

7

VEŘEJNÝ ROZUM A PRÁVO

Public reason a public justification,⁷⁷⁴ čili veřejný rozum a veřejné ospravedlnění, společně tvoří jeden z konceptuálních a tematických pilířů současné politické filosofie.⁷⁷⁵ V rámci liberalismu se pak jedná o jeden z momentálně nejprogressivnějších výzkumných programů, jehož všudypřítomnost vyprovokovala k odmítavým až podrážděným reakcím nejen kritiky liberalismu jako takového, ale

⁷⁷⁴ Vřelé díky za komentáře k textu náleží Martinu Haplovi a Tomáši Sobkovi. Kapitola vznikla v rámci grantového projektu GAČR *Jak dál s veřejným rozumem? Kritiky a obhajoby veřejného ospravedlnění podle liberalismu* (GA19-11091S).

⁷⁷⁵ Jako v případě řady dalších termínů z oblasti politické filosofie zde chybí terminologická ustálenost. Nespátřuji ovšem příliš prostoru pro jazykovou kreativitu, z důvodů, jež by měly být zřejmé z následujících stránek. Jedna z nabízejících alternativ je hovořit o public justification jako veřejném *zdůvodnění* či *zdůvodňování*, neboť *ospravedlnění* v běžném významu konotuje akt jakéhosi „proviněného“ hájení činu (zpětně či preventivně), který se zdá být *pro tanto* nemorální či jinak nepřijatelný. *Zdůvodnění* ovšem pro změnu konotuje racionalistické chápání justifikace jakožto argumentační výměny. Ač ta tvoří významnou a v mnoha očích jedinou část veřejného ospravedlnění, implicitně jsou tak delegitimizovány další možné mody ospravedlnění (například vyjednávání či sociálně-evoluční přístup). Neutrální půdu nabízí anglicismus *justifikace* a jeho varianty, k němuž se budu průběžně také uchylovat.

také řadu „non-public reason liberálů“. Předmětem tázání je zde politická legitimita (či legitimita politické autority), tedy jeden z určujících problémů politického myšlení v podstatě od jeho počátků; pokud máme být o něco specifictější, pak teoretizování o veřejném rozumu je možno v prvním přiblížení rozumět jako současné reflexi otázek, které byly nastoleny v klasických dílech o společenské smlouvě v podání Hobbese, Locka, Kanta či Rousseaua.⁷⁷⁶ Jak koherentně spojit fakt hluboké diverzity a z ní plynoucích hlubokých neshod ve všelijakých oblastech lidského konání s představou, že výkon politické moci je v nějakém smyslu vyjádřením vůle všech občanů daného politického tělesa? Jak vysvětlit existenci politického závazku i na straně těch, kdo s rozhodnutími politické autority hluboce nesouhlasí, jestliže není k dispozici nekontroverzní teologické či metafyzické zdůvodnění? Či z druhé strany – proč nebyt (filosofickými) anarchisty?⁷⁷⁷ Odpovědi na všechny tyto otázky budou variacemi na obecnou tezi, že rozhodnutí politické autority (obvykle se má na mysli stát) musejí být přijatelná pro všechny – či lépe řečeno, zdůvodnitelná všem –, kdo jsou jim podřízeni. Nebude překvapením, že interpretace každého dílku z této skládky přináší značnou filosofickou výzvu, čemuž odpovídá hloubka i sofistikovanost soudobých diskuzí o veřejném rozumu a veřejném ospravedlnění.

Mělo by něco z toho zajímat filosofii *právní*? V této kapitole se pokusím ukázat, že ano, nicméně pár slov je možno utratit už zde. Jeden nabízející se důvod je ten, že legitimita politické autority velmi úzce souvisí s legitimitou práva jako takového, tím více v ústavní demokracii, jež chce být právním státem: slepota k prvnímu podrývá druhé, což jistě zajímá i právní pozitivisty, kteří jinak nechtějí studium práva jako sociálního faktu kontaminovat normativními úvahami. S tím úzce souvisí jistý interní rys politickofilosofické debaty o veřejném rozumu a veřejném ospravedlnění, totiž že předmětem úvah nemusí být politická autorita jako taková, ale právě právní normy – coby výstupy jejího fungování

⁷⁷⁶ Srov. eseje v TURNER, Piers N. a Gerald F. GAUS (eds.). *Public reason in political philosophy: classic sources and contemporary commentaries*. New York: Routledge, 2018.

⁷⁷⁷ SOBEK, Tomáš. *Problém legitimní autority I*. *Právník*. 2013, roč. 152, č. 6, s. 547 a n.; GREGÁREK, Matěj. *Stát oběma nohama na zemi*. Praha: Leges, 2018; HUEMER, Michael. *The Problem of Political Authority: An Examination of the Right to Coerce and the Duty to Obey*. Basingstoke: Palgrave Macmillan, 2013; SIMMONS, A. John. *Justification and Legitimacy: Essays on Rights and Obligations*. Cambridge: Cambridge University Press. Jedná se o svěbytnou „akademickou“ formu anarchismu, která nemá nutně mnoho společného s anarchismem jako tradiční politickou ideologií/hnutím vyzývajícím k aktivnímu odporu vůči státu. K tomu viz TOMEK, Václav a Ondřej SLAČÁLEK. *Anarchismus: svoboda proti moci*. Praha, Vyšehrad, 2006; WARD, Colin. *Anarchism: A Very Short Introduction*. Oxford: Oxford University Press, 2004.

– jako jakási střední úroveň reflexe.⁷⁷⁸ Dále lze předložit oblíbený argument autoritou, tedy poukaz na skutečnost, že místo veřejného rozumu v právní filosofii prozkoumávají i někteří její přední představitelé.⁷⁷⁹ To naznačuje, že poměrně sofistikovaný konceptuálně-teoretický aparát, který veřejné ospravedlnění rozpracovává, může otevírat nové pole jurisprudenční reflexe. Tato kapitola si klade za cíl ukázat, v jakém smyslu a v jakých směrech může recepce veřejného ospravedlnění a veřejného rozumu přispět k zodpovězení jak nejhlubších otázek po zdroji legitimacy nebo účelu práva, tak o něco mělčích, leč neméně důležitých problémů ústavního inženýrství a odvozeného institucionálního designu.⁷⁸⁰

7.1 Proč veřejný rozum?

Jak zdůvodnit legitimitu politické moci v situaci hluboké normativní diverzity, která se přelévá do neshod v otázkách morálních, metafyzických i praktických – stručně řečeno, koncepcích dobrého života –, a přitom zachovat respekt ke všem jedincům, kteří jsou této moci podřízeni? Odlišné názory a přesvědčení přitom nejsou nezbytně důsledkem nevzdělanosti nebo kognitivní nedostatečnosti, nýbrž v prvé řadě výsledkem svobodného používání rozumu v podmínkách liberální (ústavní) demokracie, jež zaručuje svobodu svědomí, projevu, vědeckého bádání a tak dále.⁷⁸¹ Jedním z definičních znaků veřejné moci je ovšem hrozba fyzického donucení, která v posledku stojí za nárokem autoritativně stanovovat

⁷⁷⁸ QUONG, *Liberalism Without Perfection*. Oxford: Oxford University Press, 2011; viz též 6.1 v této kapitole.

⁷⁷⁹ Například Wojciech Sadurski nebo Lawrence Solum (viz reference ve zbytku kapitoly).

⁷⁸⁰ Kapitola zároveň rozvíjí témata pluralismu, diverzity a neshody z mého nedávného textu o lidských právech a veřejném ospravedlnění; viz DUFEK, Pavel. *Lidská práva, ideologie a veřejné ospravedlnění: Co obnáší brát pluralismus vážně*. *Právník*. roč. 157, č. 1, 2018, s. 50–70.

⁷⁸¹ Netvrdím, že se v liberální demokracii vůbec na ničem neshodneme; málokdo si bude přát život v co největší chudobě a bídě nebo všudypřítomné riziko násilné smrti (ale viz anarchoprimitivistické odmítnutí moderní civilizace a volání po návratu k lovecko-sběračskému způsobu života mj. v ZERZAN, John. *Future Primitive and Other Essays*. Autonomedia 1994). Nicméně ačkoliv si můžeme odkývat, že větší bezpečí a blahobyt zřejmě skoro nikoho neurazí, záhy se začnou výrazně rozcházet názory na to, jak těchto obecně vymezených cílů dosáhnout (a občas i co si pod nimi vlastně představít) – a to i mezi „experty“, jak ukazuje FRIEDMAN, Jeffrey. *Power Without Knowledge: A Critique of Technocracy*. Oxford: Oxford University Press, 2019. Stejnou problematiku bude čelit mimo jiné i tzv. *právní welfarismus* jako svěbytný přístup k povaze a účelu práva stavící na hodnotě dobrého života, respektive blahobytu (*well-being*); srov. SOBEK, Tomáš. *Právní welfarismus*. In: MACHALOVÁ, Tatiana a kol. *Aktuální otázky metodologie právního myšlení*. Praha: Leges, 2014, s. 274–323.

práva a povinnosti subjektů práva.⁷⁸² Přinejmenším liberalismus jako dominantní politická teorie i ideologie moderní doby, jejíž základní principy a hodnoty se pevně usídlily v ústavních rádech soudobých demokracií, operuje s morální prioritou jedince a zároveň morální rovností všech lidí. Mají ale všichni dotčení jednotlivci důvod nejen přijmout existenci veřejné moci jako fakt reality, ale také svůj politický závazek internalizovat v zájmu dlouhodobé stability politického řádu, přestože v politickém soutěžení prohráli nebo dokonce prohrávají opakovaně? Jak poznamenal už před časem Robert Nozick, fundamentálním problémem politické filosofie je právě (vy)nalezení přesvědčivé odpovědi na anarchistickou výzvu.⁷⁸³

Dvěma tradičními kritérii legitimacy jsou na jedné straně Pravda o morálce či politice a na straně druhé Souhlas dotčených. Fakt hluboké diverzity a neshody ovšem podrývá přesvědčivost obou, nehledě na to, že lidé se k sobě v dějinách kvůli domnělým velkým pravdám o světě a společnosti dost často chovali velmi nepěkně. Pokud ale nebudeme chápat první kritérium v termínech *empirického* souhlasu („toto všichni odkývali“), nýbrž souhlasu *hypotetického* („toto je odkývatelné všemi“), otevírá se cesta k filosofickému ospravedlnění politické autority i jejích jednotlivých rozhodnutí. Toto zdůvodnění musí být *veřejné*, přičemž přívlástek „veřejný“ zde nabývá technického významu coby „potenciálně přijatelný všemi členy relevantní veřejnosti, vůči níž se ospravedlnění děje“. Jinými slovy, každý člen této veřejnosti musí mít dostatečné důvody k podpoře dané normy či politické autority jako takové. To je podstatou tzv. *liberálního principu veřejného ospravedlnění*. Politický filosof tedy musí svým způsobem „přemýšlet za všechny“ a tuto perspektivu nějak zabudovat do samotné své teorie, přičemž jednou z hlavních os sporu je právě míra, do jaké lze nahradit uvažování reálných občanů myšlenkovými procesy filosofa (viz 6.4 v této kapitole).

