

Univerzita Karlova

Právnická fakulta

**Oliver Wendell Holmes ml., pragmatismus a
svoboda projevu**

Studentská vědecká odborná činnost

Kategorie: magisterské studium

Rok odevzdání: 2023

Autor: Daniel Kačer

Konzultant: doc. JUDr. Pavel Ondřejek, Ph.D

Navrhovaný specializační modul: Právněteoretický a právněfilosofický

Čestné prohlášení a souhlas s publikací práce

Prohlašuji, že jsem práci předkládanou do XVI. ročníku Studentské vědecké a odborné činnosti (SVOČ) vypracoval(a) samostatně za použití literatury a zdrojů v ní uvedených. Dále prohlašuji, že práce nebyla ani jako celek, ani z podstatné části dříve publikována, obhájena jako součást bakalářské, diplomové, rigorózní nebo jiné studentské kvalifikační práce a nebyla přihlášena do předchozích ročníků SVOČ či jiné soutěže.

Souhlasím s užitím této práce rozšiřováním, rozmnožováním a sdělováním veřejnosti v neomezeném rozsahu pro účely publikace a prezentace PF UK, včetně užití třetími osobami.

V Praze dne 30. 4. 2020

Daniel Kačer

Celkový rozsah vlastního textu práce (od úvodu po závěr), včetně mezer a poznámek pod čarou: 48.700 znaků.

Poděkování: Na tomto místě bych rád poděkoval doc. JUDr. Pavlu Ondřejkovi, Ph.D. za cenné rady a věcné připomínky, které mi pomohly při vypracování této práce.

1 Oliver Wendell Holmes ml. a pragmatismus

Olivera Wendella Holmese ml. je velkým právníkem americké jurisprudence, který dodnes přitahuje obdiv i kritiku. Jedni jej obdivují pro jeho vymezení se vůči přehnanému právnímu formalismu, druzí jej kritizují jako amorálního pozitivistu nebo sociálního Darwinistu.¹ Všichni se však shodnou na jeho talentu jasně formulovat svá stanoviska. Podobným způsobem svým čtenářům Herbert Lionel Adolphus Hart říká, že Holmes se při objevování práva stává „*průvodcem, jehož slova nás nemusí přesvědčit, či někdy mohou dokonce odpuzovat, avšak nikdy nebudou mást.*“² Holmes byl muž bohatých zkušeností, který se ve svém dlouhém životě účastnil občanské války, působil na univerzitě, největší část své právní praxe však strávil jako soudce. Převratný vliv měl z pozice soudce Nejvyššího soudu Spojených států amerických na utváření novodobého chápání svobody projevu, avšak právní doktríně přispěl i nad rámec toho. Ve svém textu se pokusím představit Holmese jako člověka, jehož pojetí práva se dá nejlépe vystihnout na základě filosofie pragmatismu. Nejprve se pokusím načrtnout, čím se filosofie pragmatismu vyznačuje, a to na příkladu předních představitelů tohoto směru. Ve druhé a třetí a čtvrté podkapitole představím, jakým způsobem se projevuje pragmatismus v právním myšlení, abych mohl následně navázat částí o svobodě projevu, ve které budu rozebírat vybrané rozsudky, na kterých se Holmes podílel. Na judikatuře se pokusím ukázat, že svá pragmatická stanoviska nezastával pouze v teoretických textech, ale také ve svém rozhodování.

Řazení Holmese mezi filosofy pragmatismu nepochybně nahrává jeho blízký kontakt čelními představiteli tohoto filosofického směru. Po návratu z občanské války se spřátelil s Williamem Jamesem, se kterým si mezi lety 1867 a 1869 často dopisovali o různých filosofických tématech. V Jamesově dopise adresovaném Holmesovi byl vznesen nápad na ustavení „*Metafyzického klubu*“, který následně skutečně fungoval jako prostor pro setkávání se mezi intelektuály.³ Právě v diskusích mezi členy tohoto klubu se podle Charlese Peirce rodily myšlenky pragmatismu.⁴

