

Ústavní soud a reprezentace lidu: abduktivní interference

Jana Kokešová*

Abstrakt: Vůlí lidu vyjádřenou ve volbách je poskytnout parlamentu legitimitu k jeho činnosti, ovšem obsah zákonů už vůlí lidu být nemusí. Parlament není dokonalou reprezentací lidu, proto ani výsledky jeho činnosti – zákony – se s vůlí lidu neshodují. Tato mezera může být vyplněna v rámci interpretace, kdy orgán aplikující právo z vlastních zdrojů získá další informace o lidu a prostřednictvím výkladu o ně zákony doplní. Článek navrhuje hypotézu, že právě to dělá Ústavní soud, že obohacuje zákony o nové informace, a tedy nikoliv jen dotváří právo, ale spoluutváří ho.

Zdroje informací, k nimž má soud přístup, jsou dvojího druhu. Zaprvé jde o účastníky řízení vyjadřující své osobní preference (týkající se jejich vlastního života). Přijímání zákonů v parlamentu se totiž odehrává především na základě preferencí vnějších (preferencí jednotlivce o životě jiných lidí), anebo na konglomerátu osobních a vnějších. Osobní preference zjištěné soudem jsou tak exogenním vnosem do práva. Dalším zdrojem je samotný soudce Ústavního soudu, který přináší know-how. Nicméně samotné know-how mu alespoň v některých případech postačovat nebude, proto musí pracovat i s dalšími exogenními prvky, jako jsou morální úsudky, předsudky, očekávání a politické ideologie.

Klíčová slova: Ústavní soud, zákonodárství, preference, reprezentace, interpretace, interpretační komunita

Úvod

V demokratické republice je zdrojem veškeré moci lid. Ten ale nemá podobu jedné homogenní skupiny s homogenními cíli a zájmy a nemá vlastní vůli.¹ Lid sestává z milionů lidí, z nichž každý může mít své vlastní zájmy, a tedy i představy o politických cílech, k nimž má společnost jako celek směřovat. Z důvodu takové názorové plurality se patrně nebudou všichni schopni jednoduše shodnout na výběru právě určitých politik a prostředků k jejich naplňování, přestože přesně takovou shodu potřebují, pokud mají tvořit kooperující společnost. K zajištění shody si proto tvoří demokratickou reprezentaci v podobě parlamentu, do něhož volí své zástupce. Tito zástupci pak mezi sebou vyjednávají a společně přijmou zákony, kterými se společnost jako celek bude řídit. Text přijatého zákona je ale jen souhrnem všech myslitelných výkladů, přičemž v různých kontextech lze z tožného textu získat odlišné významy.² Jestliže je vůle lidu tak důležitá při přijímání zákona a jestliže se složitým procesem přes parlament dostává do právních předpisů, měla by přeci hrát roli i při jejich interpretaci. Vždyť je přeci způsob výkladu zákona mnohdy určující pro jeho význam. Cílem tohoto textu je abduktivní metodou navrhnout vysvětlení mechanismu, kterým se může vůle lidu uplatnit i při výkladu zákona Ústavním soudem. Abdukce je metoda „*tvoření obecné predikce bez pozitivní jistoty, že predikce bude úspěšná*“.³

* Mgr. Bc. Jana Kokešová, katedra právní teorie, Právnická fakulta Masarykovy univerzity. E-mail: jana.kokesova@post.cz. Článek vznikl v rámci projektu specifického výzkumu č. MUNI/A/0736/2017, *Nové teorie dělby moci*.

¹ Lid jako celek nemá svou vlastní vůli viz MÖLLERS, Christoph. *The Three Branches. A Comparative Model of Separation of Powers*. Oxford: Oxford University Press, 2013, s. 56.

² BARAK, Aharon. *Purposive Interpretation in Law*. 2. vydání. Princeton: Princeton University Press, 2007, s. 7.

³ PEIRCE, Charles Sanders. *Grammatica Speculativa*. In: PALEK, Bohumil (ed.). *Sémiotika*. Praha: Karlova Univerzita, 1997, s. 289.

Je to metoda sloužící k otevření nových myšlenkových cest. Protože je ale důraz kladen na objevování hypotéz, nikoliv na jejich testování, mohou být abduktivní závěry příznavně spekulativní.⁴

Hypotézou, která by vysvětlila faktickou schopnost soudu kreativně zasahovat do zákonů prostřednictvím jejich výkladu, může být, že i soud získává informace o vůli lidu a interpretuje zákony podle ní. Jinými slovy, tento text prověřuje předpoklad, že soud vykládá zákony na základě vůle lidu, kterou je schopen sám ze svých zdrojů zjistit.⁵ Důležitost lidu se tak neztrácí ani během interpretace.

Návrh se opírá o čtyři teze:

- 1) Parlament není vždy schopen sám dobře zjistit vůli lidu, případně ji zpracovat do zákonů.

Kdyby byl parlament vždy schopen zjistit vůli lidu dostatečně a kvalitně, pak by Ústavní soud do zákonodárství nemusel zasahovat. Jinými slovy, fakt, že Ústavní soud zasahuje do zákonodárství, lze vysvětlit, jestliže se zdůvodní, proč parlament nedokáže vždy sám vůli lidu zjistit a zpracovat.

- 2) Ústavní soud dokáže zákony v procesu jejich interpretace doplnit o další informace o vůli lidu.

Fakt, že Ústavní soud zasahuje do zákonodárství, lze vysvětlit, jestliže se zdůvodní, proč může být soud o vůli lidu lépe informován.

- 3) Ústavní soud sám z vlastních zdrojů zjišťuje vůli lidu a při výkladu zákonů postupuje právě na jejím základě.

Fakt, že Ústavní soud zasahuje do zákonodárství, lze vysvětlit, jestliže se zdůvodní, jakými cestami může soud získávat informace o vůli lidu. Informační cesty přitom mají být odlišné od těch, které používá parlament. Kdyby soud využíval tytéž, nemusel by být schopen činnost parlamentu doplňovat.

- 4) Ústavní soud používá při výkladu zákonů takové informace, které jsou vzhledem k právu exogenní,⁶ nicméně jejich zdrojem je lid.

Jestliže platí, že soud získává informace z jiných zdrojů, než to dělá parlament, pak musí být tyto informace neprávniho původu. Stále ale má být jejich základem lid, neboť ten je v rámci státu suverénem a zdrojem veškeré moci.

Text sestává ze čtyř kapitol. V první definuji, který z možných pojetí lidu mám na mysli, jestliže o lidu hovořím. Ve druhé vysvětlím, proč parlament nezjišťuje vůli lidu dokonale. V posledních dvou kapitolách představím zdroje informací, na jejichž základě Ústavní soud při své činnosti postupuje. Ústavní soud je ze všech interpretů schopen svým výkladem nejvíce do zákonodárství zasahovat. Proto se budu v tomto textu věnovat právě jemu, přičemž budu-li hovořit o soudu, míním tím soud Ústavní.

⁴ ERIKSSON, Katie. Abduction – A Way to Deeper Understanding of the Word of Caring. *Scandinavian Journal of Caring Sciences*. 1997, č. 4, s. 197–198.

⁵ Podobný koncept představuje Robert Alexy, viz ALEXY, Robert. Balancing, constitutional review, and representation. *International Journal of Constitutional Law*. 2005, č. 4, s. 572–581.

⁶ Srov. FELDMAN, Stephen M. The Rule of Law or the Rule of Politics? Harmonizing the Internal and External Views of Supreme Court Decision Making. *Law and Social Inquiry*. 2005, Vol. 30, No. 1, s. 89.

1. Lid a jeho reprezentace

Pod pojmem lid si ne každý představí totéž. Různí teoretici ho používají rozličným způsobem a k popisům různých jevů.⁷ Lidem mohou být kupříkladu míněni skuteční lidé aktuálně žijící v daném státě. Anebo právě naopak, pojem lid může označovat abstrakci, tedy entitu, která pozbývá reálnou existenci. Lidem je i „*bezčasý obraz komunity existující na určitém teritoriu*“,⁸ který je tvořen sdíleným dědictvím předávaným mezi generacemi.⁹ Lid může být chápán jako entita vytvořená až konstitutivním rozhodnutím,¹⁰ anebo naopak, může vznikat samovolně a přirozeně.¹¹ Ne všechna pojetí lidu jsou pro nás relevantní. Důležité je takové z nich, které bude použitelné pro vysvětlení zdroje moci v rámci demokratické republiky. Má-li být lid zdrojem moci, zajímá nás především, jestli máme lid chápat jako součet jednotlivců – skutečně žijících lidí, tedy pluralitu, anebo jako homogenní entitu se svou vlastní unikátní vůlí odlišnou od prosté agregace vůlí skutečných lidí.

Jeví se, že je rozumnější uvažovat o lidu, tedy suverénu, spíše jako o pluralitě jednotlivců. Kdyby pro nás lid představoval homogenní entitou disponující vlastní originální vůlí, vyvstal by zásadní problém s artikulací takové vůle. K jejímu vyjádření by lid nutně potřeboval nějakou svou reprezentaci, která by za něho komunikovala. K takové činnosti by mohl mít nejsilnější demokratickou legitimitu parlament, který je personálně obsazován prostřednictvím všelidových voleb. Jak by se ale parlament dozvídal o obsahu vůle lidu? Parlament nedisponuje žádnými speciálními prostředky, z nichž bychom mohli usuzovat, že vůle nějaké takové entity zjišťuje. A pokud by ji nezjišťoval, pak by si ji musel sám vymýšlet. To by znamenalo nejen nevyslyšení vůle skutečného lidu, ale takový stav by navíc implikoval inverzní (obrácenou) reprezentaci.¹² Tou je situace, kdy parlament není reprezentací lidu, ale lid je reprezentací parlamentu. Vůlí lidu je totiž automaticky to, co za ni parlament označí. Takové splynutí reprezentace a reprezentovaného je přitom znakem totalitarismu.¹³ Dnešní sekulární státy nejsou omezeny vyšší mocí, protože veškerá moc vyplývá z lidu. Při splynutí proto přestává být reprezentace čímkoliv limitována, protože vše může označit za vůlí lidu.¹⁴ Uvažovat o parlamentu jako o tvůrci vůle lidu není ani koherentní se systémem demokracie. Demokracie znamená vládu lidu, tedy vládu vůle lidu. A jestliže parlament není lid, pak nemůže být on tím, kdo vládne. Parlament je v demokracii jen reprezentací lidu. Jakožto reprezentace má vyjadřovat vůlí lidu, ne ji nahrazovat svou vlastní.