Ideje veřejného rozumu a veřejného ospravedlnění mají ovšem regulativní funkci i ve vztahu k fungování liberálně demokratické společnosti samotné, neboť na rovině teorie odhalují žádoucí podobu vztahu jednak mezi vládou a občany a jednak mezi občany navzájem – přesněji řečeno, „na nejhlubší úrovni specifi-

⁷⁸² HUEMER, 2013, op. cit., s. 8. Srov. diskuzi k autoritě práva v protikladu k faktu poslušnosti a hrozbě donucení v HART, H.L.A. *Pojem práva*, Praha: Prostor, 2004, s. 199–201.

⁷⁸³ NOZICK, Robert. *Anarchy, State and Utopia*. New York: Basic Books, 1974, s. 4. V českém prostředí rozvíjí tuto linii úvah v poslední době GREGÁREK, 2018, op. cit.

kují základní morální a politické hodnoty“, o něž se tyto vztahy opírají.⁷⁸⁴ Předkládání důvodů ve prospěch či neprospěch nějakého aktu veřejné moci, například zákona o adopci dětí nebo otevření hranic migrantům, je koneckonců velmi reálná společenská aktivita, která neprobíhá primárně na stránkách odborných publikací. Veřejný rozum a veřejné ospravedlnění tak představuje jakýsi most mezi politickou teorií a praxí, neboť ačkoliv si podržuje charakter teoretického nástroje s preskriptivními i evaluativními ambicemi, do tohoto teoretického jazyka překládá každodenní aktivity ústavních institucí i samotných občanů.

V tomto ohledu zároveň získává na důležitosti odlišení veřejného rozumu od veřejného ospravedlnění: veřejné ospravedlnění označuje jak samotný proces ospravedlňování, tak samotný cíl v podobě úspěšné justifikace, zatímco veřejný rozum specifikuje omezení a podmínky tohoto procesu – Rawlsovými slovy ztělesňuje „pravidla regulující rozumnou politickou diskuzi.“⁷⁸⁵ Jelikož jsme jednomyslný konsenzus vyloučili jako vysoce nepravděpodobný, jeví se stanovení takových pravidel jako zcela klíčový prvek legitimizačních teorií – v neposlední řadě i proto, že tato pravidla mají vyjadřovat ústřední liberální hodnotu rovného respektu vůči každému jednotlivci, která vůbec zakládá problém legitimní autority v tom smyslu, v jakém jsme ho zde nastínili. Laicky řečeno, veřejný rozum stanovuje, co a jak se v těchto interakcích smí, nesmí nebo musí, a také pro koho tato omezení platí, přičemž jedním z hlavních aspektů je povaha předkládaných důvodů.⁷⁸⁶ Pro liberály všech směrů a barev tak například není přijatelná obhajoba přítomnosti křesťanských křížů ve školních třídách na základě argumentu, že křesťanství říká pravdu o člověku a světě – prostě proto, že nekřesťan nemůže při nejlepší vůli přijmout takový argument za svůj (a ještě spíše bude pocítovat neúctu k vlastním přesvědčením).⁷⁸⁷ Tuto „obsahovou“ stránku veřejného rozumu lze proto chápat jako soubor *vylučujících důvodů* (v terminologii Josepha Raze), tedy takových důvodů druhého řádu, které blokují předložení jiných dů-

⁷⁸⁴ RAWLS, John. The Idea of Public Reason Revisited. *The University of Chicago Law Review*. 1997, Vol. 64, No. 3, s. 765–807.

⁷⁸⁵ RAWLS, John. *Political Liberalism*, Expanded edition. New York: Columbia University Press, 2005, s. 139.

⁷⁸⁶ RAWLS, 1997, op. cit., s. 767. Viz též sekci 6 této kapitoly.

⁷⁸⁷ Zdali existují jiné všeobecně přijatelné důvody pro vyvěšení křížů ve školách je jiná otázka. K tomuto viz úvahy německého Spolkového ústavního soudu v nálezu 93 BVerfGE 1 (1995) (*Kruzifix*); výstižný komentář poukazující na přesahy do dalších zásadních otázek náboženské svobody viz KOMMERS, Donald P. a Russel A. MILLER. *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*. 3rd. Ed. Durham a London: Duke University Press, 2012, s. 577 a n.

vodů, na jejichž základě by jinak bylo možno jednat nebo které by přidaly váhu na tu či onu stranu zdůvodňování.⁷⁸⁸

7.2 Trable s rozumností

Odklon od empirického zkoumání aktuálního souhlasu směrem k souhlasu potenciálnímu lze vyjádřit i tak, že se nevyžaduje dobrozdání všech reálně existujících členů společnosti. Či ještě jinými slovy, *relevantní* veřejnost nyní není tvořena „empirickými občany“, nýbrž takovými členy, kteří splňují určité dále specifikované podmínky (ty ovšem může řada „empirických občanů“ splňovat). Tento „práh inkluze“ je obvykle definován prostřednictvím kritéria *rozumnosti* (*reasonableness*), kterou tak můžeme chápat jako výhonek omezující funkce veřejného rozumu: nerozumná přesvědčení, argumenty a je prosazující aktéři jsou postaveni pro účely justifikace postavení mimo hru, což mimo jiné znamená, že k jejich nesouhlasu se nepřihlíží a na jejich souhlas se nečeká, byť přiměřená snaha o „přivedení k rozumnosti“ prostřednictvím diskuze, vzdělávání a podobně se předpokládá. Veřejný rozum tak má ambici stanovovat pravidla pouze rozumné neshody, nikoliv té nerozumné: pokud někdo bude zatvrzele trvat na tom, že planeta Země se neotepluje, nebo že bychom měli znovu zavést otroctví, ze zorného pole veřejného ospravedlnění vypadává. Již zde ovšem předznamenáme, že vymezení sféry rozumného a nerozumného, případně rozumných a nerozumných aktérů, představuje jeden z neuralgických bodů celého projektu veřejného ospravedlnění a veřejného rozumu. Ne vždy totiž půjde o „easy cases“ jako vyloučení neonacistů nebo primitivních konspiračních teorií.

Na první pohled se může zdát, že prostřednictvím rozumnosti dochází k průniku mezi politickou filosofií a právní teorií, neboť v oblasti práva nachází tento termín širokého využití,⁷⁸⁹ například v konceptu „rozumné osoby“ či „rozum-

⁷⁸⁸ RAZ, Joseph. *Legitimate Authority*. In: RAZ, *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*. Oxford: Oxford University Press, 1979, s. 22 a n. Pro užitečnou diskuzi vztahu veřejného rozumu a vylučujících důvodů viz SADURSKI, Wojciech. *Public Reason in the Universe of Reasons*. *Jus Cogens*. 2019. Vol. 1, No. 1, s. 47–49; srov. též THOMPSON, Dennis. *Public Reason and Precluded Reasons*. *Fordham Law Review*. 2001, Vol. 72, No. 5, s. 2073–2088.

⁷⁸⁹ BONGIOVANNI, Giorgio, Giovanni SARTOR a Chiara VALENTINI. Introduction. In: BONGIOVANNI, SARTOR a VALENTINI (eds.), *Reasonableness and Law*. Dordrecht: Springer, 2009, s. xi.

ného člověka“ (*reasonable person*),⁷⁹⁰ nebo jako regulativní idea stojící v pozadí testu proporcionality.⁷⁹¹ Když se ale podíváme blíže, ukáže se, že se ve skutečnosti jedná o převážně mimoběžné diskursy, které se protínají spíše nahodile.⁷⁹² V právu je totiž termín používán jako otevřená kategorie, jejíž podoba a významová náplň se flexibilně proměňují v závislosti na oblasti použití a právním odvětví. Pro účely určení hranice mezi rozumným a nerozumným v zájmu veřejného ospravedlnění ovšem nese taková pružnost nevídané důsledky, neboť nabývá charakteru pojmové (sémantické) víceznačnosti nebo vágnosti⁷⁹³ – obecně *neurčitosti*.⁷⁹⁴ Neurčitost práva lze za normálních okolností chápat jako jeho defekt, protože znamená, že právo, respektive jeho interpretace, neposkytuje jednoznačné řešení právního problému. Opřít legitimitu státu o neurčitý pojem typu „společného dobra“ nebo autoritu zákona o jaderné energetice o „prosperitu“ (či protiteroristický zákon o „bezpečnost“) může být prakticky užitečné, nicméně jedná se o filosoficky podezřelý krok, protože o tom, co znamená prosperita, bezpečnost, nebo jestli vůbec existuje nějaké společné dobro, se vedou spory

⁷⁹⁰ MANGINI, Michele. Is the Reasonable Person a Person of Virtue? *Res Publica* [online]. 2019 [cit. 8. 2. 2020]; MACCORMICK, Neil. *Rhetoric and the Rule of Law: A Theory of Legal Reasoning*. Oxford: Oxford University Press, 2005, kap. 9, s. 162–188; RIPSTEIN, Arthur. Reasonable Persons in Private Law. In: BONGIOVANNI et al., 2009, op. cit., s. 255–281.

⁷⁹¹ ALEXI, Robert. The Reasonableness of Law. In: BONGIOVANNI et al., 2009, op. cit., s. 6; KUMM, Matthias. The Idea of Socratic Contestation and the Right to Justification: The Point of Rights-Based Proportionality Review. *Law & Ethics of Human Rights*. 2010, Vol. 4, No. 2, s. 141–175; SADURSKI, 2009, op. cit., s. 135; ČERVÍNEK, Zdeněk. Metoda reasonableness a ochrana socioekonomických práv v Jihoafrické republice: Variace na metodu proporcionality nebo modifikace paradigmatu základních práv? *Právník*. 2018, roč. 157, č. 6, s. 465–494; BARAK, Aharon. *Proportionality: Constitutional Rights and their Limitations*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012, kap. 13; BOBEK, Michal. Reasonableness in Administrative Law: A Comparative Reflection on Functional Equivalence. In: BONGIOVANNI et al., 2009, op. cit., s. 325.

⁷⁹² SADURSKI, Wojciech. Reasonableness and Value Pluralism in Law and Politics. In: BONGIOVANNI et al., 2009, op. cit., s. 129.

⁷⁹³ Víceznačný (*ambiguous*) pojem má více než jeden význam, takže například nemusí být jasné, jestli rozumnost znamená vzdělanost, výšku IQ, instrumentální efektivitu nebo ochotu k diskuzi. Vágní pojmy mají rozmazané hranice: Pokud se rozhodneme chápat rozumnost jako ochotu k diskuzi, tak jistě existují situace, za kterých není diskuze dobrý nápad a neochotu k diskuzi tudíž nemá smysl označovat za nerozumnou – jenže není vždy evidentní, kdy taková chvíle nastává. Srov. dále DOWDING, Keith a William BOSWORTH. Ambiguity and Vagueness in Political Terminology: On Coding and Referential Imprecision. *European Journal of Political Theory*, OnlineFirst, 1–20; KIEL, Geert a Ralf POSCHER (eds.), *Vagueness in the Law: Philosophical and Legal Perspectives*. Oxford: Oxford University Press, 2017; ENDICOTT, Timothy. *Vagueness in Law*. Oxford: Oxford University Press, 2000.