Přes úzké přátelství s Jamesem v mladických letech a kontakty s Peircem nebo Chauncey Wrightem v Metafyzickém klubu existují důvodné námitky proti slepému řazení Holmese mezi filosofy pragmatismu. Významným zdrojem těchto námitek jsou slova samotného Holmese, který se ve svém dopise Fredericku Pollockovi vyjádřil na adresu Jamesova pragmatismu nevybíravým způsobem a

¹ GREY, T. C., Holmes and Legal Pragmatism. *Stanford Law Review*, Vol. 41, Issue 4, 1989, s. 787 [dále „Grey (1989)“]

² HART, H.L.A. Pozitivismus a oddělení práva od morálky. In: *Právo, svoboda a morálka a jiné eseje*. Praha: Univerzita Karlova, Právnická fakulta, 2019. s.64

³ WHITE, G.E. Justice Oliver Wendell Holmes: Law and the Inner Self, New York: Oxford University Press, 1993, s 92.[dále „WHITE (1993)“] Metafyzický klub byl pravděpodobně míněn jako název ironický, jeho členové sdíleli nechuť k metafyzickým nárokům dobové filosofie. Podle Peirce je „*téměř každá propozice ontologické metafyziky buď nesmyslným blábolem (...), nebo zcela absurdní*“. PEIRCE, C.S. What Pragmatism is, *The Monist*, Vol. 15, Issue 2, 1905

⁴ PEIRCE, C.S. The Founding of Pragmatism. *The Hound and Horn: A Harvard Miscellany* vol. 2, issue 3

označil ho za směšný humbuk.⁵ Zároveň je nutné poznamenat, že Holmesovo myšlení vykazuje jisté prvky inkonzistence, což činí jeho zařazení do vlastně jakéhokoliv konkrétního filosofického směru obtížné.⁶

Jednotliví představitelé pragmatismu se v dílčích nuancích liší. V dalších pasážích se nastíním pragmatismus způsobem, který koresponduje s tím, jak Holmes vnímal pojem práva. Nebudu se pokoušet prezentovat Holmese jako člověka, který si přečetl pragmatický text a který na jeho základě vybudoval svou koherentní teorii práva. Spíše se pokusím ukázat, že pragmatická metoda našla v Holmesovi svého představitele pro právní vědu, nikoliv jako mluvčího Jamesova nebo Peircova projektu, ale jako svébytný koncept, který je ve svých důsledcích pragmatický.⁷ Pragmatismus zde vykládám proto takovým způsobem, který je s Holmesem kompatibilní. Nabízí se větší důraz na Deweyho, který mnohem víc než jiní klade důraz na lidskou zkušenost jako kulturně situovanou aktivitu, ostatně podobně jako Holmes. Intelektuální blízkost mezi Holmesem a Deweym této linii interpretace nahrává. Po přečtení *Experience and Nature* Holmes Pollockovi napsal, že Deweyho „pohled na svět (...) se mi přiblížil víc než jakýkoli jiný, který znám“.⁸ James ani Peirce Holmese jako proponenta pragmatismu nezmiňovali, protože právo nebylo předmětem jejich zájmu.⁹ Pro Deweyho je naopak právo, podobně jako demokracie a jiné společenské fenomény, jedním z hlavních témat. V následujících pasážích proto vyložím pragmatickou metodu, na který navážu Holmesovým pojetím práva a ukážu, jak jsou navzájem propojeny. Pragmatismus zde nebude pouhým „vyznáním umdlených duší amerických“,¹⁰ ale konceptem, který může být zhmotněn i v právní vědě.

1.1 Co je pragmatismus

Skupina lidí z metafyzického klubu považovala rozkvět nových filosofických směrů 19. století za „kolaps etablovaných náboženských a metafyzických snah vysvětlit svět.“¹¹ O povaze toho, co je pravda, co je skutečné dobro a co vlastně jest, se ve filosofii odedávna odehrává, slovy Platóna, gigantomachie pro neshody.¹² Jedni se domnívají, že čas a prostor jsou tím jediným, co tvoří realitu a pravda je

⁵ Letter dated June 17, 1908. In: *Holmes-Pollock Letters: The Correspondence of Mr. Justice Holmes and Sir Frederick Pollock 1874-1932*. Cambridge, Mass: Harvard University Press, 1942 [dále „Holmes-Pollock Letters (1942)“]