Další otázka, která se nabízí, je, zda do lidu počítat jen aktuálně žijící lidi, anebo i minulé a budoucí generace. Dejme tomu, že bychom do pojmu lid zahrnuli jak ty, kteří tu byli

⁷ BELLING, Vojtěch. *Zrození suveréna: pojem suverenity a jeho kritika v moderní politické a právní filosofii: suverenita a normativní konstrukce reality*. Brno: CDK – Centrum pro studium demokracie a kultury, 2014, s. 343.

⁸ CANOVAN, Margaret. *The people*. Cambridge: Polity Press, 2005, s. 44.

⁹ Ibidem.

¹⁰ NÄSSTRÖM, Sofia. Representative Democracy as Tautology. Ankersmit and Lefort on Representation. *European Journal of Political Theory*. 2006, č. 3, s. 329; HABERMAS, Jürgen. Remarks on Dieter Grimm's „Does Europe Need a Constitution?“. *European Law Journal*. 1995, č. 3, s. 303–307.

¹¹ GRIMM, Dieter. Does Europe Need a Constitution? *European Law Journal*. 1995, č. 3, s. 282–302.

¹² Pojem inverzní reprezentace viz PITKIN, Hanna Fenichel. *The Concept of Representation*. Berkeley: University of California Press, 1967, s. 107–109.

¹³ LEFORT, Claude a John B. THOMPSON. *The political forms of modern society: bureaucracy, democracy, totalitarianism*. Cambridge, Massachusetts: MIT Press, 1986, s. 273 an.

¹⁴ NÄSSTRÖM, Sofia. *Representative Democracy as Tautology*, s. 329.

před námi, tak i ty, kteří se ještě nenarodili. Jaké důsledky by to mělo? Parlament by byl nejen reprezentací současné generace, ale i těch minulých a budoucích. Na rozdíl od lidí nyní žijících nejsou ti, co už jsou po smrti, ani ti, co se ještě nenarodili, schopni komunikovat svou vůli. Pokud tedy vůbec přistoupíme na to, že nějakou potenciální vůli mají. I kdyby tedy nějakou takovou vůli měli, pak jediný, kdo by ji byl schopen artikulovat, by byl opět parlament. Problém s vyjadřováním vůle lidu parlamentem jsme probrali už výše. Ve výsledku by parlament jejich vůli spíše tvořil, což by implikovalo inverzní reprezentaci. Parlament by vytvářel vůli, kterou by promítal do minulých a budoucích generací. Tím by získal nástroj, jak v zájmu budoucích nebo minulých generací ignorovat vůli té současné. Minulé a budoucí generace jsou totiž početnější než ta aktuální, a kdyby za ně parlament mluvil, pak by dominoval nad tou současnou.

Rozumnější je chápat lid jako součet aktuálně žijících občanů, kteří mají určitý závazek ke svým minulým a budoucím generacím. Závazek by mohl spočívat v kategorickém imperativu Immanuela Kanta. V souladu kategorickým imperativem máme vždy jednat podle takové maximy, o které můžeme chtít, aby se stala obecným zákonem.¹⁵ V tom případě máme závazek například nezničit přírodu a zachovat ji pro další generace. To samé bychom totiž chtěli od svých minulých generací – aby nám zachovali přírodu v dostatečné kvalitě. Kategorický imperativ nám také například říká, že nemáme dezinterpretovat činnost minulých generací nebo se je snažit vymazat ze svých dějin, neboť od budoucích generací očekáváme také takové citlivé jednání. Pro naše účely je proto o lidu jakožto suverénu a držiteli veškeré moci v rámci státu vhodné uvažovat jako o součtu aktuálně žijících lidí. A to se vši nejistotou, která je tím implikována. Vůle takového lidu musí být agregována od jednotlivců, přičemž výsledky agregace nebudou kvůli použitým prostředkům, komunikačnímu šumu nebo manipulaci vždy odpovídat realitě. Navíc, protože jde o součet jednotlivců, jejich počet se neustále proměňuje tím, jak se noví lidé rodí a jiní umírají. Situaci komplikuje i náchylnost jednotlivců k někdy i rychlým a radikálním změnám jejich vůle. Vůle lidu je proto pohyblivým se terčem a určení jejího obsahu zůstává nejisté a musí být předmětem neustálého zjišťování, odhadování a diskuse. Nikdo si nemůže činit nárok na to, že zjistil vůli lidu absolutně, dokonale a konkluzivně. Ani parlament ani soud ani nikdo jiný.

2. Parlament a soud jako tvůrci práva

Parlament je reprezentací lidu, ale jak dobrou? A co vlastně reprezentuje, jestliže reprezentuje lid? Chceme-li to zjistit, musíme se ptát, podle čeho si lidé do parlamentu vybírají své zástupce. Vhozením hlasovacího lístku do volební urny neodpovídají na jednoduchou otázku, jak je tomu například v referendu, ale na celý komplex otázek od velmi abstraktních, týkajících se mezinárodní politiky, až po ty nejkonkrétnější ohledně kupříkladu výše minimální mzdy. Volič proto musí zaujmout určitou strategii, která mu pomůže své zástupce vybrat. Jeví se přitom, že existují tři základní takové strategie.¹⁶

¹⁵ GALVIN, Richard. Universal Law Formulas. In: HILL, Thomas E. (ed.). *The Blackwell Guide to Kant's Ethic*. Hoboken: Blackwell Publishing, 2009, s. 52–82.

¹⁶ Srov. volební metody viz TANGIAN, Andranik. An Election Method to Improve Policy Representation of a Parliament. *Group Decision and Negotiation*. 2016, č. 1, s. 186.

2.1 Strategie a reprezentace

První ze strategií, které může volič využít, spočívá na úvaze: *Jestliže já sám nemohu rozhodovat o každé jednotlivé otázce, která se bude v parlamentu projednávat, nechť o ní rozhodne někdo mně podobný, kdo snad vybere řešení, které bych býval vybral já.* Volič pak dá hlas kandidátovi, který je mu blízký vzděláním, životní zkušeností, místem původu, vyznáním atd. Nazvěme tuto strategii „deskriptivní“ a její výsledné zobrazení v podobě obsazení parlamentu jako „deskriptivní reprezentaci“.¹⁷ Pokud by všichni voliči postupovali podle této strategie, pak by parlament teoreticky měl být přesným zmenšeným portrétem či popisem společnosti.¹⁸ Problém deskriptivní strategie spočívá přinejmenším ve třech aspektech. Zaprvé, mezi kandidáty do parlamentu nemusí být natolik dostatečná nabídka, aby si volič mohl vybrat někoho skutečně sobě podobného. Zadruhé, kvůli uzavírací klauzuli se do parlamentu nedostanou všechny strany a všichni ti kandidáti, kteří obdrželi hlasy. Voliči proto nebudou vždy zastoupeni někým sobě podobným. Zatřetí, už samo použití právě určité formule k přepočtu hlasů na křesla v parlamentu determinuje a zkresluje volební výsledek. Parlament proto nemůže být přesným zmenšeným portrétem společnosti.

Druhou volební strategii nazýváme „agentská“ a její výsledné zobrazení v podobě obsazení parlamentu jako „agentskou reprezentaci“.¹⁹ Agentská strategie spočívá ve volbě osobnosti dostatečně morální, vzdělané, kompetentní či jinak pro voliče důvěryhodné. Volič jí dává hlas v domnění, že si taková osobnost bude v parlamentu počínat správně, a to třeba i tak, jak nebude vždy výhodné pro daného voliče.²⁰ Problém agentské strategie spočívá ve faktickém chování voličů, kteří mohou osobnost vybrat na základě lichých úvah a myšlenkových zkratk.²¹ Příkladem krajní iracionálnosti, k níž se patrně voliči uchylují, je výběr zástupce na základě jeho vzezření nebo podobenky na reklamních plochách.²²

Třetí strategii nazýváme „strategií politik“ a její výsledné zobrazení v podobě obsazení parlamentu jako „reprezentaci politik“.²³ V případě strategie politik si lidé vybírají svého zástupce na základě volebního programu. Volič se přitom snaží vybrat kandidáta prosazujícího takové politiky, které pokud možno odpovídají preferencím daného voliče. V porovnání s dvěma předchozími strategiemi představuje strategie politik nižší riziko, že vybraný zástupce uplatní politiky rozporné s voličovou vůlí. Ačkoliv se strategie politik zdá nejvýhodnější, není jisté, zda ji voliči skutečně užívají.²⁴ Andranik Tangian se dokonce domnívá, že design všelidových voleb svádí voliče k výběru zástupců podle prvních dvou strategií, tedy deskriptivní a agentské, nikoliv podle strategie politik. Pozornost voliče je totiž systémově odváděna od jednotlivých politik k osobnostem.²⁴ Pokud ale přesto lidé vybírají své zástupce na základě strategie politik, je dále otázkou, nakolik jsou s politikami

¹⁷ „Reprezentace, v níž jedna osoba reprezentuje jinou tým, že je dostatečně podobná jako ona.“ GRIFFITHS, Phillips – WOLLHEIM, Richard. How can one person represent another? *Aristotelian Society*. 1960, č. 1, s. 188.

¹⁸ ADAMS, John. „Letter to John Penn“ *Works*. Boston, 1852–1865, s. 195, srov. PITKIN, Hanna Fenichel. *The Concept of Representation*, s. 60.

¹⁹ TANGIAN, Andranik. An Election Method to Improve Policy Representation of a Parliament, s. 183.

²⁰ *Ibidem*, s. 184.

²¹ Není prokázáno, že iracionální zkratky vedou k dobrým rozhodnutím ve volbách. BARTELS, Larry M. The Irrational Electorate. *The Wilson Quarterly*. 2008 [online cit. 6. 9. 2018], cit. z: <<https://wilsonquarterly.com/quarterly/fall-2008-the-glory-and-the-folly/the-irrational-electorate/>>.