⁷⁹⁴ Srov. mj. BÁRÁNY, Eduard. Neurčitost v práve. *Časopis pro právní vědu a praxi*. 2017, roč. 25, č. 4, s. 599–612.

ve veřejné i odborné sféře. Jsou kupříkladu environmentalisté nerozumní, protože odmítají prosperitu chápanou v čistě hospodářských termínech? Je nespravedlivý stát, který neumožňuje adopce dětí homosexuálními páry? Jsou nerozumné obce, které nechťejí vést trasu městského obchvatu přes svůj katastr?

Problém je mimo jiné v tom, že některé vágní pojmy nemají žádné referenty v realitě (k ničemu konkrétně uchopitelnému neodkazují), protože teprve prostřednictvím interpretace – nazvěme ji *zpřesňováním* (*precisification*) – jsou tyto referenty konstruovány. To znamená, že interpretací pojmu dostáváme část „mapy“ sociálního světa, která nese popisný, evaluativní i preskriptivní potenciál. Je také dost dobře možné, že takový charakter mají všechny základní pojmy politické a právní filosofie a jejich interpretace jsou navíc navzájem provázány, takže teprve poskládáním jednotlivých částí (pojmu) do jednoho útvaru dostáváme kompletní mapu sociálního světa.⁷⁹⁵ Jenomže k dispozici není žádný nekontroverzní externí standard, který by dokazoval nadřazenost té či oné mapy ani jejích částí (předpokládejme, že interpretace netrpí nekoherencí či jinými logickými lapsy). Neurčité pojmy jsou tak nádobami, které přímo vybízejí k intelektuálnímu souboji o naplnění obsahem, o dosažení sémantické uzávěry, o získání kontroly nad politickým jazykem.⁷⁹⁶ To vše z rozumnosti činí horkého kandidáta na status bytostně rozporovaného (též „diskursivního“) pojmu (*essentially contested concept*).⁷⁹⁷

Politická filosofie si je problému pojmové neurčitosti vědoma, byť ne vždy se mu dostává náležitá pozornost.⁷⁹⁸ Neurčitost či bytostnou rozporovanost lze

⁷⁹⁵ GAUS, Gerald. *Political Concepts and Political Theories*. Boulder: Westview Press, s. 32 a n.; DUFEK, 2018, op. cit., s. 59–62.

⁷⁹⁶ FREEDEN, Michael. *The Political Theory of Political Thinking: The Anatomy of a Practice*. Oxford: Oxford University Press, 2013, s. 70.

⁷⁹⁷ YOUNG, Shaun. Introduction. In: YOUNG, Shaun (ed.). *Reasonableness in Liberal Political Philosophy*. Abingdon: Routledge, 2014, s. 2; BESSON, Samantha. *The Morality of Conflict. Reasonable Disagreement and the Law*. Oxford: Hart Publishing, s. 91–92. Bytostně rozporované pojmy mají blízko k Dworkinovým interpretativním pojmům (*interpretive concepts*); srov. DWORKIN, Ronald. *Justice for Hedgehogs*. Cambridge, MA: Belknap Press, 2011, s. 160 a n.

⁷⁹⁸ Což dokládá například nepřehledná až anarchická situace v teorii demokracie ohledně definice demokracie, její následné konceptualizace a budování robustních teorií, přičemž řada politických filosofů považuje takovou disonanci za ohromnou přednost své disciplíny. Srov. DUFEK, Pavel. Democracy as Intellectual Taste? Pluralism in Democratic Theory. *Critical Review*. 2018, Vol. 30, č. 3–4, 219–255. Termínu *disonance* užívá pro zachycení stavu politické filosofie FLOYD, Jonathan. *Is Political Philosophy Impossible? Thoughts and Behaviour in Normative Political Theory*. Cambridge: Cambridge University Press, 2017.

dokonce chápat i pozitivně, jako produktivní rys diskuze: Bytostně rozporované pojmy totiž umožňují „smysluplný nesouhlas a smysluplnou diskuzi o hodnotově orientovaných tématech“,⁷⁹⁹ aniž bychom se museli tvářit, že pojmy jako spravedlnost, svoboda či obecné dobro mají nějaký unikátní obsah (význam), který je pouze potřeba odhalit brilantní analýzou. V pluralistické společnosti je vlastně takový závěr vítaný, protože je v souladu s tezí, podle níž je tato diverzita permanentní a nepřekonatelná, pokud se nechceme uchýlit k autoritářskému použití donucovací síly.⁸⁰⁰ A v neposlední řadě tato analýza zapadá i do principiálně otevřeného pojetí „rozumnosti“ v právní teorii i praxi.

Jenomže pro veřejný rozum a veřejné ospravedlnění jako takové je tento závěr fatální: nástroj, který má umožnit veřejné ospravedlnění v situaci normativní diverzity, a v případě veřejného rozumu meta-princip, který stanovuje hranici mezi přípustnými a nepřípustnými příspěvky do procesu ospravedlnění, by se sám stal předmětem „sektářských“ sporů a jeho obsah by nemohl být určen bez odkazu k upřednostňované normativní pozici – nehledě na osoby, které na rozumnost prostě „nevěří“ a tudíž by zůstaly mimo hru jako první.⁸⁰¹ Tím by se ale vrátila na scénu neúcta (*disrespect*) k jiným než dané sektě – dejme tomu v akademickém světě dominantnímu egalitářskému liberalismu – konformním pozicím a v důsledku i odmítnutí legitimacy politické autority, která by o takovou konstrukci byla opřena. Proto než takový verdikt vyslovíme, bude užitečné se podívat, zdali oproti právní teorii nenabízí politická filosofie některé další poznatky o rozumnosti, které fatálnost bytostné rozporovanosti utlumí a přinejmenším zajistí, že „spor o rozumnost“ nebude sporem *pivotálním*, tedy o samotnou podstatu pojmu, nýbrž *hraničním*, tedy o vyčerpávající stanovení seznamu případů, pro které platí.⁸⁰²

⁷⁹⁹ SOBEK, Tomáš. *Právní myšlení: kritika moralismu*. Praha – Plzeň: Ústav státu a práva AV ČR – Aleš Čeněk, 2011, s. 209.

⁸⁰⁰ RAWLS, 2005, op. cit., s. 37.

⁸⁰¹ Podobně YOUNG, Shaun P. Rawlsian Reasonableness: A Problematic Presumption. *Canadian Journal of Political Science*. 2006, Vol. 39, No. 1, s. 164–175.

⁸⁰² BESSON, 2005, op. cit., s. 75–80.

7.3 Kde hledat rozumnost? Morální a epistemický aspekt rozumné neshody

Řekli jsme, že právo zná a extenzivně používá koncepty *rozumné osoby* i *rozumnosti*, které ale naplňuje významem v závislosti na oblasti použití. Sama tato dvojice ovšem odhaluje první komplikaci, totiž *komu* či *čemu* má být rozumnost přisouzena. Když Rawls rozvíjel koncept rozumnosti v rámci svého politického liberalismu, nedefinoval jej přímo, nýbrž prostřednictvím podstatných jmen a sloves, k nimž jej jako predikáty přiřazoval. Rozumnost tak vedle „rozumných občanů“ (v zásadě politický ekvivalent rozumné osoby) rozkvetla do „rozumného pluralismu“, „rozumných politických koncepcí spravedlnosti“, „rozumných komprehensivních doktrín“, „rozumného práva“, „rozumného odmítnutí (odmítání)“, „rozumného přijetí“, „rozumného předkládání důvodů“, „rozumného ospravedlnění“, „rozumné podpory“, „rozumné neshody“ apod.

To vše se odráželo v zastřešující ideji „politicky rozumného“ (*the politically reasonable*), která měla v rámci veřejného rozumu nahradit kritérium pravdy či pravdivosti.⁸⁰³ Dodejme, že *rozumnost* je zde striktně odlišena od *racionality* (ač je s ní komplementární), pod níž má Rawls i další autoři a autorky na mysli především schopnost stanovování a dosahování individuálních cílů prostřednictvím instrumentální racionality.⁸⁰⁴ V každém případě ale vidíme, že rozumnost lze přisoudit jak jedincům, tak jejich jednání, tak situacím, v nichž se ocitají, a stejně tak jej chápat jako svébytnou entitu či hodnotu. To situaci příliš nevyjasňuje a řada příspěvků se proto na zpřesnění pojmu rozumnosti zaměřila.⁸⁰⁵

Pokud ale zaujmeme poněkud odlišnou perspektivu, odhalí se nám užitečný *analytický* nástroj pro uchopení rozumnosti, který tato divergentní užití rozumnosti drží určitým způsobem pohromadě. Jedná se o rozlišení mezi morálním a epistemickým prvkem rozumnosti, které mají koneckonců (vědomě či nevě-

domě) jistou analogii v právním konceptu „rozumné osoby“.⁸⁰⁶ *Morální* prvek rozumnosti označuje připravenost „předložit standardy a principy jakožto férové podmínky kooperace a dobrovolně se jim podřídít, pokud je zaručeno, že ostatní tak učiní taktéž.“⁸⁰⁷ Hodnotou v pozadí je *reciprocita*, která zajišťuje, že účastníci veřejného ospravedlnění nebudou usilovat o prosazení svých cílů za každou cenu – nebudou tedy čistě *racionální*, nýbrž budou ochotni za stanovených podmínek dodržovat pravidla, k nimž se zavázali a která neslouží egoistickým cílům. Oproti tomu *epistemický* prvek rozumnosti přímo vyplývá z faktu diverzity v liberální demokracii a vysvětluje, proč se lidé v tolika věcech neshodnou; jde o „početné komplikace pro korektní (a pečlivé) užití kapacit rozumu a souzení v běžném politickém životě.“⁸⁰⁸ Hovoříme o tzv. *břemenech usuzování* (*burdens of judgment*), které znemožňují neotřesitelnou důvěru ve vlastní pravdu a přesvědčení, prostě proto, že žádný smrtelník není „epistemickým Herkulem“, který by byl schopný syntetizovat veškerou dostupnou evidenci a správně ji interpretovat, zcela nekontroverzně zpřesňovat pojmy (v technickém významu uvedeném výše) a tudíž nezvratně dokázat nepřijatelnost soupeřících interpretací, nebo se oprostít se od svých idiosynkratických životních zkušeností.

Rozlišení morální a epistemické složky rozumnosti (a nerozumnosti) pochopitelně zdaleka neřeší všechny problémy; můžeme se tak například ptát, zdali morálně nerozumná osoba může zastávat morálně rozumnou komprehensivní doktrínu (a naopak), zdali z epistemické rozumnosti osoby nutně plyne epistemická rozumnost jí zastávané politické koncepce spravedlnosti a tak dále.⁸⁰⁹ Jsou třeba plochozemci (zastánci hypotézy, že planeta Země má ve skutečnosti tvar placky) nerozumnými *osobami* jen proto, že zuby nehty hájí konstrukci (*doktrínu*), která je podle všech dostupných vědeckých poznatků a také opakovaného doloženého pozorování racionálně neudržitelná?⁸¹⁰ Nicméně máme díky němu k dispozici jemnější analytický nástroj pro porozumění konceptu *rozumné neshody* chápané jako „patová situace v argumentaci“, tedy neshody, která odolává

⁸⁰³ RAWLS, 1997, op. cit., s. 766.

