Úvod do teorie občanského práva procesního* (Právnická fakulta Masarykovy univerzity 1990) 62. Pro Otta spor jest ústrojím vedoucím k cíli společnému (mírná parafráze viz Emil Ott, *Soustavný úvod ve studium nového řízení sporného. I. díl* [Wolters Kluwer 2012] 15).

¹¹⁵ Petr Lavický, Eva Dobrovolná, Bohumil Dvořák, *Civilní právo procesní. Díl první*. (Česká společnost pro civilní právo procesní 2023) 46.

¹¹⁶ Engländer (n 86) 150, Habermas (n 13) 237.

¹¹⁷ Petr Lavický, *Moderní civilní proces* (Masarykova univerzita 2014) 36.

¹¹⁸ Ibid. Se socializací (či materializací) civilního procesu je ostatně spojeno mimo jiné i jméno Habermasovo. Viz Roman F. Kehrberger, *Die Materialisierung des Zivilprozessrechts* (Mohr Siebeck 2019) 14.

¹¹⁹ Mj. stojí za zmínku instituty, jako je mediace nebo soudcovské smíry.

Tato omezení však nejsou pro diskursivní teorii destruktivní. Diskursivní teorie samozřejmě respektuje institucionální omezení pramenící z procesního práva. Vyžaduje ovšem, aby tato omezení byla sama o sobě diskursivně pozitivní. Nelze z jejího pohledu tolerovat taková institucionální omezení, která směřují proti možnosti vedení diskursu, vhodná jsou naopak ta, která alespoň částečně podporují diskursivní pravidla tam, kde není možné jejich neinstitucionalizované uplatnění. Dovolím si nyní přistoupit k několika málo ilustracím.

Pozastavím se znovu například u 4. pravidla. To předpokládá neomezenou možnost rekursu zpět do diskursu. Takové pravidlo diskursu je nezbytně limitováno právně-politickým zájmem na rychlosti řízení, který směřuje k ochraně účastníků, soudů i společnosti a které vrcholí konečným a nezměnitelným právním stavem. Je tedy otázkou správného nastavení institutů umožňujících znovuotevření diskursu, nakolik bude naplněno dané pravidlo. Takovými instituty budou klasicky opravné prostředky nejrůznějšího druhu. Limitou naplnění diskursivního pravidla v daném případě bude zájem na stabilitě právní moci, tj. na konečném a jednoznačném uspořádání právních vztahů účastníků řízení. Otázka opravných prostředků je přitom zajímavá jen v tom smyslu, nakolik je možné je užít za účelem vnesení nových argumentů do diskursu, není tedy, z pohledu čtvrtého pravidla vedení diskursu, důležité to, zda jsou tyto uplatnitelné z důvodu porušení procesního práva jako takového.

Podstatná je tedy otázka koncentrace řízení. Připomínám, že tu v prostředí českého práva upravuje § 118b zákona č. 99/1963 Sb., OSŘ. Koncentrace řízení, byla-li by úplná a neumožňovala tedy vnášet ani v navazujících řízeních o opravných prostředcích nové argumenty, byla by jistě naprosto protichůdná diskursivní teorii. Opravné prostředky by z jejího pohledu neměly dobrý smysl, kdyby je účastníci nemohli využít k rozšíření argumentačního pole. Jednalo by se jen o jakýsi hod kostkou, ze kterého může ze stejného základu vzejít jiný výsledek jen z důvodu změny v účastnících diskursu (tj. změny soudce). V českém prostředí ovšem § 205a a § 211a OSŘ umožňuje vnést nové argumenty, ovšem pouze v limitovaném věcném rozsahu. Jednak se jedná o důkazy vztahené k jednotlivým procesním vadám. Tyto argumenty nejsou z pohledu čtvrtého pravidla relevantní (jakkoliv mohou být zajímavé pro pravidla jiná, například pravidlo 3.3, které poskytuje ochranu procesu argumentace). Naopak velice zajímavé jsou z pohledu čtvrtého pravidla argumenty podle § 225a písm. f) OSŘ. Ten do odvolání vpouští nova producta, skutečnosti nově vzniklé po vyhlášení napadeného rozhodnutí.¹²⁰ Takový postup je jednoznačně vhodný stran diskursivní teorie. Otázkou ovšem je, proč nelze vnášet nova reperta, tj. skutečnosti vzniklé již v průběhu původního jednání, ovšem nevnesené z objektivních důvodů. Argumenty, které nebyly v původním řízení vneseny, ač vneseny být mohly, nemusí už snad z důvodů procesní ekonomie být do řízení vpuštěny, účastníci, kteří jimi disponovali, je neshledali relevantními (diskursivní teorie nenutí argumenty vnášet, toliko pro to poskytuje prostor). Třeba v případě, že jimi disponovala jen jedna strana a nevnesla je, druhá strana je však odhalila až po skončení prvního řízení, bylo by absurdní této straně jejich vnesení upírat. Takový postup odporuje diskursivnímu přístupu, který by neměl některou ze stran zvýhodňovat – rovnost účastníků patří mezi základní předpoklady ideální řečové situace. Z pohledu diskursivní teorie tedy lze zpochybnit exkluzivitu vnášení skutečností nově vzniklých v odvolacím řízení. Úprava vpouštějící nova producta i nova reperta by nejenže