²² *Ibidem*.

²³ Viz např. studie chování britských voličů: LENZ, Gabriel S. Learning and Opinion Change, Not Priming: Reconsidering the Evidence for the Priming Hypothesis. *American Journal of Political Science*, 2009, č. 4, s. 824–882.

²⁴ TANGIAN, Andranik. An Election Method to Improve Policy Representation of a Parliament, s. 187.

jednotlivých stran a kandidátů skutečně a dostatečně obeznámeni. Například výzkum z Německa, zabývající se volbami do *Bundestagu* v roce 2013, ukázal, že lidé volili nekonzistentně se svými požadavky.²⁵ Průzkum v USA v letech 2000 až 2004 odhalil, že lidé znají pouze několik politik, jež jsou v rámci státu prosazovány, pokud vůbec nějaké.²⁶ Ani když si volič zjednoduší výběr tím, že volí jen například na základě svého příklonu k pravici či levici, nemusí uspět. Jeho představy o tom, jaké konkrétní politické cíle kandidáti na pravici či levici skutečně zastávají, mohou být značně zkreslené.²⁷ Mezi kandidáty navíc nemusí být žádný, jehož politika by se blížila preferencím voliče.

Různí voliči postupují podle různých strategií nebo jednotlivé strategie kombinují. Případně mohou svůj výběr zkomplikovat i retrospektivním uvažováním o svých zástupcích namísto uvažování prospektivního. Mohou volit své zástupce na základě spokojenosti s jejich dosavadní činností, nikoliv pro jejich politické programy zaměřené do budoucna. Hrozí pak, že voliči nevyhodnotí výsledky činnosti jednotlivých vlád správně²⁸ a opět zvolí kandidáta neodpovídajícího jejich nárokům.

2.2 Nejnižší společný jmenovatel a prostor pro soud

Volbami do parlamentu nemůže být zjištěna vůle lidí k něčemu určitému, k nějaké akci. Nelze říci, že to, co činí parlament, je vůlí lidí, neboť ti volí podle různých strategií a sledují každý jiné cíle. Existuje ale nejnižší společný jmenovatel vůlí všech zúčastněných voličů. Je jím vůle k tomu, aby parlament jednal a přijímal zákony v právě určitém personálním složení. Jinými slovy, nejnižším společným jmenovatelem je legitimizovat parlament k jeho činnosti. Na vyšší úrovni pak vůle voličů v zásadě směřují k tvorbě určitých politik (na základě strategie politik), k tvorbě zákonů zástupci právě určitých životných stylů (na základě deskriptivní strategie) nebo k tvorbě zákonů právě určitými osobnostmi (na základě agentské strategie), případně ke kombinaci těchto cílů. Voliči svou volbou sledují různé cíle, a tedy následují různé strategie. V instituci parlamentu jsou soustředěny všechny volby odlišných strategií, parlament je proto částečně deskriptivní reprezentací, částečně agentskou reprezentací a částečně reprezentací politik. Žádná z těchto reprezentací ale není vyjádřena dokonale. Jestliže parlament reprezentuje lid různými způsoby, ovšem vždy jen částečně, pak ani zákony nemusí vyjadřovat vůli lidu dokonale, ale jen částečně. Je tu proto prostor, abychom získávali informace o vůli lidu z jiných zdrojů a zákony o ně obohatili v procesu interpretace. A to právě dělá Ústavní soud, který a) má přístup ke zdrojům, z nichž může tyto další informace zjistit, a b) optikou zjištěných informací zákony interpretovat.

2.3 Ústavní soud jako druhé fórum tvorby práva

Ústavní soud svou činností navazuje na práci parlamentu a v procesu interpretace doplňuje zákony o další informace o vůli lidu. Tyto informace ho vedou k výběru právě jedné ze všech možných výkladových cest. Soud tedy představuje další fórum, kde jsou zjišťovány

²⁵ TANGIAN, Andranik. Policy Representation of a Parliament: The Case of the German Bundestag 2013 Elections. *Group decision and negotiation*. 2017, Vol. 26, Iss. 1, s. 172.

²⁶ BARTELS, Larry M. The Irrational Electorate. *The Wilson Quarterly*. 2008 [online cit. 6. 9. 2018], cit. z: <<https://wilsonquarterly.com/quarterly/fall-2008-the-glory-and-the-folly/the-irrational-electorate/>>.

²⁷ Ibidem.

²⁸ Ibidem.

dodatečné informace o vůli lidu a od lidu a na jejich základě je tvořeno právo.²⁹ Získávání informací je postaveno na jiných základech, než je tomu v případě parlamentu, který jich nabývá kvantitativně – od celé společnosti – prostřednictvím voleb. Je jistě pravdou, že zjišťování vůle parlamentem nekončí okamžikem voleb a může pokračovat i následně, působením aktivistů a lobbistů. Zákonodárci také mohou vnímat zájmy tlumočené exekutivou a mohou být citliví k průzkumům veřejného mínění. I proto je patrně parlament schopen poměrně dobře reflektovat vůli lidu a zpracovat ji do zákonů. Na soud už zbývá jen minimum prostoru k doplnění, neboť se nestává tak často, že by soud přistoupil k překvapivé interpretaci nebo rušil celé zákony.

Získávání informací parlamentem lze označit v zásadě za kvantitativní, protože hledisko, z něhož se na příchozí informace a argumenty dívá, je nastaveno volbami, tedy agregací všech hlasů. Prostřednictvím všelidových voleb je vybrána reprezentace s právě určitými charakteristikami, která proto bude vnímavá především k právě určitým informacím a argumentům. Jestliže parlament při přístupu k informacím pracuje spíše kvantitativní metodou, pak Ústavní soud, pokud hledisko parlamentu doplňuje, by měl postupovat primárně metodou kvalitativní. Kdyby si obstarával informace stejným kvantitativním způsobem jako parlament, neplnil by svůj úkol dobře, neboť by nemusel dostat nic jiného, než co už má k dispozici parlament. Soud proto pracuje především kvalitativně a získává informace vždy jen od vzorků společnosti, které jsou v určitých směrech reprezentativní pro lid jako celek.

V následujícím textu se budu věnovat zdrojům, z nichž soud čerpá informace, když jakožto další fórum tvorby práva doplňuje parlamentem vytvořené zákony. Jestliže soud svou činností navazuje na práci parlamentu, pak by měl doplňovat ty informace o vůli a preferencích lidu, které parlament nezjistil dokonale. Jestliže v sobě parlament spojuje reprezentaci deskriptivní, agentskou a reprezentaci politik, pak by měl soud právě tyto zpřesňovat. Je toho soud schopný? Soud by měl mít přístup k určitým, vzhledem k parlamentu alternativním reprezentacím lidu, konkrétně k alternativní reprezentaci deskriptivní a agentské. Na jejich základě pak právo doplňuje o nové informace.³⁰ Výjimkou jsou politiky policie, které soud z vlastních zdrojů doplňovat nemá. Politiky totiž mohou být vzájemně nekoherentní, ale soud je (na rozdíl od parlamentu) vázán silným požadavkem na koherenci.³¹ Nemůže proto do práva vkládat vzájemně protichůdné informace.

3. Deskriptivní reprezentace a soud

Co vlastně znamená, že si volič ve volbách vybírá sobě podobného zástupce tak, aby tento zástupce rozhodoval stejně, jako by rozhodoval volič? Parlament přijímá množství zákonů, přičemž řada z nich se daného voliče nijak netýká. A pokud o nich zástupce hlasuje tak, jako by hlasoval sám volič, pak to znamená, že o řadě zákonů hlasuje podle svých (respektive voličových) vnějších preferencí. Pojem vnější preference používá Ronald Dworkin a odlišuje je od preferencí osobních. Osobní preference jsou podle Dworkina ty, které se týkají vlastních zájmů uvažovaných osob. Vnější preference jsou pak ty, které mají uvažované osoby ohledně zájmů ostatních lidí. Dworkin uvádí jako příklad osobních preferencí

²⁹ K tomu též MÖLLERS, Christoph. *The Three Branches*, s. 90. Podle Möllerse je legitimita soudu založena na individuální autonomii.

³⁰ Jestliže je hypotézou, že soud reprezentuje lid a je schopen zjišťovat jeho vůli, pak to ale neznamená, že je konkurentem parlamentu a reprezentuje lid vůči němu. Soud nesoupeří s parlamentem, ale kooperuje s ním, protože pouze doplňuje jeho činnost.

³¹ REGAN, Donald H. *Glosses on Dworkin: Rights, Principles, and Policies*. *Michigan Law Review*. 1978, s. 1235.

zájem plavce na zbudování plaveckého bazénu v jeho obci. O vnější preferenci lze oproti tomu hovořit tehdy, mají-li zájem na zbudování bazénu ti občané, kteří sice sami neplavou, ale pocíťují vůči atletům obdiv a chtějí je podporovat.³² Dworkin dále argumentuje, že vnější preference ostatních lidí nemají být započítávány proti osobním preferencím jednotlivců. Pokračujme pro názornost s příkladem o stavbě plaveckého bazénu. Dejme tomu, že by měl být v obci postaven buď bazén, anebo divadlo. Plavci mají osobní preferenci ke stavbě bazénu a diváci mají osobní preferenci ke stavbě divadla. V obci může být ještě třetí skupina občanů, kteří ani neplavou ani nechodí do divadla, ale obdivují atlety a divadlo považují za méně hodnotnou aktivitu. Jejich vnější preference by pak směřovaly ke stavbě bazénu. Kdybychom sečetli preference všech, pak „*diváci utrpí, protože jejich osobních preferencí si méně cení občané, jejichž osobní preference samy vůbec ve hře nejsou*“.³³ Utilitaristickým sčítáním vnějších a osobních preferencí bychom nerespektovali právo na rovnost,³⁴ pročež Dworkin požaduje kalkulovat pouze s preferencemi osobními.