⁸⁰⁴ RAWLS, 2005, op. cit., s. 48–53.

⁸⁰⁵ Srov. mj. MOORE, Margaret. On Reasonableness. *Journal of Applied Philosophy*. 1996, Vol. 13, No. 2, s. 167–178; BOETTCHER, James. What is Reasonableness? *Philosophy and Social Criticism*. 2004, Vol. 30, No. 5–6, s. 597–621; WEINSTOCK, Daniel. A Neutral Conception of Reasonableness. *Episteme*. 2006, Vol. 3, No. 3, s. 234–247; LELAND, R. J. a Han van WIETMARSCHEN. Reasonableness, Intellectual Modesty, and Reciprocity in Political Justification. *Ethics*. 2012, Vol. 122, No. 4, 721–747.

⁸⁰⁶ ARTOSI, Alberto. Reasonableness, Common Sense, and Science. In: BONGIOVANNI et al., 2009, op. cit., s. 69.

⁸⁰⁷ RAWLS, 2005, op. cit., s. 49.

⁸⁰⁸ Tamtéž, s. 55–56.

⁸⁰⁹ Kombinací bude několik desítek (byť ne všechny se zřejmě ukáží jako relevantní), protože nejde jen o překrytí jednotlivých polí, ale též o možnost implikací.

⁸¹⁰ Význam vědeckého poznání pro epistemický aspekt veřejného ospravedlnění zdůrazňuje FERRETTI, Maria Paola. *The Public Perspective: Public Justification and the Ethics of Belief*. Londýn: Rowman & Littlefield, 2019; srov. též BELLOLIO BADIOLA, Cristóbal. Science as Public Reason: A Restatement. *Res Publica*. 2018, Vol. 24, No. 4, s. 415–432.

i dlouhodobé argumentační snaze mezi rozumnými lidmi.⁸¹¹ Rozumnost a nerozumnost neshody (jejích jednotlivých elementů) totiž určuje, zdali je třeba na pomyslných vahách poměřovat *všechny* předložené důvody, nebo jen některé. To může mít významné důsledky pro test nerozumnosti nebo test proporcionality a v jeho rámci konkrétně nějakou vážící formuli.⁸¹²

7.4 Právo jako nástroj koordinace?

Někdo by mohl namítnout, že podstata práva v moderní společnosti je v této kapitole uchopena úplně špatně a zcela je tak ignorována jeho role jako *odpovědi* na fakt diverzity, z čehož plyne autorita práva i jeho *nadřazenost* jako nástroje regulace společenského života.⁸¹³ Panství práva tak má být řešením přesně toho druhu problémů, o kterých dosud kapitola pojednávala, a to proto, že na rozdíl od víceznačnosti a vágnosti morálního či politického diskursu nabízí jednoznačné určení distribuce povinností, práv i svobod. Takový přístup však přehlíží problém neurčitosti v právu, o níž byla řeč v sekci 2 a již zde rozvineme ve směru mnohačetné diverzity v právu.

Zaprvé, velká část práva je produktem či „dítětem“ politiky, jež je v ústavní demokracii ztělesněním pluralismu vedoucího k neshodě.⁸¹⁴ V kontinentálních právních systémech pak i ta menší část, která je výsledkem soudcovského „dotváření“ práva, předpokládá legislativu jako výsledek politického soupeření. Bylo by zvláštní, kdyby se někde na trase mezi politikou a právem normativní diverzita vytratila, a přinejmenším musí platit, že ty zákony a další právní normy, které do jazyka práva překládají morálně a/nebo epistemicky relevantní témata (resp. odpovědi na ně), se setkají s nesouhlasem části nebo dokonce většiny aktérů,

⁸¹¹ Takto definuje rozumnou neshodu v návaznosti na Ch. McMahona Tomáš Sobek; viz SOBEK, 2011, op. cit., s. 84 a n.; MCMAHON, Christopher. *Reasonable Disagreement: A Theory of Political Morality*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009.

⁸¹² BROZ, Jan. Přezkum obecně závazných vyhlášek obcí a princip proporcionality. *Právník*. 2015, roč. 154, č. 10, s. 821–842; WINTR, Jan. Alexyho vážící formule. *Právník*. 2016, roč. 155, č. 5, s. 446–461; ONDŘEJJEK, Pavel. Poměrování jako klíčový argument přezkumu ústavnosti v éře proporcionality. *Právník*. 2016, roč. 155, č. 4, s. 349–368; ČERVÍNEK, 2018, op. cit.; HAPLA, Martin. Dělna moci v právní argumentaci. *Právník*. 2019, roč. 158, č. 5, s. 483–488.

⁸¹³ Autor této kapitoly byl s tímto typem reakce nepřímo osobně konfrontován; viz poznámka č. 2 v DUFEK, Lidská práva, ideologie a veřejné ospravedlnění, op. cit., s. 50–51.

⁸¹⁴ WALDRON, Jeremy. *The Dignity of Legislation*. Cambridge: Cambridge University Press, 1999, s. 36.

na které tyto normy dopadají.⁸¹⁵ V tom je zároveň obsažen i druhý bod, totiž že mnoho právních pojmů je zároveň pojmy morálními nebo morálně naplněnými, takže i *teoretické* spory o právu – tedy co právo je a *není* – v sobě nesou sémě neshod, které trápí teoretiky a teoretičky veřejného rozumu a veřejného ospravedlnění.⁸¹⁶ Příkladem jsou konflikty práv, a to i těch základních, nebo skutečnost, že jakkoliv je platné právo sociálním faktem, je zároveň výrazem kolektivního usilování o *spravedlnost*. Sám test proporcionality, který podle mnohých pokračuje ve vítězném tažení soudním světem (s výjimkou USA),⁸¹⁷ koneckonců získává opodstatnění z poznání, že právo samotné nedává na mnoho relevantních ústavněprávních otázek objektivní právní odpovědi. Zatřetí, neshoda o právu je mnohovrstevnatá a mnohodimenzionální, jak zatím nejkompexněji ukázala Samantha Besson, která vedle teoretické vs. normativní neshody rozlišuje sémantické, konceptuální a normativní zdroje neshody, přičemž druhou a třetí kategorii dále disagreguje.⁸¹⁸ Krom toho je pochopitelně velmi vzdálený i konsenzus o nejlepších nástrojích interpretace práva. Přestože není nezbytné přistupovat na tezi o globální či radikální neurčitosti práva, která by byla znač-

⁸¹⁵ WALDRON, Jeremy. *Law and Disagreement*. Oxford: Oxford University Press, 1999, s. 7.

⁸¹⁶ Teoretické právní spory odlišme od *normativních* právních sporů, tedy o to, jaké by právo mělo být. Srov. BESSON, 2005, op. cit., s. 23; DWORKIN, Ronald. *Laws's Empire*. Cambridge, MA: Belknap Press, 1986, s. 3–11. Zde je ovšem třeba našlapovat opatrně. Teoretické spory o právu mohou být „převlečenými“ morálními neshodami, tedy spory o to, co morálka říká o kritériích platnosti práva a tudíž zprostředkovaně o tom, co právo je a není. To je v zásadě argument, který rozvíjel Dworkin ve svém útoku na právní pozitivismus: Rozsouzení *teoretických* sporů v jeho pohledu vyžaduje *morální* soud o kritériích platnosti, na rozdíl od pouhého empirického zjišťování, zda jsou jinak konsenzuálně přijímaná kritéria v daném případě splněna. Značná část pozitivistické jurisprudence je proto vedena snahou ukázat, že teoretické spory o právu takto morálně infikované nejsou a lze je buď převést na faktické (empirické) spory o obsah hartovského pravidla uznání, nebo odhalit jako skrytou snahu právo změnit (čili normativní právní argument maskovaný jako argument teoretický). Srov. LEITER, Brian. Explaining Theoretical Disagreement. *The University of Chicago Law Review*. 2009, Vol. 76, No. 3, s. 1215–1250; PATTERSON, Dennis. Theoretical Disagreement, Legal Positivism, and Interpretation. *Ratio Juris*. 2018, Vol. 31, No. 3, s. 260–275.

⁸¹⁷ Srov. ONDŘEJJEK, 2016, op. cit., s. 349–351 a zde uvedené reference k další literatuře.

⁸¹⁸ *Konceptuální* neshody se tak týkají buď významu pojmu, nebo jeho aplikace, přičemž v rámci aplikace může nastat neshoda empirického nebo normativního typu. Dále jsou konceptuální neshody buď hraniční (okrajové), nebo pivotální, přičemž hraničním neshodám dávají vzniknout víceznačnost, vágnost nebo abstraktnost pojmů. *Normativní* neshody jsou buď epistemického, nebo metafyzického rázu, kde v rámci druhé kategorie lze dále rozlišit jednak spory principiální vs. interpretativní (druhé jmenované jsou konstitutivně navázány na společenské praktiky, zatímco ty první jsou na nich nezávislé) a jednak spory o několika principech vs. o jednom principu (například korektní interpretaci rovnosti). Srov. BESSON, 2005, op. cit., s. 47–57.

nou komplikací pro existenci právního řádu jako takového, určitá míra lokální neurčitosti je v právu vždy přítomna.⁸¹⁹

Tezi o nadřazeném „panství práva“ proto bude vhodné poněkud oslabit. Právo se v tomto skromnějším pohledu jeví jako centrální *nástroj společenské koordinace v situaci diverzity*, což zahrnuje i strukturaci neshod, například stanovením závazných procedur pro jejich řešení. Tím samozřejmě neshody o právu nezmizí, ba naopak dávají vzniknout určitému paradoxu: Právo se zdá být nezbytné pro usměrnění neshody, ale ta jej z druhé strany okamžitě zpochybňuje.⁸²⁰ Tento paradox má ovšem produktivní důsledky, neboť se jeho prostřednictvím otevírá dynamický prostor pro nástroj veřejného rozumu a veřejného ospravedlnění i v centru právního myšlení. Jedná se totiž o analogický problém: Jaké důvody pro podporu *právních* norem jsou k dispozici? A jaké důvody lze předkládat ve prospěch té či oné *interpretace* daných norem?