¹²⁰ Renáta Šínová, Klára Hamuláková, *Civilní proces. Obecná část a správní řízení* (C. H. Beck 2020) 412.

lépe korespondovala s pravidly vedení diskursu, rovněž by o něco zjemnila strategickou racionalitu řízení. Tak alespoň z pohledu diskursivní teorie.

Podobným způsobem by bylo možné rozebrat i další obdobná institucionální omezení sporného civilního procesu, jako třeba dovolání či obnovu řízení. Obzvláště obnova řízení je v tom smyslu fascinujícím institutem, že, na rozdíl od odvolání, umožňuje vnášet nova reperta, tedy skutečnosti existující v původním řízení, ovšem bez zavinění neuplatněné. Umožňuje ovšem vnášet i nova producta.¹²¹ Taková úprava se zdá ve značné míře nesmyslná, vzhledem k námitkám vzneseným proti úpravě odvolání. Obnova řízení v aktuální úpravě jen dále tříští diskurs a dekoncentruje projednání argumentů ve vzájemném poměru. Racionálnější by se zdála úprava klidně restriktivnější co do obnovy řízení, kdyby řádný opravný prostředek (odvolání) umožňoval plné projednání všech možných argumentů v jejich vzájemné souvislosti.

Soudní aplikace práva v civilním soudnictví je mimořádně komplikovaným postupem, všechny jeho aspekty tu tedy probrat nelze. K výše podanému příkladu vycházejícího ze čtvrtého pravidla diskursu, dovolím si přidat ještě jeden. Ten vychází z požadavku volného vstupu do diskuse.

Dlouho probíranou otázkou je tzv. advokátský proces. Řešená otázka je v zásadě taková, nemá-li být každý účastník již v prvním stupni soudního řízení zastoupen advokátem.¹²² Dosavadní přístup je opačný, tj. advokátní zastoupení není nutné potud, pokud tak zákon přímo nestanoví. Varianta advokátského procesu je z pohledu diskursivní teorie jednoznačně preferovaná. Nebrání totiž účastníkům, aby své argumenty do diskursu dostali, toliko přidává další osobu s profesionálním osobním zázemím, která je schopná dodat do pomyslného kolbiště množství dalších, odborných, argumentů. Taková varianta se zdá být jednoznačně pozitivní. Je ovšem třeba zajistit, aby takovéto institucionální omezení nebránilo osobám vůbec do takového aplikačního diskursu vstoupit. Jednalo-li by se o ekonomickou překážku, která by mohla ekonomicky slabší jedince od soudu odradit, bylo by takové řešení zcela nepřijatelné a škodlivé. Bylo by tedy vyžadováno druhotné kompenzační opatření, které by řešilo případné negativní efekty.¹²³

Zavedení advokátského procesu s takovými opatřeními by přispělo ke kompenzaci limitace požadavku volného vstupu do řízení. Požadavek omezené propustnosti účastníků, plynoucí z institucionálních omezení daného typu aplikace práva, by přitom nebyl nijak popřen (spor by zůstal mezi dvěma stranami), v rámci jeho limitů by však bylo dosaženo maximalizace institucionální kompenzace dané limity. Ideální řečová situace by dosažena přirozeně nebyla. Připomínám ovšem, že nám jde pouze o aproximaci k ní, v rámci požadavků plynoucích ze

¹²¹ Ibid. 430.

¹²² Viz ostatně „Věcný záměr civilního řádu soudního“ (Ministerstvo spravedlnosti České republiky), [https://msp.gov.cz/documents/12681/2872506/V%C4%9Bcn%C3%BD+z%C3%A1m%C4%9B_final_2017.pdf/7d99428a-
ea94-4b54-8bc8-7e64b22eb4ca](https://msp.gov.cz/documents/12681/2872506/V%C4%9Bcn%C3%BD+z%C3%A1m%C4%9B_final_2017.pdf/7d99428a-
ea94-4b54-8bc8-7e64b22eb4ca), citováno 3. 12. 2025.