V rámci deskriptivní reprezentace parlament zjišťuje ohledně řady problematik především vnější preference, popřípadě konglomerát preferencí vnějších a osobních. Právní úprava je proto často přijímána na základě vnějších preferencí anebo konglomerátu obou druhů. Vhodným způsobem, jak deskriptivní reprezentaci vyjádřenou v parlamentu doplnit, je hledat reprezentaci preferencí osobních. Při řízení před Ústavním soudem má soud přístup k lidem, na jejichž případy byla nebo měla být aplikována právní úprava. Tito lidé se pak v rámci řízení v souvislosti se svými osobními preferencemi vyjadřují k funkčnosti právní úpravy, její úplnosti, férovosti či morálnosti. Na příkladech jednotlivců lze extrahovat vnější preference a rozhodnout nikoliv kvantitativně podle součtu všech preferencí, ale právě podle těch osobních. Samozřejmě to ještě neznamená, že budou vždy ve výsledku uspokojeny všechny osobní preference. Někdy musí některé z nich ustoupit osobním preferencím jiných jednotlivců.³⁵

Nálezy Ústavního soudu mají kvaziprecedenční charakter, a tedy dopad i na všechny další podobné případy. Proto účastníci soudního řízení, ačkoliv před soudem obhajují především sami sebe a argumentují ohledně svého vlastního případu, fakticky reprezentují i všechny ostatní v podobné situaci. I na ně se totiž posléze budou vztahovat výsledky tohoto řízení. Je to stejný způsob reprezentování, jako když si kupříkladu ve škole přijde student stěžovat svému učiteli na nejednoznačnost některé otázky z testu, jenž byl celé třídě zadán. Pro učitele jen tento student reprezentací všech ostatních studentů, kteří byli ve stejné situaci a potýkali se se stejnou nejednoznačnou otázkou. Ačkoliv si student přišel stěžovat sám a bojuje za svůj vlastní případ, ve skutečnosti reprezentuje i všechny ostatní studenty. Je-li totiž učitel spravedlivý a svědomitý, pak výsledek, k němuž se v diskusi se studentem dobere, aplikuje i na ostatní studenty. Podobně je i účastník řízení reprezentací ostatních, protože představuje modelový příklad, který se v rámci společnosti může opakovat a výsledky řízení s ním budou aplikovány i na další případy. Účastníci řízení jsou proto deskriptivní reprezentací lidí, kteří se podobným způsobem potýkají nebo budou potýkat s regulací, která se jich osobně dotýká.³⁶ Jde o reprezentaci

³² DWORKIN, Ronald. *Když se práva berou vážně*. Praha: Oikoymenh, 2001, s. 292, 293.

³³ *Ibidem*, s. 293 an.

³⁴ *Ibidem*, s. 338 an.

³⁵ Na základě testu proporcionality.

³⁶ Splňují totiž podmínku dostatečné podobnosti s reprezentovanými subjekty. Srov. GRIFFITHS, Phillips – WOLLHEIM, Richard. *How can one person represent another?*, s. 188.

lidu, protože je (teoreticky) možné, že se ve stejné situaci ocitne kterýkoliv příslušník lidu. K tomu, aby byl účastník řízení reprezentací ostatních, nepotřebuje žádné pověření ani zmocnění. Reprezentace spočívá v samotné faktické činnosti,³⁷ tedy v reprezentování nejen svých zájmů, ale i (potenciálních) zájmů ostatních lidí.³⁸

V některých oblastech práva jsou zkušenosti lidí s faktickým působením zákonů významným formativním prvkem. Právní úprava některých specifických problematik vzniká téměř výhradně před soudem.³⁹ Testování zákonů v praxi, a tedy spolupráce práva soudem, je nezbytná hlavně v případech neurčitých zákonů nebo zákonů, které mohou slevovat z morálky,⁴⁰ případně existují pochyby o jejich ústavnosti.⁴¹

4. Agentská reprezentace a soud

Parlament je částečně volen na základě strategie agentské, tedy výběru osobnosti, která disponuje důvěrou, že zvolí správná řešení, přičemž správné řešení nemusí být vždy výhodné pro konkrétního voliče. Protože parlament není dokonalou agentskou reprezentací, zbývá prostor pro Ústavní soud, aby doplnil informace z vlastních zdrojů. Takovou osobností, která v tomto směru reprezentuje lid, by mohl být pravděpodobně právě soudce Ústavního soudu. Soudce při své činnosti používá především (nebo by měl používat) *know-how* ohledně interpretace právních textů, ale v některých případech se nevyhne tomu, aby k rozhodnutí využil i své preferované morální postoje nebo předsudky, očekávání a politické ideologie, tedy vzhledem k právu exogenními prvky.⁴² Jestliže soudce používá takové exogenní prvky, ale zároveň chceme zdůvodnit, že nejedná arbitrárně, pak je vhodné vysvětlit, jak lze použití exogenních prvků odvodit od lidu. Navrhují hypotézu, že soudce je (nebo by měl být vybírán tak, aby byl) členem dvou komunit, a to komunity interpretační a komunity diskurzivní. Díky diskusi probíhající v obou komunitách pak upevňuje nebo aktualizuje své *know-how* a své morální postoje. Zároveň, jestliže od komunit čerpá informace, měly by být tyto komunity odvozeny od lidu.

4.1 Reprezentace

Vyřešme nejprve otázku, co znamená někoho reprezentovat. Reprezentaci věnované formalistické pohledy 1) požadují, aby reprezentace byla zmenšeným obrazem reprezentovaného, nebo 2) spojují reprezentaci s aktem zmocnění reprezentanta reprezentovaným.⁴³ Vyjadřují tyto formalistické pohledy podstatu reprezentace?

³⁷ PITKIN, Hanna Fenichel. *The Concept of Representation*, s. 38 an.

³⁸ Například v USA je známý institut *private attorney general*, tedy advokáta, který sice zastupuje zájmy žalobce, ale zároveň také zájmy veřejnosti tím, že obhájí případy týkající se veřejného zájmu. Reprezentuje veřejnost, ačkoliv k tomu nebyl zvolen ani pověřen. Viz RABKIN, Jeremy A. *The Secret Life of the Private Attorney General. Law and Contemporary Problems*. 1998, č. 1, s. 179–203. Srov. též strategická litigace. ONDŘEJKOVÁ, Jana. *Vnější limity soudcovské interpretace a argumentace*. Praha: Leges, 2017, s. 141–142.

³⁹ Například USA protimonopolní právo DWORKIN, Ronald. *Když se práva berou vážně*, s. 266; v ČR hranice zneužití a porušení práva KAMÍNKOVÁ, Petra. *Zneužití práva jako hranice daňového plánování*. Praha: Ivana Hexnerová – Bova Polygon, 2018; nadační právo RONOVSÁ, Kateřina. *Tendence vývoje českého nadačního práva v rámci sjednocené Evropy*. Brno: Masarykova univerzita, 2010.

⁴⁰ Legitimita a morálka nejsou jedno a to samé. SHAPIRO, Scott, J. *Legality*. Cambridge: Harvard University Press, 2011, s. 211–214.

⁴¹ DWORKIN, Ronald. *Když se práva berou vážně*, s. 261, 266.

⁴² FELDMAN, Stephen M. *The Rule of Law or the Rule of Politics?*, s. 124.

⁴³ PITKIN, Hanna Fenichel. *The Concept of Representation*, s. 38 an.

Zaměříme se nejprve na bod 1). Jestliže by reprezentaci definovalo zrcadlení předobrazu, pak by ani parlament nereprezentoval svůj lid, neboť přesný zmenšený obraz není schopen vytvořit.⁴⁴ Něco takového navíc patrně ani není žádoucí. Kdybychom skutečně chtěli, aby zákony přesně kopírovaly názor společnosti, měli bychom raději nechat o každém zákonu hlasovat občany. To ale neděláme, ačkoliv už disponujeme technikou umožňující takové plebiscity. Namísto toho přenecháváme rozhodnutí parlamentu, který ale nezrcadlí lid a jeho vůli dokonale. Proč? Pojem reprezentace není synonymem kopie nebo repliky. Reprezentace nemá imitovat celek, ale znamená určitou abstrakci,⁴⁵ zobrazuje jen nějakou vlastnost reprezentovaného. Nemusí přitom nutně jít o vlastnost typickou nebo charakteristickou. Naopak, reprezentace zobrazuje výběr toho nejlepšího či spíše nejhodnějšího pro daný účel a situaci.⁴⁶ V parlamentu proto není typický vzorek společnosti, ale osoby disponující určitými (ve volbách) vybranými vlastnostmi. Pokud bychom chtěli, aby byl parlament reprezentací průměru, pak by bylo efektivnější jeho členy spíše losovat než volit. Totéž se vztahuje i na soudce Ústavního soudu. Jestliže soudce není typickým vzorkem společnosti a nezastává průměrný názor, pak to není překážkou v reprezentování lidu. Jinými slovy, soudce může být reprezentací lidu, ačkoliv on a jeho počínání není typické ani průměrné. Co má tedy reprezentace dělat, jestliže nemá imitovat reprezentované ani zobrazovat jeho typickou vlastnost? Reprezentace má jednat lépe.⁴⁷ To je důvodem, proč se vůbec necháváme reprezentovat. Kdyby reprezentace neměla potenciál implikovat lepší výsledek, než jakého jsme schopni sami, nebyl by důvod nechat za sebe reprezentaci jednat. Nicméně reprezentace není substitucí, nejde o nahrazení reprezentovaného.⁴⁸ Aby reprezentace zůstala reprezentací a nestala se substitucí, musí být založena na reflexi určitých vlastností reprezentovaného.⁴⁹ Ovšem tyto vlastnosti mají být vybrány tak, aby byly pro účel reprezentace těmi nejhodnějšími.⁵⁰ Pro různé účely přitom mohou být vhodné různé vlastnosti, a proto může být tentýž subjekt, v našem případě lid, reprezentován různými způsoby, tedy prostřednictvím různých reprezentací, reflektujících různé vlastnosti. Lid je tak reprezentován parlamentem, ale zároveň i soudcem Ústavního soudu nebo účastníky řízení.