To může znít jako otázka s právní filosofií či teorií mimoběžná, či alespoň pro ni nikoliv klíčová. Nicméně není tomu tak. Ač vousatá distinkce mezi právním pozitivismem a právním nonpozitivismem je pro klasifikační účely jistě příliš hrubá a přehlíží košatost současné právněfilosofické krajiny,⁸²¹ pro naše účely poslouží dostatečně. Dejme tomu, že určující otázka obecné jurisprudence zní: *Co je právo?* V závislosti na problému, který právní filosofie řeší, lze tuto arci-otázku reformulovat do problémů typu: Jak nejlépe zjistit, co platné právo říká? Co nebo kde je zdrojem platného práva? Odkud se bere praktický nárok práva, čili kde se v právu berou důvody k jednání? Existují nelegitimní právní akty, a pokud ano, jak je poznáme? Jaké typy argumentu může soudce použít při rozhodování sporů nebo i přezkumu legislativních aktů? Je dost dobře možné, že na některých odpovědích, jako je nepřipustnost odkazu k náboženským pravdám nebo rasové nadřazenosti té či oné skupiny obyvatelstva, se pozitivisté i nonpozitivisté nakonec shodnou. V jiných otázkách ale právněfilosofickou neshodu praktická shoda nepřekryje: Mají v soukromoprávním rozhodování soudů dostat prioritu hospodářská výkonnost, maximalizace blaha (*welfare*), ochrana práv, princip férovosti, konformita s dřívějšími rozhodnutími, názor

⁸¹⁹ To považuji za udržitelnou odpověď na námitku, že v právu jsme ve skutečnosti svědky „masivní shody“; srov. LEITER, 2009, op. cit., s. 1227 a n. Právě na rozhraní práva a politiky tato shoda mizí, a přestože se může jednat o komparativně malou část právních otázek, kvůli napojení na problém legitimacy jde o otázky značného významu.

⁸²⁰ BESSON, 2005, op. cit., s. 117 a n.

⁸²¹ SOBEK, Tomáš. *Nemorální právo*. Praha: Ústav státu a práva AV ČR, 2010, kap. 6, s. 234–306.

parlamentní většiny, nebo nějaké jiné kritérium? Právní teorie i praxe nabízí protichůdné odpovědi, zakotvené v rozdílném morálním hodnocení nabízejících se alternativ.⁸²²

I z takových důvodů bude nonpozitivistka tvrdit, že právo nelze plně izolovat od morálky, a tudíž jakákoliv teorie práva musí zahrnovat přinejmenším některé morálně hodnotící výroky a pravděpodobně i širší zdůvodnění (morální) *legitimity* práva. Je-li ovšem předmětem teoretické reflexe legitimita, pak se právní filosofie stává variantou politické filosofie⁸²³ – a jak jsme viděli, právě problém legitimacy stál u zrodu celé debaty o veřejném rozumu a veřejném ospravedlnění. Pozitivistka sice odmítne tezi, že morální výroky nebo snad morální ospravedlnění tvoří součást pojmu práva, mimo jiné proto, že bychom okamžitě čelili mnoha navzájem nekompatibilním pojmům práva (tj. vymezením, co je právo), v závislosti na upřednostňované morální a třeba i náboženské doktríně.⁸²⁴ Nicméně pokud se nejedná o dogmatického formalistu, neměl by mít problém připustit, že morálně relevantní úvahy jako férovost nebo spravedlnost se dostávají v právní a zejména soudní praxi velmi často ke slovu a nemůže tomu být jinak, a obecně že právo se svým *obsahem* může s morálkou překrývat.⁸²⁵ Test proportionality, o němž byla několikrát řeč výše, je toho koneckonců typickým příkladem. Jedna varianta současného právního pozitivismu – *inkluzivní pozitivismus* – dokonce připouští, že samotná hartovská pravidla uznání (tedy taková, která určují kritéria pro kategorizaci daných norem jako norem právních) mohou záviset na morálních úvahách.⁸²⁶ A konečně právní pozitivismus jakéhokoliv typu se v posledku nemůže vyhnout otázkám po demokratické legitimitě právních

⁸²² DEN OTTER, Ronald C. *Judicial Review in an Age of Moral Pluralism*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009, s. 4–5; SOLUM, Lawrence. Public Legal Reason. *Virginia Law Review*. 2006, Vol. 92, s. 1451–1452.

⁸²³ EDMUNDSON, William. Why Legal Theory Is Political Philosophy. *Legal Theory*. 2013, Vol. 19, No. 4, s. 331–346; srov. BESSON, 2005, op. cit., s. 8 a n.

⁸²⁴ SOBEK, 2011, op. cit., s. 81.

⁸²⁵ Exkluzivní pozitivista Andrei Marmor píše, že pozitivismus nemá důvod odmítat ani tezi o *nutném* překrývání obsahu práva a morálky. MARMOR, Andrei. *Philosophy of Law*. Princeton, Princeton University Press, 2011, s. 113 a *passim*.

⁸²⁶ WALUCHOW, W. J. *Inclusive Legal Positivism*. Oxford: Clarendon Press, 1994; COLEMAN, Jules L. Negative and Positive Positivism. *The Journal of Legal Studies*. 1982. Vol. 11, No. 1, s. 139–164; HIMMA, Kenneth Einar. Inclusive Legal Positivism. In COLEMAN, Jules L., Kenneth Einar HIMMA a Scott J. SHAPIRO. *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*. Oxford: Oxford University Press, 2002, s. 125–165; KRAMER, Matthew. *Where Law and Morality Meet*. Oxford: Oxford University Press, 2004.

norem.⁸²⁷ Tím se ale neříká nic jiného, že normativní (nezřídka morální) teorie se vždy nacházejí v pozadí právních teorií; rozdíl je „pouze“ v tom, jestli jsou zabudovány do nich samotných, nebo následují v těsném závěsu.

Jestliže ovšem platí to, co bylo řečeno o pluralismu a diverzitě v předchozích částech kapitoly, pak pozitivistické, nonpozitivistické i různě hybridní filosofie práva dříve nebo později narazí na problém nesouhlasu. A jelikož právo je vedle jiných svých funkcí i médiem, jehož prostřednictvím politická autorita jednak formuluje svá rozhodnutí a jednak si pod pohružkou fyzického donucení nárokuje poslušnost adresátů práva, stává se zcela zásadní otázkou nejen veřejná odůvodnitelnost (ospravedlnitelnost) daných norem při jejich tvorbě – což je téma soudobých debat v politické filosofii –, ale též veřejná ospravedlnitelnost jejich *interpretace*. V soudním rozhodování pak nemá jít o to, co daný soudce či soudkyně považuje osobně za *nejlepší* argument ve prospěch toho či onoho rozhodnutí (což může souviset s tím, které rozhodnutí považuje za správné), nýbrž který argument má nejlepší předpoklad k veřejné ospravedlnitelnosti a může být tedy považován za součást veřejného rozumu.

7.5 Právní veřejný rozum: Exkluzivita, inkluzivita a problém nekompletnosti

Důvody, které podepírají právní normy nebo jejich interpretaci a které jsou přístupné všem rozumným občanům,⁸²⁸ můžeme nepřekvapivě nazvat *veřejnými právními důvody*. Ty, které naopak přístupné nejsou, spadají do sféry *neveřejných (non-public) právních důvodů*. Soubor normativních principů, které stanovují pravidla a mantinely veřejné debaty o právu a interpretaci práva, pak dává vzniknout *veřejnému právnímu rozumu*, jímž by se měly řídit osoby v odpovídajících pozicích, případně celé instituce. Představme si, že parlament přijme zákon umožňující plnohodnotné sňatky jiných než heterosexuálních párů na základě reinterpretační principu rovnosti a nediskriminace, zatímco ústavní soud ho následně zruší s odůvodněním, že homosexualita je z věroučného hledis-

ka hříchem. Zatímco první důvod je veřejný, druhý je učebnicově neveřejný.⁸²⁹ Nyní zcela zásadně záleží na tom, jak moc omezující veřejný rozum je: pokud užití neveřejných důvodů soudními představiteli nepřipouští (což je spíše očekávatelné, jak bude zřejmé níže), pak je rozhodnutí ústavního soudu nelegitimní a nemá morální nárok na poslušnost adresátů rozhodnutí.

Lawrence Solum v tomto ohledu rozlišuje tři verze veřejného právního rozumu – *laissez-faire*, exkluzivní a inkluzivní.⁸³⁰ *Laissez-faire* pojetí veřejného právního rozumu nestanovuje procesu veřejného právního ospravedlnění žádné obsahové podmínky a vnímá tedy *všechny* důvody jako veřejné. V příkladu s manželstvími výše by s rozhodnutím ústavního soudu nebyl problém a zrušení zákona by bylo morálně závazné. *Exkluzivní* pojetí veřejného právního rozumu zakazuje užití neveřejných důvodů přinejmenším v některých situacích, které veřejné právní ospravedlnění přináší, ve své silné verzi pak ve všech: v tomto ohledu by rozhodnutí soudu bylo pravděpodobně nelegitimní, protože právě rozhodování soudních institucí o základních právech občanů je v právní i politické filosofii široce vnímáno jako primární cíl veřejného rozumu. Konečně *inkluzivní* pojetí veřejného právního rozumu požaduje zapojení veřejných důvodů alespoň v některých a případně ve všech zdůvodňujících situacích: v našem příkladu by pak sice ústavní soud *mohl* použít v odůvodnění „argumentaci hříchem“, ale pouze jako *obiter dictum* – samotné *ratio decidendi* by muselo spočívat v jiné třídě argumentů (například v poukazu na očekávatelné katastrofální empirické důsledky, na nekompatibilitu s nějakým zavedeným ustanovením ústavního řádu, nebo na předchozí rozhodnutí ústavního soudu).

Solum zároveň ukazuje, kde podle něj leží hlavní posun od veřejného rozumu a veřejného ospravedlnění bez přívlastků k veřejnému právnímu rozumu a veřejnému právnímu ospravedlnění, tedy od sféry veřejné politické diskuze a zdůvodňování navrhovaných či přijímaných zákonů ke specializované sféře následné diskuze a rozhodování o existujícím právu, jež má neméně veřejné dopady. Zatímco veřejný rozum je podle něj nejlepší konceptualizovat inkluzivně, veřejný právní rozum aplikovaný na soudní rozhodování je třeba modelovat v exklu-

⁸²⁷ Viz mj. WALDRON, 1999, op. cit.; CAMPBELL, Tom. *Prescriptive Legal Positivism: Law, Rights and Democracy*. London: UCL Press, 2004; SOBEK, 2011, op. cit., s. 22, pozn. 75; SADURSKI, Wojciech. Law's Legitimacy and 'Democracy-Plus'. *Oxford Journal of Legal Studies*. 2006, Vol. 26, No. 2, s. 377–409.

⁸²⁸ Co přesně obnáší „přístupnost“ budeme řešit v oddílu 6.3.

⁸²⁹ Tím není vyloučeno, že pro odmítnutí takového zákona existují i veřejné důvody. Stejně tak nechceme naznačovat, že parlament nemůže být konfrontován se stejnou výhradou – například pokud by svoji podporu zákonu opřel o radikálně feministickou tezi, že homosexualita jako taková je utlačovatelská (což by byl důvod pochybný morálně i epistemicky).