¹²³ Takové opatření by pak patrně muselo mít povahu ekonomické subvence stran státu.

skutečností stojících mimo právní diskurs. Ideální variantou pro diskursivní teorii přitom samozřejmě nebude sporné řízení, ale mediace či mediální arbitráže.¹²⁴

Rozhodujícím faktem, který je společný všem institucionálně omezeným aplikacím práva, které zde budu probírat, je ten, že je tu jasně dána osoba, která diskurs končí závazným rozhodnutím. Takové nastavení jde přímo proti předpokladu, že diskurs končí okamžikem uplatnění všech argumentů. To je fakt, který nelze rozporovat. Je ovšem dobré upozornit, že soud sice nakonec rozhodne autoritativně, ale měl by tak činit po dostatečném projednání věci, ke kterému došlo za spolupráce se stranami. To, že soudce může jednat jednostranně, neznačí, že tak činit má či musí. Vedení diskursu je v rukou soudce, ten ovšem rozhoduje na základě míry jistoty. Tu přitom v prvé řadě ovlivňují strany – kladením argumentů. Až v okamžiku, kdy se diskurs zastaví a další argumenty již nemají sílu posunout soudcovu míru přesvědčení, může být aplikační proces zastaven.¹²⁵ Autoritativnost rozhodování jednoho účastníka tak jistě působí proti předpokladu ideální řečové situace spočívajícím v rovnosti nařizovacích kompetencí, celkové institucionální nastavení se však zdá vhodně tento nedostatek kompenzovat. Jednostrannost zde totiž dodává punc autority, nevytváří pravdu.

Uvedené příklady ilustrují limitace uplatnění diskursivních pravidel v reálném aplikačním diskursu civilní sporné aplikace práva soudy. Nezdá se přitom, že by zde byla diskursivní pravidla zcela neuplatnitelná ani pro ryze strategickou podstatu sporného procesu, ani pro institucionální limitace spojené s procesním právním rámcem. Nejenže zde ryze strategické myšlení přítomné není, legislativní rámec dokonce umožňuje aplikaci diskursivních pravidel přímo. Ovšem ani v případech, kdy k přímé aplikaci dojít nemůže, protože jsou skutečně limitována institucionálním nastavením daného aplikačního procesu, nestávají se pravidla vedení diskursu irelevantními. Mohou sloužit jako hledisko přezkumu institucionálního nastavení na vyšší úrovni – úrovni legislativní. Netřeba připomínat, že legislativní nastavení (tj. institucionální omezení diskursu) přímo ovlivňuje aplikační proces, a diskursivní teorie tak působí na konkrétní akty aplikace.

3.3.1.b Aplikace práva civilními soudy v řízení nesporném

Již jen krátce se zastavím u nesporných řízení. Připomínám, že jejich vymezení není dáno tím, že by proti sobě jednotliví účastníci nespороvali, nebyli na sebe takřkajíc naštvaní. Osobní vztahy mohou diskurs ovlivnit, nejsou ovšem definiční pro pojem „nesporných řízení“. Ta jsou vymezena jako aplikace práva soudy (I), závazně rozhodujícími o právech (II), která zakládají (povětšinou, hranice tu není ostrá) (III)¹²⁶, v rámci civilního práva (IV.β) České republiky (IV.α).

¹²⁴ Jakkoliv úvaha nemůže být takto jednostranná, i podobné alternativní způsoby řešení sporů nesou své náklady. K tomu více Francisco Cabrillo, Sean Fitzpatrick, *The Economics of Courts and Litigation* (Edward Elgar 2008) 210.

¹²⁵ A soudce se tehdy dostane do stavu non liquet a rozhodne podle objektivního důkazního břemene nebo nabude přesvědčení o správnosti jednoho z postojů. Nerozhoduje svévolně, rozhoduje argumentačně. Viz Petr Lavický, *Důkazní břemeno v civilním řízení soudním* (Leges 2017) 43.

¹²⁶ Flanderková, Šlejharová (n 78) 23.