Jiné formalistické pohledy na reprezentaci viz bod 2), zdůrazňují zmocnění poskytnuté reprezentantovi reprezentovaným. V České republice nejsou soudci Ústavního soudu voleni přímo, ale vybírá je prezident ve spolupráci senátorů. Prezident navrhuje kandidáty na soudce Ústavního soudu a senátoři je schvalují. Může být soudce Ústavního soudu reprezentací lidu, jestliže si ho lid sám nevybral v přímých volbách? Jinými slovy, musíme si nutně svou reprezentaci volit sami, anebo nám ji může vybrat někdo jiný? Pokud by si reprezentovaní svou reprezentaci nutně museli vybírat sami, pak by například ani monarcha nemohl reprezentovat svůj lid. Příklad reprezentanta nevoleného přímo reprezentovanými máme i v České republice, a sice v osobě prezidenta, kterého až do roku 2013 vybírali senátoři. Nicméně i v době před rokem 2013 prezident reprezentoval lid. Jednal totiž jménem státu, přičemž zdrojem veškeré moci v rámci státu byl lid, a tedy jednal i jménem

⁴⁴ Už jen například kvůli existenci uzavírací klauzule a výběru formule, na jejímž základě jsou přepočítávány hlasy na křesla v dolní komoře Parlamentu.

⁴⁵ PITKIN, Hanna Fenichel. *The Concept of Representation*, s. 68.

⁴⁶ *Ibidem*, s. 79.

⁴⁷ PITKIN, Hanna Fenichel. *The Concept of Representation*, s. 142.

⁴⁸ Substituce lidu znamená inverzní reprezentaci viz část *Lid a jeho reprezentace*.

⁴⁹ PITKIN, Hanna Fenichel. *The Concept of Representation*, s. 68.

⁵⁰ *Ibidem*, s. 80.

lidu. Jestliže přímé delegační spojení není definičním znakem reprezentace, pak i soudce Ústavního soudu, ačkoliv není volen v přímých volbách, může reprezentovat lid.

Než dojdeme k hypotéze, že soudce reprezentuje lid, projdeme si ještě jednu úvahovou cestu. Ptejme se, zda je možné, aby byl soudce Ústavního soudu přeci jen spíš reprezentací senátu či prezidenta, když ho oni vybírají, nebo třeba celého parlamentu. Mohlo by něco takového fungovat? Pokud by soud reprezentoval prezidenta, senát nebo parlament, pak by reprezentoval jejich určitou kvalitu. Není přítom ale zcela jasné, jakou přesně. Pokud by však soudce byl reprezentací prezidenta/senátu/parlamentu, pak by některou jejich vlastnost reprezentovat musel. Dejme tomu, že by to byla kupříkladu jejich majoritní ideologická orientace, co by se odráželo v soudcově činnosti. Na jaký problém bychom ale narazili? Osoba prezidenta a členové senátu/parlamentu se pravidelně obměňují na základě voleb. Čí ideologickou orientací by se pak soudce měl ve svém rozhodování řídit? Budťo by se a) vždy přizpůsobil novému prezidentovi/senátu/parlamentu a jejich ideologické orientaci, anebo by b) zohledňoval tu ideologickou orientaci, kterou zastával prezident/senát/parlament v době, kdy tento soudce získal svou funkci. V případě a) by soudce neplnil dobře svůj úkol kontrolovat činnost zákonodárce, neboť by se zákonodárcem vždy sdílel jeho ideologickou orientaci. V případě b) by byl soudce fixován na ideologickou orientaci prezidenta/senátu/parlamentu z doby, kdy tento soudce získal svou funkci. Jestliže ale nejsme ve volbách schopni dokonale zjistit vůli lidu, proč by měl být tento nedokonalý výsledek fixován v osobě soudce Ústavního soudu? Předpokládejme však ideální situaci, v níž by byla vůle lidu ve volbách agregována dokonale a prezident/senát/parlament by ji ztělesnili perfektně, a tedy i jimi vybraný soudce. Bylo by pak v pořádku, aby soudce reprezentoval jejich ideologickou orientaci?

Nikoliv. Důvodem jsou osobní a vnější preference. O rozdílu mezi nimi jsem psala výše v předchozí kapitole. Osobní preference jsou ty, které se týkají vlastních zájmů uvažovaných osob. Vnější preference jsou pak ty, které mají uvažované osoby ohledně zájmů ostatních lidí.⁵¹ Vnější preference bychom přitom neměli započítávat proti těm osobním. Přenesme tuto úvahu na vyšší úroveň – na celou společnost. Současná společnost má své vlastní preference. Společnost před sedmi lety měla také své preference, ale možná rozdílné od těch dnešních. Takové preference by byly vůči současné společnosti vnější. Kdyby soudce reprezentoval ideologickou orientaci, která byla ve společnosti preferována v době, kdy získal funkci, pak by reprezentoval vnější preference dřívější podoby společnosti. Což je ale v rozporu s tezí, podle níž nemají být vnější preference započítány proti osobním. Z toho důvodu soudce nereprezentuje prezidenta, senát ani parlament. Naopak, ze stejného důvodu je soudce reprezentací právě lidu, a to v jeho aktuální podobě. Jen pokud soudce reprezentuje lid v jeho aktuální podobě, splňuje svůj úkol ochrany osobních preferencí.⁵²

Reprezentace nespočívá ani v jednom ze dvou výše uvedených formalistických pohledů, které 1) představují reprezentaci jako zmenšený obraz reprezentovaného a 2) spojují reprezentaci s aktem zmocnění. Co ale naproti tomu k reprezentaci nutné je, respektive co musí reprezentant dělat, je reflexe alespoň nějaké vlastnosti reprezentovaného. A to té vlastnosti, která je pro účel reprezentování podstatná. Jinými slovy, právě v samotné čin-

⁵¹ DWORKIN, Ronald. *Když se práva berou vážně*, s. 292, 293.

⁵² To samozřejmě neznamená, že se má soudce každý den pít po tom, zda se společnost nezměnila. Navíc k tomu ani není nijak institucionálně vybaven. Čemu se má soudce přizpůsobovat, je debata probíhající v obou výše zmíněných komunitách, jichž má být členem. Soudce by měl reflektovat debatu a při výskytu dobrých argumentů přehodnotit své vlastní metody nebo postoje. Tedy měl by držet krok s aktuálním stavem poznání a přizpůsobovat se mu.

nosti – v reprezentování – se mají uplatnit některé vybrané a důležité vlastnosti reprezentovaného. Jestliže je soudce Ústavního soudu sám reprezentací lidu, konkrétně agent-skou, jaké vlastnosti lidu se mají v jeho činnosti uplatnit? A jak soudce vybrat, aby se tyto vlastnosti skutečně uplatnily? Soudcem Ústavního soudu má být osoba, která je členem dvou komunit, a to určité komunity interpretační⁵³ a určité komunity diskurzivní.⁵⁴ Obě komunity vykazují vlastnosti lidu, které jsou důležité pro činnost soudce jakožto agent-ského reprezentanta. Odpovědnost za volbu takového soudce nesou v první řadě prezident a senátoři. Dále už je odpovědností samotného soudce, aby i při výkonu funkce zůstal se svými komunitami v relaci.

4.2 Interpretační komunita

Co je to interpretační komunita a jak poznat tu, jejímž členem má soudce být? Při definování komunity vyjdeme z předpokladu, že interpretace a aplikace práva nejsou mechanické procesy, které dávají na všechny otázky vždy jednu jasnou odpověď.⁵⁵ Není totiž žádný přirozený a jediný správný způsob, jak text zákona číst.⁵⁶ Přesto ale sledujeme, že se právníci často ve svých interpretačních závěrech shodují. Jak je to možné? Důvodem je kontext interpretace, který právníci sdílejí.⁵⁷ Jejich kontextem jsou interpretační strategie, významy pojmů, právní historie, judikatura, ale i očekávání a předsudky orientované k textu.⁵⁸ Jde o kontext formovaný samotnými právníky prostřednictvím jak výuky na právnických fakultách, tak i působením domácí a částečně i zahraniční právní vědy.⁵⁹ Takový kontext existuje už před samotným čtením textu. Právníci ho proto znají, aplikují na texty zákonů a docházejí ke vzájemně podobným interpretačním závěrům.⁶⁰ Interpretační komunita, jejímž členem má soudce být, je právě tato komunita právních vědců a praktiků,⁶¹ definovaná sdíleným kontextem interpretace právních textů.^{62, 63} Je-li soudce součástí interpretační komunity, pak při výkladu zákona není zcela svobodný. Musí se pohybovat v rámci pravidel daných komunitou, a) aby mu vůbec bylo porozuměno a b) aby si udržel svou profesní a vědeckou čest. Soudcová právní argumentace v soudních nálezech může být analyzována interpretační komunitou a podrobena kritice.⁶⁴

⁵³ Srov. koncept interpretační komunity in: FISH, Stanley. *Is there a Text in This Class? The Authority of Interpretive Communities*. Cambridge: Harvard University Press, 1980, 394 s.

⁵⁴ Diskurzivní komunita je volně odvozena od komunity morální, nicméně diskurzivní bude širší. Měla by pracovat s širším spektrem exogenních vlivů než pouze s morálkou (viz níže část *Diskurzivní komunita*). Srov. DARWALL, Stephen. *Respect and the Second-Person Standpoint. Proceedings and Addresses of the American Philosophical Association*. 2004, č. 2, s. 49.

⁵⁵ GADAMER, Hans-Georg. *Truth and Method*. 2. vydání. London: Continuum, 2006.

⁵⁶ FISH, Stanley. *Doing What Comes Naturally. Change, Rhetoric, and the Practice of Theory in Literary and Legal Studies*. 3. vydání. London: Duke University Press, 1995, s. 614. A jestliže má, nejsme schopni se na něm shodnout.

⁵⁷ FISH, Stanley. Jak je to tu s textem? *Aluze*. 2002, č. 3, s. 69.

⁵⁸ Srov. FELDMAN, Stephen M. *The Rule of Law or the Rule of Politics?*, s. 100.

⁵⁹ Srov. MÖLLERS, Christoph. *The Three Branches*, s. 11. Möllers o tomto jevu uvažuje jako o problému.

⁶⁰ SPAAK, Torben. *Relativism in Legal Thinking: Stanley Fish and the Concept of an Interpretative Community*. *Ratio Juris*. 2008, č. 1, s. 161.