⁸³⁰ SOLUM, 2006, op. cit., s. 1466.

zivní podobě – tedy tak, že soudci musejí používat *výhradně* veřejné důvody.⁸³¹ Laissez-faire model celkově odmítá poukazem na hrozbu nestability a ztráty legitimacy práva, které by bylo opřeno o důvody vycházející ze sektářských náboženských, morálních apod. přesvědčení.⁸³² Nemáme zde prostor pro podrobnější vypořádání se se Solumovou pozicí, nicméně za pozornost stojí její jistý obecný rys – totiž že přinejmenším veřejný *právní* rozum musí být dostatečně *povrchní* a vyhýbat se velkým metafyzickým pravdám, protože ty mají téměř nevyhnutelně sektářskou podobu. V příbuzném článku pak Solum argumentuje, že hluboký morální pluralismus spolu s břemeny usuzování (viz sekce 3 této kapitoly) hrají ve prospěch (nedogmatického) *právního formalismu* jako nejlepšího vyjádření obsahu veřejného právního rozumu – což je mimo jiné v přímém kontrastu k důvěře, kterou soudobá právní teorie i praxe vyjadřuje na adresu testu (metody) vyvažování.⁸³³ Cass Sunstein ovšem namítá, že ač má mělkost (*shallowness*) soudního zdůvodňování nepochybně přednosti, není prioritou „soudního minimalismu“ vždy samozřejmá. Někdy mohou existovat dobré důvody pro „prohloubení“ argumentace a její opření o ambicióznější, a proto i kontroverznější, teorie.⁸³⁴ Zde vidíme, jak důsledné zapojení instrumentária veřejného rozumu a veřejného ospravedlnění může promluvit do některých ústředních otázek právní filosofie i teorie.

Zároveň se ovšem hlásí o slovo komplikace, která nás donutí vrátit se o několik kroků zpět a podívat se blíže na strukturu veřejného ospravedlnění jako takového. Jedná se o výhradu poukazující na *neúplnost* (*incompleteness*) veřejného

⁸³¹ Takový přístup koneckonců nejvíce odpovídá chápání veřejného rozumu jako souboru vylučujících důvodů, které blokují využití jiných důvodů k jednání, jak bylo řečeno v závěru sekce 1. Advokáti, poslanci oficiálně debatující o zákonech na půdě parlamentu, nebo právní teoretici v roli veřejných intelektuálů či poskytovatelů právních doporučení budou také podřízeni striktnějším pravidlům, ač jisté rozvolnění ve směru využití neveřejných důvodů je přípustné. SOLUM, 2006, op. cit., s. 1478 a n.

⁸³² Tamtéž, s. 1475 a n. V ústavní demokracii je ryzí laissez-faire přístup nepoužitelný už z titulu závaznosti ústavních fundamentů jako je ochrana lidské důstojnosti.

⁸³³ SOLUM, Lawrence. Pluralism and Public Legal Reason. *William & Mary Bill of Rights Journal*. 2006, Vol. 15, No. 7, s. 7–23. Právní formalismus ale lze obrátit i *proti* veřejnému právnímu rozumu samotnému, a to zdůrazněním autonomie práva vůči jiným normativním systémům. V tomto smyslu by sama existence platného práva byla paradoxně vylučujícím důvodem blokujícím užití veřejného rozumu, prostě proto, že právo má interní zdroje k řešení právních sporů. Srov. SCHAUER, Frederick. The Limited Domain of the Law. *Virginia Law Review*. 2004, Vol. 90, No. 9, s. 1937 a n.

⁸³⁴ SUNSTEIN, Cass. Beyond Judicial Minimalism. *Tulsa Law Review*. 2007, Vol. 43, No. 4, s. 825–841.

rozumu, a to právě zejména v případech, kdy je pojat exkluzivně. Neúplnost veřejného rozumu znamená, že vyloučení celé řady potenciálně relevantních úvah z prostoru veřejného ospravedlnění z důvodu jejich „neveřejnosti“ resp. „nerozumnosti“ *znemožní* veřejné ospravedlnění *jakéhokoliv* řešení kontroverzních problémů, jako jsou potraty, laboratorní pokusy na zvířatech, jaderná energie, klonování lidí a tak dále. Důvod je jednoduše ten, že k dispozici nezbude dostatek důvodů, které by to či ono řešení (veřejně) ospravedlnily. To by ovšem znamenalo velký problém pro politickou i právní legitimitu chápanou v široce liberálních termínech (viz sekci 1) a ve druhém sledu by to ukazovalo, že ospravedlnění nemůže být v daném smyslu *veřejné*.⁸³⁵ Jinými slovy, ač byly neveřejné důvody s pompou vyhozeny dveřmi, stejně se vrátí oknem. Pokud pluralismus postihuje i právo, pak námitka z neúplnosti platí i pro veřejný právní rozum a veřejné právní ospravedlnění – jejich vymezení proto předpokládá uspokojivé vymezení veřejného rozumu a veřejného ospravedlnění jako takových. Řečeno silněji, veřejný právní rozum a veřejné právní ospravedlnění jsou jen zvláštními případy veřejného rozumu a veřejného ospravedlnění, protože tvorba práva a jeho ospravedlnění ze strany normotvůrce, což je legitimní předmět veřejného rozumu a veřejného ospravedlnění, jsou stejně tak instancí „veřejného rozvažování o právu“ jako autoritativní interpretace a vynucování práva v podobě soudních rozsudků nebo jejich akademická reflexe.⁸³⁶

7.6 Struktura veřejného ospravedlnění: kdo, co, jak?

Řekli jsme, že Solum rozlišuje mezi „běžným“ veřejným rozumem a veřejným právním rozumem a že se veřejný právní rozum týká veřejného rozvažování o právu a jeho interpretaci. Nicméně takové vymezení je příliš hrubé, protože není plausibilní požadovat, aby všichni aktéři byli vázáni stejnými omezeními jako soudci ústavních soudů. Koneckonců, oblast práva se zdaleka nevyčerpává materií, která se dostane na stůl ústavním soudcům; v relevantním smyslu interpretuje řadu právních norem například i běžný správní úřad. Přesnější vy-

⁸³⁵ Viz mj. DE MARNEFFE, Peter. Rawls's Idea of Public Reason. *Pacific Philosophical Quarterly*. 1994, Vol. 75, No. 3–4, s. 232–250; REIDY, David. Rawls's Wide View of Public Reason: Not Wide Enough. *Res Publica*. 2000, Vol. 6, No. 1, 49–72; HORTON, John. Rawls, Public Reason and the Limits of Liberal Justification. *Contemporary Political Theory*. 2003, Vol. 2, No. 1, s. 5–23.

⁸³⁶ „Veřejné rozvažování o právu“ (*public reasoning about law*) je dle Soluma definičním znakem veřejného právního rozumu. SOLUM, 2006, op. cit., s. 1472.

mezení, v jakých případech a v jaké podobě přichází veřejný rozum ke slovu, je tedy zásadním teoretickým krokem. Pro účely této kapitoly jsou podstatné následující aspekty: Která třída (právních) norem spadá do záběru veřejného rozumu; jací aktéři jsou veřejnému rozumu podřízeni; jaké typy důvodů veřejný právní rozum vylučuje, respektive vyžaduje; a konečně jaký je charakter příjemců veřejného ospravedlnění (zejména co se týká míry idealizace). Škála natažená mezi silně exkluzivním a *laissez faire* přístupem k veřejnému ospravedlnění proto zahrnuje několik dimenzí, které je možno vzájemně kombinovat, což na jednu stranu komplikuje Solumovu triadickou typologii, na straně druhé ale dává do ruky jemnější nástroje popisu, analýzy, hodnocení i případných doporučení.

7.6.1 Záběr veřejného rozumu a veřejného ospravedlnění

Za prvé, normy jaké úrovně mají být předmětem veřejného ospravedlnění? Rawlsova koncepce veřejného rozumu, která stála na počátku celé debaty, předpokládala aplikaci výhradně na (i) ústavní fundamenty a otázky elementární spravedlnosti. To v zásadě obnáší interpretaci ústavních textů a případně listin základních práv a svobod, pokud nejsou součástí ústav; typická témata mohou dále zahrnovat základní náležitosti právního státu, fungování systému dělby moci, metody kolektivního rozhodování (většinový princip atd.), nastavení volebního systému nebo, v případě zahrnutí takových otázek do ústavněprávního diskursu, sociální minimum a další hrubá vodítka přípustné distribuce bohatství a příjmu.⁸³⁷ Není ale zřejmé, proč by pravidlům veřejného ospravedlnění neměly podléhat i (ii) běžné zákony a podzákoné normy, neboť ty také vyjadřují mocenský nárok politické autority podepřený hrozbou fyzického donucení – a neospravedlněné donucení je učebnicovým příkladem neúcty k jednotlivci.⁸³⁸ Ještě expanzivnější je pak aplikace na (iii) společenskou morálku (*social morality*), tedy soubor mimoprávních morálních imperativů regulujících jednání jedinců v nějakém kolektivním tělese. Přestože společenská morálka není v prvním sledu s právem nijak nutně propojena a až kodifikací jednotlivých norem

⁸³⁷ RAWLS, 2005, op. cit., s. 227–229.

⁸³⁸ QUONG, 2011, op. cit., s. 273–289; LARMORE, Charles. Political Liberalism: Its Motivation and Goals. In SOBEL, David, Peter VALLENTYNE a Steven Wall. *Oxford Studies in Political Philosophy, Volume 1*. Oxford: Oxford University Press, s. 77.

získávají tyto elementy přímou právní relevanci, přinejmenším ze dvou důvodů uvedených v sekci 4 se jedná o legitimní pozici. Zaprvé, odpověď na právně-teoretickou otázku *Co je právo?* může záviset na předchozí odpovědi na morálně-normativní otázku *Co by mělo být součástí práva?*, což se zejména týká rozhodovací činnosti ústavních soudů.⁸³⁹ Zadruhé, právo není výhradním nástrojem společenské koordinace a normy společenské morálky se mohou vyjevit jako v tomto ohledu důležitější.

7.6.2 Typ aktérů

Všimněme si ovšem, že upřednostňovaný záběr může mít bezprostřední dopad na typ aktérů, od nichž je daná podoba veřejného ospravedlnění vyžadována, respektive očekávána. Pokud se veřejný rozum týká jen ústavních fundamentů a elementární spravedlnosti, pak standardně dopadá jen na nejvyšší soudní instituce a případně nejvyšší politické představitele jako je předseda vlády, předseda parlamentu či šéfové a šéfky politických stran. Běžní političtí aktéři – poslanci parlamentu, řadoví straníci, státní úřednictvo či politicky aktivní veřejnost – nejsou jeho předpisy omezeni, alespoň pokud jejich aktivita nenese přímé ústavněprávní konsekvence daného typu. Do té míry, do jaké právní a ústavní teorie inkorporují veřejný rozum a veřejné ospravedlnění, se jedná o nejrozšířenější pohled, který zároveň koheruje s Rawlsovou představou o ústavních soudech coby vzorových příkladech (*exemplars*) užívání veřejného rozumu.⁸⁴⁰ „Nevýhoda“ v podobě vyšší justifikační zátěže je zde vyvážena prioritním nárokem na legitimitu/závaznost rozhodnutí v porovnání s těmi, které pravidlům veřejného rozumu nepodléhají (nebo alespoň ne v takové míře). Rozšíříme-li ovšem závěr veřejného rozumu i na běžné zákonné a podzákoné normy, dostávají se do hry i ostatní zmínění aktéři, čímž pochopitelně dochází ke zpochybnění justifikační exkluzivity ústavních soudů, v neposlední řadě proto, že ty nemají pravomoc ani kapacity běžnou legislativu řešit. Při dalším rozšíření záběru na normy společenské morálky je tato logika reprodukována i ve vztahu k dalším aktérům.

⁸³⁹ BESSON, 2005, op. cit., s. 23 a n.