Nesporná řízení je poměrně komplikované vymezit co do jejich rozdílu s řízeními spornými. Nabízí se negativní vymezení – řízení, která nejsou sporná, jsou nesporná. Sporná řízení pak nejsou ta, která nejsou budována na principu antagonismu, a vůdčí zásadou tak není zásada dispoziční, ale zásada oficiality.¹²⁷

Takovéto vymezení přitom samo o sobě ve značné míře oslabuje přítomné prvky strategické racionality. Platí sice, že zde nemůžeme počítat s dokonale komunikativně racionálními účastníky, a nadále tak není možné dosáhnout ideální řečové situace, institucionální nastavení tohoto aplikačního postupu však umožňuje širší naplnění pravidel vedení diskursu.

Tím nemá být řečeno, že výše podaná omezení řízení sporného se tu neuplatní – otázka opravných prostředků i právního zastoupení zůstává nezměněna. Celkové nastavení procesu je však otevřenější naplnění požadavků diskursu. Nejedná se například o řízení dvou proti sobě stojících stran, jejichž dispoziční oprávnění jsou pro proces určující. Soud zde má aktivnější úlohu, která mu umožňuje vpouštět do řízení další účastníky a sám vyhledávat argumenty (důkazy). Soud zde tedy nejenže spolupracuje se stranami, které mu poskytují argumenty, sám dokonce argumenty vyhledává a doplňuje.¹²⁸

Pokud jde o pravidla první a druhé kategorie (1.1–3, 2.1–2), je zde přítomen podobný problém jako v řízení sporném. Není vždy možno předpokládat, že se budou strany chovat komunikativně, a nikoliv strategicky. I zde nicméně platí, že pro strany bude spíše výhodné postupovat podle racionality komunikativní než strategické. Tehdy, když tomu tak nebude, může zde navíc zasáhnout soud tak, aby tento diskursivní nedostatek zmírnil vlastní aktivní činností. Aproximace ideální řečové situací se zde zdá jednodušší.

Pravidla třetí kategorie jsou tu naplňována spolehlivěji již proto, že proces není budován na sporu dvou stran, ale do řízení lze vpouštět širší množství účastníků, kteří mohou pohledy vhodně doplňovat.¹²⁹ Nesporné řízení se tak zdá relativně otevřené diskursivním pravidlům, jakkoliv je zde není možné naplnit cele, a je tak třeba pracovat i s diskursivní legitimací institucionálních omezení. Obecně lze nicméně konstatovat, že povaha nesporné aplikace práva civilními soudy se blíží spíše situaci ovládané komunikativní racionalitou, a připouští tak širší uplatnění pravidel diskursu.

3.3.2 Správní aplikace práva

Vedle aplikace práva soudy je třeba zmínit ještě aplikaci práva správními orgány, tj. aplikaci orgány veřejné správy (I), za všech variant kategorie II (nebo správní právo je neuvěřitelně širokou disciplínou a to, zda se jedná o rozhodování o právech ve správním řízení, realizaci kompetencí v exekutivním jednání úřadů či výkon práv v případě správní exekuce, závisí na konkrétním případě), s deklaratorními i konstitutivními účinky (III), v rámci správního práva (IV.β) České republiky (IV.α). V tomto případě je těžké, či takřka nemožné sjednoceně vyložit alespoň nástin procesních situací, v nichž mohou být diskursivní pravidla uplatněna či kde je jejich užití naopak vyloučeno. Správní orgány rozhodují v nepřeborném množství

¹²⁷ Ibid. 46.

¹²⁸ § 20–21 zákona č. 292/2013 Sb., zákon o zvláštních řízeních soudních.

¹²⁹ Jakkoliv je tato možnost i zde věcně omezena, viz § 6–7 zákona č. 292/2013 Sb., zákon o zvláštních řízeních soudních.

situací, které se od sebe liší věcnou i procesní podstatou. Obecně lze ovšem konstatovat, že základní nastavení působení správních orgánů ve správním řízení je podobné soudnímu nespornému řízení.¹³⁰ Tento komunikativní charakter je přitom zdůrazněn i tím, že se zde uplatní požadavky principů dobré správy.¹³¹ Ty nejenže vedou k naprosté nemožnosti antagonistického postavení orgánu veřejné moci ve vztahu k účastníkům a zakotvují tak princip smírného řešení a kooperace, zároveň vedou ke zjemnění autoritativního postavení orgánu veřejné moci v tom smyslu, že jeho zájmem není toliko dosáhnout konkrétního cíle ve veřejném zájmu, ale dobrat se rovněž všestranně uspokojivého řešení – neboť i to je jisté ve veřejném zájmu.¹³² Vzhledem k tomu, že ani vztah účastníků pravidelně nebude přímo protichůdný (výjimkou mohou být samozřejmě řízení sporná), lze konstatovat, že pravidla diskursu tu mají solidní prostor pro uplatnění.