⁶¹ Právě právníci mají obsadit druhé fórum tvorby práva. Musí totiž navazovat na práci fóra předchozího – parlamentu – a respektovat jeho výstupy, jimiž jsou zákony. A právě na zacházení s nimi se soustřeďují právo a právní věda.

⁶² Aby byl takový kontext vyvinut, je žádoucí i ze strany zákonodárce. Existuje-li kontext, díky kterému v řadě případů dojdeme ke stejným interpretačním závěrům, může zákonodárce předvídat, jak bude zákonný text vyložen, a tomu ho přizpůsobit. Proto je existence interpretační komunity velmi žádoucí. Srov. Význam textu je formován kontextem viz STALNAKER, R. C. *Context and Content*. Oxford: Clarendon Press, 1999, s. 65.

⁶³ Srov. též epistemická komunita. ONDŘEJKOVÁ, Jana. *Vnější limity soudcovské interpretace a argumentace*, s. 112, 117.

⁶⁴ KOMÁREK, Jan. Reasoning with Previous Decisions – Beyond the doctrine of Precedent. *The American Journal of Comparative Law*. 2013, s. 169–170; ONDŘEJKOVÁ, Jana. *Vnější limity soudcovské interpretace a argumentace*, s. 146.

Jestliže je soudcem Ústavního soudu vybrána osoba, která se realizuje v rámci komunity, pak bude vnímavá ke kritice ze strany ostatních členů.

Činnost interpretační komunity by měla být založena na lidu. Jestliže je totiž soudce reprezentací lidu, pak má být jeho rozhodování postaveno na určitých vlastnostech lidu. Jestliže je rozhodování postaveno na činnosti interpretační komunity, pak má být činnost komunity založena na určitých vlastnostech vykazovaných lidem. Jak je tedy činnost interpretační komunity založena na lidu? Interpretační komunita udržuje a rozvíjí znalosti v oblasti práva, k nimž daná společnost dospěla. Koncentruje ale i zkušenosti a poznání z příbuzných relevantních disciplín, jako jsou kupříkladu filozofie, etika či ekonomie.⁶⁵ Interpretační komunita také představuje platformu pro tvorbu a testování argumentace. Její členové „*pronášejí věty o zákonném právu a povinnosti, i když vědí, že je nelze prokázat, a dokládají je argumenty, i když vědí, že tyto argumenty každého nepřesvědčí. Předkládají si tyto argumenty navzájem jeden druhému, v odborných časopisech, v posluchárnách i u soudů. Reagují na tyto argumenty, posuzují je jako dobré, špatné nebo průměrné, přitom zjišťují, že některé jsou lepší než jiné*“.⁶⁶ V podobě a kvalitě interpretační komunity jsou také reflektovány preference lidu ohledně vzdělání a poznání. Samozřejmě, čím větší má společnost preference ohledně vědy a edukace, tím širší, vzdělanější a rozmanitější interpretační komunita bude, a tím kvalitnější zpětnou vazbu soudci poskytne.

4.3 Diskurzivní komunita

Kromě interpretačních a argumentačních strategií bude soudce muset alespoň v některých případech pracovat i s (vzhledem k právnímu řádu) exogenními prvky,⁶⁷ jako jsou morální úsudky, předsudky, očekávání a politické ideologie.⁶⁸ Případů neshody interpretačního názoru soudce s jeho preferovanými morálními či politickými postoji jsou přitom řídce.⁶⁹ Jinými slovy, málokdy se stane, že by se soudce domníval, že má být text zákona vyložen s interpretačním závěrem X, avšak ho jeho vlastní morálka vede k interpretačnímu závěru Y. Většinou soudce dospěje oběma postupy k totožnému závěru. Důvodem jsou exogenní prvky, které tvoří značnou část soudcova horizontu porozumění a které budou vždy tvarovat jeho interpretační pohled.⁷⁰ Soudce pravděpodobně nebude s to exogenní prvky při interpretaci práva zcela opomenout.

Co z toho vyvodit? Víme, že a) Ústavní soud fakticky svou kreativní interpretací zasahuje do zákonů a mění jejich význam. Jestliže to soud dělá, měla by být jeho činnost založena na vůli lidu, protože ten je suverénem a jediným zdrojem moci. Dále víme, že b) soudce není vždy schopen eliminovat své vlastní morální postoje a další vzhledem k právu exogenní prvky.

Obě zjištění se zdají být vzájemně kontradiktorními. Jak může soudce reflektovat vůli lidu a zároveň uplatňovat takové exogenní prvky? Řešením, které by se mohlo nabízet,

⁶⁵ EPSTEIN, Richard A. *Skepticism and Freedom. A modern case for classical liberalism*. Chicago: The University of Chicago Press, 2003, s. 13.

⁶⁶ DWORKIN, Ronald. *Když se práva berou vážně*, s. 271.

⁶⁷ Exogenní prvky – jsou exogenní vzhledem k danému právnímu řádu. FELDMAN, Stephen M. *The Rule of Law or the Rule of Politics?*, s. 89.

⁶⁸ *Ibidem*, s. 124.

⁶⁹ *Ibidem*, s. 115, 126.

⁷⁰ *Ibidem*, s. 108. „Konjunkce chybějící interpretační metody a existence politologické adjudikační metody soudcům napomáhá minimalizovat kognitivní disonanci a pomáhá rozumět svému interpretačnímu pohledu jako konformního s jejich politickými preferencemi. To dále posiluje používání externích vlivů.“ FELDMAN, Stephen M. *The Rule of Law or the Rule of Politics?*, s. 116.

je normativní požadavek na výběr soudců. Ti by měli být vybíráni právě na základě jejich vlastních postojů a charakteristik.⁷¹ Pokud bude soudce vybrán právě kvůli nim a na jejich základě, otevře se tím cesta k vysvětlení, proč je může při interpretaci práva použít. Budou tím pádem odvozeny od vůle lidu.

Jak tedy soudce vybrat, aby reflektoval vůli lidu? Zvolit konkrétního soudce jen podle jeho politické orientace, respektive jím proklamované politické orientace, není dobrou strategií. Je špatná hned ze dvou důvodů. a) Soudce nemá být úředník, který aplikuje jednu vybranou ideologii na všechny případy. Má být nezávislý a usilovat o správná řešení bez ohledu na to, zda některé konkrétní skupině osob takové řešení bude nebo nebude vyhovovat. b) Výběr soudce podle ideologie, k níž se kloní, neposkytuje ani minimální záruku, že podle takové ideologie nakonec rozhodne.⁷² A už vůbec to neposkytuje záruku, že bude usilovat o správná řešení. Není dobrou strategií vybrat soudce podle toho, zda si někdo myslí, že dokáže předpovědět jeho rozhodnutí. Neposkytuje to záruku ani správného řešení, ani takového, které by si možná přál, nejsou-li tímtéž. Namísto toho by soudce měl být vybrán na základě jeho náležitosti k určité diskurzivní komunitě.

Diskurzivní komunita, na rozdíl komunity interpretační, není jednoduše vymežitelná určitým typem vzdělání, příslušností k nějaké profesi či ovládnutím jistých strategií či znalostí. Diskurzivní komunita je určena hodnotami a filozofickými či etickými směry myšlení, které zastávají její členové. Mohou ji tvořit veřejní intelektuálové, odborníci, novináři, aktivisté, ale i například politici.⁷³ Jedna a tatáž osoba samozřejmě může být členem obou soudcových komunit. Diskurzivních komunit je patrně mnohem víc než jen jedna, přičemž jejich vzájemné hranice jsou fluidní a rozpité, případně se tyto komunity v určitých momentech překrývají. Určit, kde končí jedna a začíná druhá a kolik jich vlastně je, by samo bylo věcí diskuse. Zjišťovat to ale není nutné. Důležité je, aby soudce byl součástí debaty a zastával v ní určité pozice, tedy aby byl členem některé diskurzivní komunity. Stačí, když rozeznáme, k jakým proudům se v diskurzu řadí.⁷⁴ Tím bude i určeno, čím kritiku reflektuje,⁷⁵ protože právě kritiku z vlastních řad může vnímat jako zásadní a pro svou další činnost určující.⁷⁶ Nemůžeme ale doufat, že tímto předpovíme soudcovu rozhodování v konkrétních případech. S proměnami diskuse v rámci komunity se může proměňovat i soudcův horizont porozumění, a tedy jeho interpretační závěry.⁷⁷ Což ale není chyba. Zcela se to shoduje s požadavkem na soudce, aby soudce vybíral takové řešení,

⁷¹ Srov. Verdross argumentuje, že k tomu, aby soudce jednal správně, ho zavazuje jeho vlastní svědomí a morálka. VERDROSS, Alfred. Die systematische Verknüpfung von Recht und Moral. In: KLECATSKÝ, H. R. – MARCIC, R. – SCHAMBECK, H. (eds). *Die Wiener rechtstheoretische Schule*. Vídeň, 2010, s. 421, cit dle: SOBEK, Tomáš. *Právní rozum a morální cit. Hodnotové základy právního myšlení*. Praha: Ústav státu a práva AV ČR, 2016, s. 250.

⁷² FRIEDMAN, Barry. *The Will of the People: How public opinion has influenced the Supreme Court and shaped the meaning of the Constitution*. New York: Rarrar, Straus and Giroux, 2009, s. 374. Je také poměrně komplikované rozhodnout, jak bude soudce rozhodovat jednotlivé případy. FELDMAN, Stephen M. *The Rule of Law or the Rule of Politics?*, s. 122.

⁷³ Srov. též DWORKIN, Ronald. *Justice for Hedgehogs*. Cambridge: Harvard University Press, 2011, s. 109. Bylo by absurdní požadovat, aby se debaty zúčastnil každý. Morální interpretace je tak i věcí dělby moci.

⁷⁴ Diskurzivní komunita by ale neměla být určena svými členy. Jestliže se její členové například radikalizují, spíše se přesouvají do jiné komunity, než že by měnili svou původní. Proto soudce nemusí (a neměl by) následovat případné radikální změny názorů členů diskurzivní komunity. Byl totiž vybrán především proto, že zastává určité pole v diskusi. Jací konkrétní lidé jeho diskurzivní komunitu obývají je teprve druhotným kritériem.