⁸⁴⁰ RAWLS, 2005, op. cit., s. 231.

7.6.3 Typy přípustných důvodů

Ať na předchozí dvě výzvy odpovíme jakkoliv, zůstane viset ve vzduchu následující otázka: *Jak poznáme, které důvody jsou dostatečné?* Které důvody mají „moc“ učinit daný návrh právní normy veřejně ospravedlněným a které naopak použity být nemohou? V tomto ohledu je užitečné odlišit samotné *důvody* pro podporu či odmítnutí od *hodnotících standardů*, podle nichž přijatelnost důvodů posuzujeme.⁸⁴¹ Intuitivně se nabízející variantou jsou (i) *sdílené* (či *sdílitelné*)⁸⁴² důvody, tedy takové, které považují za (úspěšně) ospravedlňující všichni členové a členky dané skupiny. Příkladem může být zdůvodnění lidské důstojnosti na základě argumentu o *Imago Dei*, božím obrazu, v dobách středověku nebo i v nějaké soudobé komunitě vroucně věřících křesťanů. Sdílené jsou přitom jak důvody (samotný *Imago Dei* argument), tak hodnotící standardy (věrouka, respektive konformita s věroukou). Druhá možnost nastává, když jednotlivci (ii) sdílí hodnotící standardy, ale neshodnou se na závěrech (tj. důvodech), které jsou těmito standardy podepřeny – to typicky nastává při rozdílných výsledcích vědeckého zkoumání nebo interpretacích takových poznatků, protože ačkoliv autoritativní charakter vědeckých metod poznání není obvykle jako celek zpochybňován, spory o korektnost dílčích výzkumů dost často ano (je superstrunová teorie pravdivá? Je hrubě nemorální právo právem?). Takové důvody je možné označit za *přístupné* – sice s nimi nesouhlasím, ale nemám v zásadě problém s postupem, na jehož základě k nim někdo dochází.⁸⁴³ Opustíme-li i předpoklad sdílených standardů, dostáváme (iii) *pochopitelné* důvody, tedy takové důvody (a je podepírající hodnotící standardy), u nichž dokážou ostatní pochopit, že a proč jsou rozhodující *pro mě*, ač s nimi sami nesouhlasí. To bude na nejzákladnější epistemické úrovni zahrnovat takové požadavky jako logická konzistentnost nebo korektní vyvozování závěrů z premis.⁸⁴⁴ V převážně ateistické nebo agnostické, leč se základními rysy křesťanství obeznámené společnosti

⁸⁴¹ VALLIER, Kevin. In *Defence of Intelligible Reasons in Public Justification. The Philosophical Quarterly*. 2016. Roč. 66, s. 596–616.

⁸⁴² V sekci 6.4 bude osvětlen rozdíl mezi oběma modalitami.

⁸⁴³ Samozřejmě platí, že pokud v nějaké otázce existuje jen jedna pravda, ale k dispozici jsou dvě různá vědecká tvrzení, musí se někdo mýlit, čili musel(a) při výzkumu udělat chybu. To ale není obvykle problém, s nímž by se mohlo vypořádat veřejně ospravedlnění orientované na praktické otázky.

⁸⁴⁴ Chybět zřejmě nebudou ani minimalistické *morální* limity pochopitelných důvodů, jako je připravenost k reciproční kooperaci. Viz VALLIER, Kevin. *Must Politics Be War? Restoring Our Trust in the Open Society*. Oxford: Oxford University Press, 2019, s. 94–97.

bude zdůvodnění lidské důstojnosti skrze *Imago Dei* pravděpodobně takovým pochopitelným důvodem.

Podle toho, jaký typ důvodů je ve hře, se teprve ukáže, co vlastně znamená, že veřejný právní rozum je exkluzivní (nebo inkluzivní). Zatímco exkluzivita opřená o sdílené důvody bude patrně odpovídat Solumovým záměrům („pouze veřejné důvody jsou přípustné“), užití přístupných či pochopitelných důvodů ji v rostoucí míře rozvolňuje. Podobně i inkluzivita bude klást rozdílné nároky podle toho, jak budeme chápat veřejnost důvodů. Z toho plyne, že pokud chceme zachovat exkluzivitu veřejného právního rozumu v původním smyslu, musíme vyžadovat od ospravedlňujících aktérů sebeomezení na sdílené důvody a od jejich publika ovšem zároveň schopnost tyto důvody přijmout za své: sdílené tedy musejí být jak původci, tak adresáty veřejného právního ospravedlnění. *Jenomže to je v příkrém rozporu s faktem teoretické i normativní diverzity, jak byl představen v předchozích sekcích kapitoly.* Je protismyslné vyžadovat od aktérů veřejného ospravedlnění konsensus na souboru sdílených důvodů, pokud prvotní motivací k rozvíjení veřejného ospravedlnění a veřejného rozumu bylo zjištění, že se ve svých přesvědčeních nepřekročitelně liší.

7.6.4 Idealizace a metaetika

Jak z této šlamastyky ven? Jednak lze odmítnout teorii veřejného ospravedlnění a veřejného rozumu jako takovou a pokračovat v obhajobě nějaké specifické normativní teorie či pozice, která poskytne bezpečnou kotvu jak odpovídající teorii práva, tak konkrétním právně závazným rozhodnutím. Takové řešení nabízí moderní přirozenoprávníci,⁸⁴⁵ liberální perfekcionista,⁸⁴⁶ preferenční utili-

⁸⁴⁵ Viz mj. MURPHY, Mark C. *Natural Law in Jurisprudence and Politics*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006; FINNIS, John. *Reason in Action: Collected Essays Vol. 1*. Oxford: Oxford University Press, 2011; WOLTERSTORFF, Nicholas. *Understanding Liberal Democracy. Essays in Political Philosophy*. Oxford: Oxford University Press, 2012.

⁸⁴⁶ RAZ, Joseph. *The Morality of Freedom*. New York: Clarendon Press, 1986; WALL, Steven. *Perfectionism in Politics: A Defense*. In: CHRISTIANO, Thomas a John CHRISTMAN (eds.). *Contemporary Debates in Political Philosophy*. Oxford: Blackwell, 2009, s. 99–117; KRAMER, Matthew. *Liberalism with Excellence*. Oxford: Oxford University Press, 2017.

taristé,⁸⁴⁷ klasičtí liberálové⁸⁴⁸ i obhájci silného morálního realismu,⁸⁴⁹ o marxistech či kritické teorii práva nemluvě,⁸⁵⁰ jakkoliv jsou jinak jejich pozice vzájemně konkurenční. Využití takových teorií v procesu justifikace odpovídá Sunsteinem uvažovanému posunu od „mělkého“ soudního minimalismu k hlubším zdůvodněním. Druhou možností je nepřikládat veřejnému rozumu status *nutné* ani *postačující podmínky* politické či právní legitimacy, nýbrž jen podstatné, ačkoliv ne neprolomitelné, součásti procesu veřejného ospravedlnění.⁸⁵¹ Třetí cesta, jíž se implicitně vydává většina teoretiků a teoretiček veřejného ospravedlnění a veřejného rozumu, spočívá v *idealizaci* aktérů, tedy připsání požadovaných kognitivních schopností (a případně morálních vlastností), kterých v reálu nedosahují, a/nebo informací, kterými nedisponují (a zrcadlově odfiltrování těch, které proces ospravedlnění znemožňují) – například a v první řadě oněch sdílených důvodů, kterých se v empirickém světě jaksi nedostává. Ostatně každá teorie, která chce dělat něco více, než jen popisovat empirickou realitu, musí určitou idealizaci aktérů zahrnovat.

V tomto bodě se debata o veřejném ospravedlnění a veřejném rozumu prolíná s metaetickým problémem internalismu a externalismu ve věci důvodů k jednání. Ačkoliv jistému zjednodušení se nelze vyhnout, v zásadě platí, že podle externalismu nejsou ospravedlňující důvody nijak nezbytně navázány na soubor přesvědčení, které aktéři do procesu veřejného ospravedlnění vnášejí. Justifikační síla externalistických důvodů tkví v tom, že jsou jednoduše *pravdivé*, případně opřené o fakta, která jsou pravdivá.⁸⁵² Naopak internalismus vyžaduje, aby členové relevantní veřejnosti považovali v nějakém smyslu předložené důvody za své, tedy aby pro ně našli oporu ve svém subjektivním souboru přesvědčení.

⁸⁴⁷ KAPLOW, Louis a Steven SHAVELL. *Fairness versus Welfare*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2002; SINGER, Peter. *Practical Ethics*. 3rd Ed. Cambridge: Cambridge UP, 2011.

⁸⁴⁸ SKORUPSKI, John. Rawls, Liberalism, and Democracy. *Ethics*. 2017, Vol. 128, No. 1, s. 173–198.

⁸⁴⁹ ENOCH, David. Against Public Reason. In SOBEL et al., 2011, op. cit., s. 112–142; ENOCH, David. *Taking morality seriously: A defense of robust realism*. Oxford: Oxford University Press, 2011.

⁸⁵⁰ Marxismem ovlivněnou politickou a právní teorií teoretizování o VR/VO z pochopitelných důvodů příliš nezajímá. Viz ale CARVER, Terrell. Liberalism, reason (ableness) and the politicization of truth: Marx's critique and the ironies of Marxism. *Critical Review of International Social and Political Philosophy*. 2008, Vol. 11, No. 2, s. 115–129.

⁸⁵¹ WENDT, Fabian. Rescuing Public Reason from Public Reason Liberalism. In SOBEL, David, Peter VALLENTYNE a Steven Wall. *Oxford Studies in Political Philosophy, Volume 5*. Oxford: Oxford University Press, 2019, s. 39–64.

⁸⁵² SHAFER-LANDAU, Russ. *Moral Realism: A Defence*. Oxford: Oxford University Press, 2003, s. 206–207.

Externalistické *something being a reason* přitom neimplikuje internalistické *someone having a reason* a naopak. Z externalistického pohledu tudíž není podstatné, jestli, empiricky vzato, členové veřejnosti s předloženými důvody souhlasí nebo nikoliv, protože jejich souhlas či nesouhlas není pro platnost důvodů – a tedy ospravedlnitelnost návrhu – rozhodující. Že jsou například součástí Ústavy ČR články 23 a 26, které společně garantují volný poslanecký mandát (v protikladu k mandátu vázanému, imperativnímu), platí bez ohledu na to, jestli o tom vytrubovatelé „odvolatelnosti politiků“ vědí, nebo nevědí.⁸⁵³ To je zcela kompatibilní jednak s rozlišením mezi rozumnými a nerozumnými osobami/doktrínami atd. (viz sekci 2) a právě také s možností teoretické idealizace, v tom smyslu, že rozumným aktérům veřejného ospravedlnění se přisoudí dostatečné kognitivní (epistemické) kapacity, aby onu pravdu o morálce a/nebo právu byli schopni odhalit.