I zde patrně platí že největším problémem v institucionalizovaném prostoru bude nedostatek času jednak pro dostatečně důslednou výměnu argumentů, jednak pro pravidlo čtvrté, tj. revize epistemologické situace. Na straně druhé ani ve správním řízení není rozhodující orgán vázán důkazními návrhy účastníků a má prokazovat stav takový, jaký je, nezávisle na jejich tvrzeních.¹³³ Vzhledem k této podobnosti s civilním nesporným procesem pak lze předpokládat stejný nárok na požadovanou míru důkazu.

Ostatní předpoklady diskursu i jeho pravidla pak lze posuzovat relativně stejně, jako to je u alternativ civilního procesu.¹³⁴ Uplatnění diskursivních požadavků je tu tedy převážně stejné a lze konstatovat, že diskurs může být i v institucionálních omezeních správního řízení veden, jakkoliv se jedná o diskurs toliko aproximující ideálnímu.

Závěr

Největší kritika stran Habermasovy teorie, kterou jsem popsal v první kapitole, se v podstatě týká toho, že aplikační právní diskursy nefungují na bázi komunikativní racionality, která je východiskem diskursu. Chápeme-li ovšem komunikativní racionalitu na základě její kritiky pouze jako variantu strategické racionality, tento problém se nezdá být tak zásadní.¹³⁵ Komunikativní racionalita se stává na cíl zaměřenou aktivitou, ovšem stmelující aktéry diskursu prostřednictvím snahy o vzájemné porozumění. Zdá se mi, že instituty jednotlivých aplikačních diskursů, jak byly na příkladech popsány v kapitole třetí, umožňují uplatnění takové komunikativní racionality nebo strany do takové racionality přímo nutí. A není-li tomu tak, je diskursivní teorie vhodným základem pro kritiku takové právní úpravy, směřující k potenciálním změnám. Faktem je, že ideál řečové situace nemůže být

¹³⁰ Nesporná povaha je ostatně zdůrazněna existencí zvláštní kategorie správních řízení označených jako řízení sporná. Sporná jsou tedy jen některá řízení, nesporných je většina. Podrobně Lukáš Potěšil, „§ 141 [sporné řízení]“ in Lukáš Potěšil, David Hejč, Filip Rigel, David Marek, *Správní řád*. 2. vydání (C. H. Beck 2020) 708.

¹³¹ Karel Černín, *Principy dobré správy* (Wolters Kluwer 2019) 57.

¹³² *Ibid.* 143.

¹³³ § 52 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád.

¹³⁴ Míneho zde nesporné řízení soudní k správnímu řízení a sporné řízení soudní ke spornému správnímu řízení.

¹³⁵ Uwe Steinhoff, *The Philosophy of Jürgen Habermas. A Critical Introduction* (Oxford University Press 2009) 4 a násl.

potlačen ve všech aplikačních diskurzech (hlavně těch institucionalizovaných) už proto, že komunikativní racionalita zde nemůže být úplná, prvky myšlení strategického přetrvávají. Nelze však hovořit o absolutní překážce, jak prezentuje Engländer.¹³⁶

Není-li tedy konečnou překážkou komunikativní racionalita, můžeme jednotlivé aplikační diskursy rozebírat prostřednictvím jednotlivých předpokladů a pravidel diskursu. Prostor pro jejich uplatnění se samozřejmě liší. Jiný je u neaplikačních diskursů, jiný je u aplikačních. Jiný je u institucionalizovaných aplikačních diskursů, jiný u neinstitucionalizovaných. Všechny formy aplikace práva však umožňují aplikaci diskursivních pravidel v nějaké míře, čímž umožňují aproximovat ideální řečové situaci. Taková aproximace pak vede k rozšíření pole pro výměnu argumentů a v důsledku k lepšímu řešení daných otázek – tak alespoň pohledem diskursivní teorie Jürgena Habermase v její časem oslabené variantě.

Diskursivní teorii není proto dobré zahrnout s odkazem na její non-positivistický základ, který není rozhodující pro samotný aplikační diskurs, ani s odkazem na dvě výše probrané námitky. Naopak je třeba ji chápat jako vhodný nástroj pro procedurální základ aplikace práva, nebo alespoň jako referenční kritérium kritiky platné legislativy. Jakkoliv pak tento článek uvedené činí jen demonstrativně, jednotlivé aplikační formy (kapitola druhá) umožňují rozsáhlou a hloubkovou analýzu.

¹³⁶ Engländer (n 86) 150.

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!

DIGESTA IUSTINIANI



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