⁷⁵ Srov. MCKENNA, Michael. *Conversation and Responsibility*. Oxford: Oxford University Press, 2012, s. 138. Kritika z řad profesní komunity může být podobně účinná a s obdobnými následky pro kritizovaného.

⁷⁶ Srov. DARWALL, Stephen. *Respect and the Second-Person Standpoint*, s. 49.

⁷⁷ FELDMAN, Stephen M. *The Rule of Law or the Rule of Politics?*, s. 100. Srov. též DWORKIN, Ronald. *Když se práva berou vážně*, s. 109 an.

o němž se domnívá, že je správné. Pohled na to, co je správným řešením, se přitom může (a nejspíš i má) vyvíjet.⁷⁸

4.4 Výběr diskurzivní komunity

Připustíme-li, že soudce bude ovlivňován teoretickým a filozofickým smýšlením určité diskurzivní komunity, je nepravděpodobné, že se toto smýšlení vždy a v každém případě shodne většinovým názorem společnosti,⁷⁹ může jít i pohled zastávaný minoritou.⁸⁰ Je nějaká cesta, jak zdůvodnit, že je působení takové komunity odvozeno od lidu?

Vůle jednotlivce může být manifestována aktivitou, v našem případě především výběrem zástupců do parlamentu. Výběr se zakládá v nemanifestované stránce vůle, tedy mentálním stavu vyjadřujícím komparativní evaluaci různých alternativ.⁸¹ Nemanifestované podobě říkáme preference, přičemž ty můžeme rozlišit na aktuální⁸² a pravé.⁸³ Aktuálními preferencemi je soubor všech preferencí jednotlivce, které mohou být založeny i na spontánnosti a intuitivních reakcích.⁸⁴ Podmnožinou aktuálních preferencí jsou preference pravé, které jsou definovány požadavkem na informovanost, principiální uvážení a koherenci.⁸⁵ Jinak řečeno, aktuálními preferencemi jsou všechny preference jednotlivce, zatímco pravé jsou jen ty z nich, které jsou koherentní a založené na informované úvaze.⁸⁶ Taková úvaha přitom ani nemusí nutně proběhnout.⁸⁷ Můžeme mít i pravé preference, o nichž ani nevíme, že je máme. Vezměme si příklad voliče, jehož preferencí je zrušit daň, pročež vše ostatní považuje za druhotné. Taková preference je ale fakty nepodložená a neuvážená, neboť si patrně neuvědomuje, že z daní jsou placeny služby, které denně využívá a nutně potřebuje, například provoz hromadné dopravy. Jeho pravou preferencí tedy je využívat služby. K poskytování služeb je výběr daní nezbytný, proto nemůže být jeho pravou preferencí daň zrušit.⁸⁸

Pokud jednotlivec volí ve volbách do parlamentu, pak volí na základě svých aktuálních preferencí, ale nikoliv nutně na základě těch pravých. Parlament proto prostřednictvím voleb získává informace o aktuálních preferencích lidu, ale ne nutně jen o těch pravých.

⁷⁸ Soudce může inovovat, rozvíjet či posouvat své morální a politické postoje, nikoliv radikálně. Viz též pozn. č. 58.

⁷⁹ Příklad viz FRIEDMAN, Barry. *The Will of the People: How public opinion has influenced the Supreme Court and shaped the meaning of the Constitution*. New York: Rarrar, Straus and Giroux, 2009, s. 378.

⁸⁰ Robert Alexy uvažuje podobě o Ústavním soudu jakožto reprezentaci lidu. Soud je podle Alexyho reprezentací lidu, jestliže předkládá rozumné argumenty a zároveň tyto argumenty (alespoň v dlouhodobém horizontu) akceptuje dostatečné množství lidí. Alexy nerozlišuje mezi různými komunitami, jen požaduje akceptaci určitým počtem lidí, kteří ale musí splňovat podmínku racionality. Takže ani u Alexyho nemusí nutně jít o akceptaci majoritou. ALEXY, Robert. *Balancing, constitutional review, and representation*, s. 572–581.

⁸¹ GRILL, Kalle. *Respect for What? Choices, Actual Preferences, and True Preferences*. *Social Theory and Practice*, 2015, č. 4, s. 696, 703. Kalle Grill ve svém textu neuvažuje o výběrech a preferencích v souvislosti s volbami do Parlamentu. Myšlenky autora proto posouvám do souvislostí, které autor nemusel svým textem zamýšlet.

⁸² *Actual preferences*.

⁸³ *True preferences*.

⁸⁴ GRILL, Kalle. *Respect for What? Choices, Actual Preferences, and True Preferences*, s. 695.

⁸⁵ *Ibidem*, s. 703, 704.

⁸⁶ Je možné, že systém aktuálních preferencí odpovídá touhám a systém pravých preferencí potřebám. Mohu toužit po tom, co je mi zároveň potřebou, ale není vždy mou potřebou to, po čem toužím. Viz HAPLA, Martin. *Lidská práva a základní potřeby*. *Právník*. 2018, roč. 157, č. 1, s. 34.

⁸⁷ EKSTORM, Laura Waddel. *A Coherence theory of autonomy*. *Philosophy and Phenomenological Research*. 1993, č. 3, s. 609. Ekstorm navrhuje koncept podobný pravým preferencím a nazývá ho autorizované preference.

⁸⁸ Aby byly vybírány daně, je instrumentální preferencí, tedy takovou, která slouží k naplnění jiné – vlastní (*intrinsic*) preference. ARPALY, Nomy – SCHROEDER, Timothy. *In Praise of Desire*. New York: Oxford University Press, 2014, s. 6 an. Překlad „*intrinsic preference*“ viz SOBEK, Tomáš. *Právní rozum a morální cit. Hodnotové základy právního myšlení*, s. 222.

Jestliže soudce doplňuje činnost parlamentu a rozhoduje i podle svých postojů, které odvozuje od diskurzivní komunity, pak by tato komunita měla mít své postoje dobře vyargumentované, podložené a koherentní, tj. měla by nabízet set pravých preferencí. Komunita totiž zobrazuje jen část preferencí lidu, a proto má-li být obhájeno, proč čerpat informace jen od zlomku lidu, musí to být zdůvodněno určitou vyšší kvalitou, kterou je tato část lidu schopna poskytnout. Podobně jako v případě deskriptivní reprezentace, kde vyšší kvalitu představují osobní preference oproti vnějším, zde je vyšší kvalitou koherence, uváženost a prodiskutovanost preferencí.⁸⁹

Má-li tedy být soudce ovlivněn diskurzivní komunitou, pak takovou, která je schopna generovat fakty podloženou principiální diskusí s výsledným koherentním souborem pravých preferencí.⁹⁰ Ze všech diskurzivních komunit proto můžeme eliminovat ty, které nevykazují znaky takové diskuse. Ani po eliminaci nám ale nemusí zůstat jen jedna jediná komunita. Takových, které jsou schopny vyprodukovat koherentní výsledek na základě uvážené diskuse, může být víc, přičemž každá nabídne rozdílný set pravých preferencí. Nezbyvá pak než jednu z těchto komunit zvolit. A to právě dělá prezident a senátoři výběrem osoby soudce Ústavního soudu, který je členem komunity. Protože jsou prezident i senátoři voleni v přímých všeobecných volbách, podílí se jejich prostřednictvím na výběru soudce a jeho diskurzivní komunity velká většina společnosti.⁹¹ Jaké diskurzivní komunity a s jakou kvalitou diskuse jsou k dispozici, záleží už samozřejmě na společnosti. Ta je produkuje, a proto je právě od společnosti odvozeno, jaké právo má.

4.5 Institucionální design a komunity

Soudce by měl být agentskou reprezentací lidu, přičemž jeho činnost ovlivňuje interpretační a diskurzivní komunita. Agentská reprezentace je definována jako reprezentace osobou, která má důvěru, že bude sama přijímat ta nejlepší rozhodnutí. Jestliže má soudce jakožto agentská reprezentace sám přijímat nejlepší rozhodnutí, proč by při tom měl být ovlivněn svými komunitami? Jsou obě komunity – interpretační a diskurzivní – pro jeho činnost vskutku nezbytné? Předpokládá institucionální design existenci komunit ovlivňujících činnost soudce? Pro zodpovězení bude důležité přiblížit ještě jednou problematiku reprezentace a také se zabývat činností parlamentu. Začneme tedy od pojmu reprezentace.

Reprezentace není charakterizována ani přesným zrcadlením předlohy, ani přímým delegačním spojením s reprezentovaným. Je definována činností, tedy samotným reprezentováním, které provádí na základě vybraných vlastností lidu. Je ale důležité, aby v sobě nějaké vlastnosti lidu skutečně reflektovala. V opačném případě by nebyla reprezentací,

⁸⁹ Parlament by jistě neměl pouze slepě následovat preference aktuální, namísto toho by z nich měl diskusí vytříbit ty pravé, nicméně vzhledem k jeho postavení závislému na přízni voličů k tomu může mít sklonky.

⁹⁰ „Reprezentace lidu Ústavním soudem, je na rozdíl [od reprezentace parlamentem] čistě argumentační.“ ALEXY, Robert. *Balancing, constitutional review, and representation*, s. 572–581.