Problém externalismu, alespoň v této schematicky silné podobě, spočívá v neúctě (*disrespect*) k členům veřejnosti, protože v zásadě prohlašuje: „Nezajímá mě, že s mým argumentem nesouhlasíš, protože mám prostě pravdu a ty jsi příliš hloupý na to, abys této pravdy dohlédl.“⁸⁵⁴ To je příklad normativního sektářství, které z dlouhodobého hlediska rozežírá substrát společenské kooperace;⁸⁵⁵ z jiného úhlu pohledu lze hovořit o nepřijatelném paternalismu.⁸⁵⁶ Jenomže silný internalismus je neméně problematický, protože vylučuje možnost nejen nápravy, ale vůbec identifikace nějaké morální či epistemické chyby *jakožto chyby*.⁸⁵⁷ Hrozí tak normativní anarchismus, protože ospravedlněna patrně nebude žádná norma, ani morální, ani právní – vždy se najde někdo, kdo bude její přijetí blokovat. Proto se zdá být nevyhnutelné přistoupit alespoň ke *slabé idealizaci*, tedy předpokladu, že členové veřejnosti jsou schopní a ochotní kriticky prozkoumávat jednotlivé prvky svého systému přesvědčení, důkladně posuzovat nově se objevivší informace a jejich kompatibilitu s dosavadními přesvědčeními

⁸⁵³ K tomu viz podrobnou diskuzi v HAPLA, Martin. Vázaný mandát jako ústavněprávní problém. *Juristic.cz*. [online] publikováno 2. 9. 2009 [cit. 8. 2. 2020].

⁸⁵⁴ Anebo „zastáváš morálně odsouzené názory, a proto z tebe pro účely ospravedlnění učiním hypotetického slušňáka.“ Pak je samozřejmě klíčové, s jakou morální teorií má být výsledek konformní. Nás zde ale zajímají v první řadě kognitivní nedostatečnosti.

⁸⁵⁵ GAUS, Gerald. Open Society and Its Friends. *The Critique*. [online] January/February 2017. [cit. 8. 2. 2020].

⁸⁵⁶ SADURSKI, Wojciech. Reasons of State and Public Reason. *Ratio Juris*. 2014, Vol. 27, No. 1, s. 27–28.

⁸⁵⁷ V tomto smyslu není silný internalismus kompatibilní ani s *pochopitelnými důvody*, protože ty mají jako kritérium právě pochopitelnost pro ostatní.

a podobně. Gerald Gaus nazývá toto pojetí *otevřeným ospravedlněním*, které, navzdory připuštění externalistických úvah, zůstává internalistické do té míry, do jaké musejí aktéři veřejného ospravedlnění nacházet důvody pro podporu či odmítnutí návrhů ve *svých* (slabě idealizovaných) souborech přesvědčení.⁸⁵⁸ Zároveň je kompatibilní s pochopitelnými důvody. Něco ve stylu otevřené justifikace se zdá být schůdnou střední cestou pro společnost, která je srozuměna s nezměnitelností faktu diverzity, či dokonce chce využít jejich potenciálně produktivních epistemických důsledků pro demokratické rozhodování,⁸⁵⁹ nicméně není připravena na právní legitimizační vakuum, které při globálním neúspěchu veřejného ospravedlnění hrozí.

7.7 Závěr: Kde hledat veřejný rozum v ústavní demokracii?

Namísto rozvíjení dalších linií výkladu, například ve směru zkoumání „patričních úmyslů“ normotvůrce⁸⁶⁰ nebo v otázce supranacionální realizace veřejného rozumu a veřejného ospravedlnění,⁸⁶¹ na závěr ukážeme, co rozbor veřejného rozumu říká o možných aktérech veřejného ospravedlnění v ústavní demokracii. Jinými slovy, kam klást normativní očekávání stran ospravedlnění norem společného soužití? V právní a ústavní teorii jsou běžně považovány za nositele veřejného rozumu ústavní soudy, ať už proto, že stojí nejbližší „abstraktním principům politické morálky“, jež předcházejí momentálním náladám parlament-

ních většin,⁸⁶² nebo díky svým předpokladům k „uvážlivé deliberaci“,⁸⁶³ nebo koneckonců skrze už vícekrát zmiňovaný test proporcionality.⁸⁶⁴ Ústavní soudy pak coby „svědomí“ veřejného rozumu posuzují, zdali je normotvorná a jiná rozhodovací činnost dalších státních institucí podepřena veřejně přijatelnými důvody, přičemž kritériem *jejich* rozhodování bude, zdali by jejich argumentace byla přijatelná pro hypotetického „ideálního rozumného oponenta“.⁸⁶⁵ Jak ale může být nyní zřejmé, takový závěr bude platit pouze tehdy, sestavíme-li stavebníci veřejného ospravedlnění jen z vybraných kostek – čili ústavních fundamentů, sdílených důvodů, silného externalismu a exkluzivního pojetí veřejného právního rozumu. Takové pojetí může být v některých případech i žádoucí, ale není vůbec zřejmé, proč by mělo být defaultním východiskem, obzvláště v situaci hluboké diverzity: to by totiž v zájmu úspěšného veřejného ospravedlnění vedlo k autoritářské *normalizaci* jinak divergentních perspektiv.⁸⁶⁶ Proto je legitimní zařadit mezi přední aktéry veřejného ospravedlnění také parlamenty a návazně na ně politické strany, protože ty společně mohou – ať už lépe či hůře – saturovat ta kritéria veřejného rozumu a veřejného ospravedlnění, na něž soudy ze své podstaty nemohou dosáhnout. Takto jsou do veřejného ospravedlnění zahrnuty obě nejvyšší ústavní instituce, které si mohou činit legitimní nárok na status zdrojů závazného práva.

Je pravděpodobné, že teorie veřejného ospravedlnění bude potřebovat nějakým způsobem zahrnout i další typy aktérů, na něž v ústavní demokracii narazíme – v první řadě exekutivu, ale taky státní správu, technokratické a expertní agentury, občanské iniciativy, profesní komory, lobbyistické skupiny, zahraniční a mezinárodní aktéry a podobně. Její vnitřní variabilita je tomu ovšem nakloněna, pro-

⁸⁵⁸ GAUS, Gerald. *Justificatory Liberalism*. Oxford: Oxford University Press, 1996, s. 31 a n.

⁸⁵⁹ LANDEMORE, Hélène. *Democratic Reason: Politics, Collective Intelligence, and the Rule of the Many*. Princeton: Princeton University Press, 2013; GOODIN, Robert E. a Kai SPIEKERMANN. *An Epistemic Theory of Democracy*. Oxford: Oxford University Press, 2018.

⁸⁶⁰ BARAK, 2012, op. cit., kap. 9.; SADURSKI, Wojciech. *Judicial Review and Public Reason*. In DELANEY, Erin F. a Rosalind DIXON (eds.), *Comparative Judicial Review*. Cheltenham: Edward Elgar, s. 341 a n.

⁸⁶¹ SADURSKI, Wojciech. *Supranational public reason: On legitimacy of supranational norm-producing authorities*. *Global Constitutionalism*. 2015, Vol. 4, No. 3, 396–427; SADURSKI, Wojciech. *Is There Public Reason in Strasbourg?* *Sydney Law School Legal Studies Research Paper* No. 15/46, May 2015, dostupné online na <http://ssrn.com/abstract=2603473>; LANGVATN, Silje. *Should International Courts Use Public Reason?* *Ethics & International Affairs*. 2016, Vol. 30, No. 3, s. 355–377.

⁸⁶² FERRERES-COMELA, Victor. *Constitutional courts and democratic values: A European perspective*. New Haven: Yale University Press, 2009, s. 95; MENDES, Conrado H. *Constitutional Courts and Deliberative Democracy*. Oxford: Oxford University Press, 2013, s. 3; ALEXI, Robert. *A theory of constitutional rights*. Oxford: Oxford University Press, 2002; DWORKIN, Ronald. *A Matter of Principle*. Oxford: Clarendon Press, 1985, s. 69–70; SOLUM, Public Legal Reason, 2006, op. cit., s. 1465.

⁸⁶³ FERRERES-COMELA, 2009, op. cit., s. 32 a n.; STEIN, Alex. *On the Epistemic Authority of Courts*. *Episteme*. 2008, Vol. 5, No. 3, s. 402–410.

⁸⁶⁴ Brian Kogelmann argumentuje, že ústavní soudy mohou prostřednictvím neustále se rozrůstající báze rozhodnutí – autoritativních výkladů práva – přispět k řešení problému *neúplnosti*, který byl zmíněn na konci sekce 5. KOGELMANN, Brian. *The Supreme Court as the Fountain of Public Reason*. *Legal Theory*. 2018, Vol. 24, No. 4, s. 345–369.

⁸⁶⁵ DEN OTTER, 2009, op. cit., s. 10–14.

⁸⁶⁶ GAUS, Gerald. *Is Public Reason a Normalization Project? Deep Diversity and the Open Society*. *Social Philosophy Today*. 2017, Vol. 33, s. 27–52.

tože omezení stanovená veřejným rozumem lze odstupňovat podle typu situace, aktéra, materie, záměrů a podobně.⁸⁶⁷ Může být přitom dost dobře pravdou, že žádný z aktérů nebude vědomě uvažovat v pojmech veřejného rozumu či veřejného ospravedlnění. Ale to ani nemá být účelem takových pojmů a teorií: politicko a právněfilosofické nástroje nám mají umožnit světu porozumět, případně jej v žádoucím směru změnit, nikoliv jej nezbytně i precizně empiricky popsat. Pokud je lepší být podřízen legitimním, spíše než nelegitimním zákonům, což zní jako poměrně nekontroverzní tužba, pak nám teorie veřejného rozumu a veřejného ospravedlnění nabízí filosofický nástroj, jak se takovému ideálu blížit.

⁸⁶⁷ Nebo lze stanovit jednu minimalistickou hranici pro všechny aktéry, jak prostřednictvím pochopitelných důvodů činí VALLIER, 2019. op. cit.

8

KONSTITUCIONÁLISMUS

Tato kapitola⁸⁶⁸ se pokusí o komplexní představení konstitucionalismu jakožto důležitého konceptu ústavní, ale i politické teorie. Zatímco u ústavních teoretiků je konstitucionalismus jedním z ústředních předmětů jejich zájmu, v hlavním proudu politických teoretiků stojí spíše na okraji. Situace se zde nicméně teritoriálně výrazně liší, jelikož zvláště ve Spojených státech amerických se tématu konstitucionalismu věnuje nemalá skupina badatelů. Dostávají se k němu totiž skrze studium americké ústavy, tj. skrze výklad její geneze a jejího dalšího vývoje, resp. obecněji skrze teorii politických režimů.⁸⁶⁹ Ostatně v nejobecnějším slova smyslu lze ústavu ztotožnit právě s pojmem politického režimu; jde tak vlastně o způsob uspořádání určité politické jednotky. Je však třeba upozornit na to, že existují i další chápání toho, co znamená ústava – daleko rozšířenější je

⁸⁶⁸ Kapitola vznikla v rámci grantu *Jak dál s veřejným rozumem? Kritiky a obhajoby veřejného ospravedlnění podle liberalismu* (GA19-11091S).

⁸⁶⁹ Zde je možno zmínit práce autorů jako je Hadley Arkes, Sotirios Barber, Walter Berns, Martin Diamond, Stephen Elkin, Willmoor Kendall, Donald Lutz, Jennifer Nedelsky či Herbert Storing.