⁹¹ Vůdčí osobnosti diskurzivní komunity nastolují určité politiky a jsou mluvčími pravděpodobně jen části společnosti. Jedna určitá část společnosti výrazně ovlivňuje morální a politické postoje soudce, a tedy i jeho rozhodování. Výběr takové komunity je legitimizován faktem, že se na ní prostřednictvím prezidenta a senátorů shodne velká většina společnosti. Potíž ale přetrvává, uvědomíme-li si, jak pravidelně či spíše nepravidelně jsou soudci Ústavního soudu vybíráni. Senát se nedostává k výběru soudců v každém svém personálním složení. Ačkoliv je Senát doplňován průběžně každé dva roky, přeci jen jeho obsazení odráží strukturu názorových většin ve společnosti. Jestliže se Senát nedostane k výběru soudce v každém svém složení, jsou pak jednotlivé názorové většiny společnosti při výběru soudců zastoupeny disproporčně málo, nebo hodně.

nýbrž jen substitucí. Základním rozdílem mezi reprezentací a substitucí je, že substituent může substituovaného zcela nahradit. Nic z jednání substituentu pak nelze připsat vůli substituovaného, kdežto v případě reprezentace je reprezentovaný stále přítomen. Reprezentace totiž jedná za druhého, avšak bez toho, aby ho vyloučila.⁹² Jestliže je suverénem lid, pak ho parlament nesmí nahradit jakožto substituent, ale musí zůstat v pozici reprezentanta. Jakožto reprezentant má parlament reflektovat určité vlastnosti lidu a na jejich základě tvořit právo. V případě, kdy lidé při volbách použijí deskriptivní strategii, je reflektovanou vlastností určitý způsob života, životní styl. Jestliže využijí strategii politik, pak jsou reflektovanou vlastností preferované společenské cíle. V obou případech jsou vlastnosti lidu v rámci parlamentu zohledněny, parlament zůstává reprezentací a nepřechází v substituci. Jakou vlastnost bude ale parlament reflektovat, jestliže voliči vyberou své zástupce na základě agentské strategie? Pokud má agent činit, co sám uzná za nejlepší, jak je v takové jeho činnosti reflektována některá vlastnost lidu?

Nikdo není *tabula rasa*. Lze předpokládat, že pokud každý preferujeme určité morální postoje či projevujeme nějaké ideologické orientace, očekáváme je i u osob kandidujících do parlamentu. Zároveň s volbou kandidáta tak volíme i morální postoje a ideologické orientace, které budou řídit jeho výběr nejlepších řešení. Vlastností lidu, která se v činnosti agentské reprezentace v parlamentu projeví, budou právě tyto preferované morální postoje a ideologické orientace, případně další exogenní vlivy, které tvoří horizont porozumění zvoleného kandidáta do parlamentu. Totéž se vztahuje na soudce Ústavního soudu jakožto agentskou reprezentaci. Jeho rozhodování musí být založeno na určitých vlastnostech lidu. V opačném případě by nebyl reprezentací. Byl by substitucí, a vstoupil by do pozice suveréna. Vstoupit do pozice suveréna znamená inverzní reprezentaci, tedy stav, kdy by byl lid reprezentací soudu, nikoliv soud reprezentací lidu. Soud by vytvářel vůli lidu namísto toho, aby ji jen reprezentoval.⁹³ Proto institucionální *design* nutně pracuje s vlivem komunit na soudcovo rozhodování. A jaké vlastnosti ve své činnosti soudce reflektuje? Na rozdíl od parlamentu, který získává informace o lidu, respektive o jeho vlastnostech, především kvantitativně, Ústavní soud postupuje kvalitativně. Tedy nezískává informace od celé společnosti, ale jen od vybraných vzorků. Jimi jsou interpretační a diskurzivní komunity jednotlivých soudců.⁹⁴ Vlastnostmi takto získanými jsou 1) *know-how* poskytnuté interpretační komunitou⁹⁵ a 2) sety pravých preferencí poskytnuté diskurzivními komunitami jednotlivých soudců.

Závěr

Lid má v demokratické republice, jíž Česko jistě je, pozici suveréna a zdroje veškeré moci. Parlament jakožto reprezentace lidu je pak tím, kdo vtěluje vůli lidu do zákonů. Text přijatého zákona ale znamená jen souhrn všech výkladových možností, přičemž v různých kontextech lze z totožného textu získat odlišné významy. Proč, když je vůle lidu tak důležitá při tvorbě zákonů, nehraje už roli při jejich výkladu? Vždyť způsob, kterým je text interpretován, je určující pro jeho význam. Na základě čeho soud postupuje, pokud existuje více výkladových možností? Hypotézou, kterou v textu rozvíjím, je, že i Ústavní soud

⁹² PITKIN, Hanna Fenichel. *The Concept of Representation*, s. 133.

⁹³ Srov. *ibidem*, s. 107–109.

⁹⁴ Interpretační komunita všech soudců je jen jedna, diskurzivní může mít každý z nich vlastní.

⁹⁵ *Know-how* je důležité také pro identifikování koherentních preferencí.

je schopen z vlastních zdrojů získat informace o vůli lidu a na jejím základě zákony vykládat.

Role Ústavního soudu jakožto interpreta zákonů navazuje na činnost parlamentu, a proto Ústavní soud zjišťuje stejný druh informací o vůli lidu, z nichž vycházel i parlament, a případně parlament doplňuje. Získávání informací parlamentem můžeme chápat v zásadě jako kvantitativní, protože primárně vychází z agregace hlasů ve volbách. Při výběru svých zastupitelů voliči sledují tři hlavní strategie, a to strategii deskriptivní (zvolit někoho sobě podobného), agentskou (zvolit kompetentní osobnost) a strategii politik (zvolit zástupce, který prosazuje právě určité politiky). Na základě těchto tří strategií, popřípadě jejich kombinací, je parlament personálně obsazen, pročež je částečně deskriptivní reprezentací, částečně reprezentací agentskou a částečně reprezentací politik. Ústavní soud, který na činnost parlamentu navazuje, má sám také přístup k určité podobě deskriptivní a agentské reprezentace. Neměl by ale doplňovat informace o politikách, protože ty mohou být vzájemně nekoherentní, což se neslučuje s požadavkem na koherentní výsledky činnosti soudu.⁹⁶ Deskriptivní reprezentaci lidu, která je Ústavnímu soudu k dispozici, představují účastníci soudního řízení. Ti vyjadřují své osobní preference ohledně práva a ověřují jeho funkčnost, úplnost, férovost či morálnost. Agentskou reprezentací je osoba soudce Ústavního soudu. Ten je (popřípadě má být) členem dvou komunit, a to interpretační a diskurzivní. Komunity by měly soudci poskytovat *know-how*, tříbit pravé preference a dávat mu zpětnou vazbu ohledně jeho činnosti. Interpretační komunita sestává z právních vědců a praktiků. Diskurzivní je komunita veřejných intelektuálů, novinářů, odborníků atd. sdílející s daným soudcem podobná diskurzivní východiska. Diskurzivní komunita je odvozena od lidu, protože představuje principiální a fakty podloženou debatu, které se může účastnit kdokoliv. Výsledky debaty nabízí tu část z aktuálních preferencí lidu, která je prodiskutovaná a fakty podložená.⁹⁷ Interpretační komunita se odvozuje od lidu tím, že koncentruje poznání, k němuž lid dospěl a do kterého může přispívat kdokoliv. Představuje ten výsek z vědění lidu, který je relevantní pro tvorbu, interpretaci a aplikaci práva.

Předkládaný text je nutno chápat jako nabízející hypotézu získanou abduktivní interpretací a metodami analytické filozofie. Cílem textu není ani justifikovat činnost soudu, ani navrhnout nějaký funkčnější systém vztahů mezi soudem a zákonodárcem, ani předkládat ověřená a konečná fakta. Účelem textu je nabídnout hypotézu schopnou vysvětlit stávající systém, a sice hypotézu v podobě mechanismu jeho fungování. Předpokladem bylo, že i Ústavní soud reprezentuje lid, je schopen získávat informace o jeho vůli a podle ní interpretovat právo. Do sféry předpokladů naopak nespadały otázky spojené s tím, nakolik soud vůli lidu skutečně zjišťuje či nezjišťuje, případně nakolik by v takovém konání mohl či nemohl být úspěšnější než parlament. Text navrhuje pouze možné vysvětlení pozorovaných jevů, a to bez jakéhokoli hodnocení činnosti jednotlivých institucí.

Z navrhované hypotézy, že soud reprezentuje lid a je schopen zjišťovat jeho vůli, současně nikterak nevyplývá, že by bylo možné soud chápat jako konkurenta parlamentu, který by vůči němu reprezentoval lid. Soud s parlamentem nesoupeří, ale kooperuje, protože pouze doplňuje jeho činnost. Pokud se na zjišťování vůle lidu takto podílí více institucí, a to každá z jiné perspektivy, jsou implikovány (alespoň) dva pozitivní důsledky.

⁹⁶ REGAN, Donald H. *Glosses on Dworkin: Rights, Principles, and Policies*, s. 1235.

⁹⁷ Neboli set pravých preferencí.

Zaprvé se tím snižuje riziko konstantního opomíjení menšinových preferencí a zadruhé se tím snižuje jistota ohledně toho, co je vlastně vůlí lidu. Důležitost prvního bodu je předmětem mnoha studií varujících před nadvládou většiny, nicméně druhý z obou poznatků se může zdát překvapivý. Jak může být jakákoliv nejistota pozitivní? Pokud o obsahu vůle lidu nepanuje shoda, pak o jejím obsahu panuje nejistota. Co není jisté a jasné, má potenciál být předmětem neustálého zjišťování a hlavně nekončící diskuze. Ta zaprvé tříbí argumenty, zadruhé má edukační potenciál jak pro lidi (lid je součtem skutečných lidí), tak i pro jejich reprezentaci, zatřetí, protože tato debata není konkluzivní, umožňuje vývoj toho, co je vůlí lidu.

Constitutional Court and the Representation of the People: Abductive Interference

Jana Kokešová

Abstract: The will of the people expressed in elections legitimates the work of parliament, but the content of the laws does not necessarily match the will of the people since the parliament is not a perfect representation of the people. This gap can be filled by the law-applying authority, which can gain information about the people from its authority's own sources and add it into the law in the process of interpretation. This article argues that this is exactly what the Constitutional Court does. It enriches the laws by new information, and thus not only completes the law, but co-creates it.

The sources of information to which the Court has access are of a dual nature. Firstly, the source are parties to the proceedings who express their personal preferences (related to their own lives). The adoption of laws in Parliament is mainly based on external preferences (about the lives of other people) or on a conglomerate of both. Personal preferences thus could be exogenous information brought to the legal order by the Court. Another source are judges of the Constitutional Court, who brings know-how. However, the know-how itself is not always enough. Sometimes the judge has to eventually work with other exogenous elements such as moral judgments, expectations or political ideologies to decide the case.

Key words: Constitutional Court, legislature, preferences, representation, interpretation, interpretative community