⁶ Saul Touster poukazuje na Holmesovu inkonzistenci v názorech, která je zastírána jeho brilantní schopností psát a označuje ho za eklektického aforistu. TOUSTER, S. Holmes a Hundred Years Ago: The Common Law and Legal Theory. *Hofstra Law Review*, vol. 10, Issue 3, 1982

⁷ Nebudu blíže rozebírat otázku, kdo měl na koho větší vliv, jestli Holmes na pragmatismus nebo naopak. Např. Fisch je toho názoru, že Holmes měl formativní vliv na vznik pragmatismu. FISCH, M. H. Was There a Metaphysical Club in Cambridge? — A Postscript. *Transactions of the Charles S. Peirce Society*, vol. 17, no. 2

⁸ Letter dated July 26, 1930. In: *Holmes-Pollock letters (1942)*

⁹ FISCH, M.H. Justice Holmes, The Prediction Theory of Law, and Pragmatism. *The Journal of Philosophy*, vol. 39, No.4, 1942, s.96 [dále „FISCH (1942)“]

¹⁰ RÁDL, E. Dějiny filosofie II. Praha: Laichter, 1933, s. 597

¹¹ WHITE (1993, s. 95)

¹² Platón, *Sofisté*, 246a

korrespondence s touto realitou.¹³ Druzí mají za to, že existuje něco nad rámeček prostoru a času, co realitu utváří. Oba tyto způsoby filosofického bádání spojuje touha po nalezení pravdy, soustředí se však na jiný typ výpovědi.

Pragmatismus naproti tomu není novým filosofickým směrem, který se pokouší přijít na to, co je to ve skutečnosti je ta pravda, o které se filosofové po celá staletí hádají. Přesto však o pravdě pragmatici mluví. Spíše než filosofií je pragmatismus metodou, která umožňuje řešit nekonečné spory jejich převedením na praktické důsledky jednoho každého postoje. Jinými slovy se pragmatik ptá: pokud by byl tento názor pravdivý, „jaký rozdíl z toho prakticky vyplývá pro člověka?“¹⁴ Dohady filosofů o tom, co je to ta pravda vlastně je nám napovídají, že tato diskuse nikam nevede - slovy Rortyho by pragmatici už jenom konečně „chtěli změnit téma“.¹⁵ Nepřiklání se k subjektivismu ani objektivismu v možnosti poznání pravdy, dokonce ani neříkají, že něco takového je nebo není – zkrátka to není předmětem jejich zájmu. Pokud Karel Čapek píše, že pro pokrok vědy je důležité zachovat její neodvislost od praktických nároků a „*pragmatism není s to splniti tuto potřebu moderního myšlení a tedy selhává jako theorie poznání*“, spadl do této pasti, do které nás slova o pragmatické teorii pravdy vrhají. Neporozuměl totiž tomu, že pragmatismus se vůbec nepokouší být teorií poznání.

Velice podobným způsobem do této debaty vstupuje taky Holmes. Pokud mluvíme o svobodě projevu, na otázku ohledně pravdy často přijde řeč. Když se domnívám, že mám v něčem pravdu, která je nezpochybnitelná, v čem spočívá zájem společnosti, aby bylo šířeno něco, co touto pravdou není? Holmesův pragmatický postoj by se s tímto tvrzením jistě neztotožňoval, sám je totiž skeptikem ohledně svých schopností se k pravdě dobrat. Holmes píše: „*Definuji pravdu jako systém svých (intelektuálních) limitů a absolutní pravdu nechávám těm, kteří jsou tomu lépe uzpůsobeni.*“¹⁶ Test pravdivosti „*je odkaz buď na současnou nebo na imaginární budoucí většinu.*“¹⁷ Tato pragmatická rezignace na „absolutní pravdu“ má naturalistické kořeny. Darwinovo přelomové dílo *On the origin of species*, vydané pár let před setkáváním metafyzického klubu, mělo na jednotlivé členy formující vliv.¹⁸ Podle Deweyho „*zavedlo způsob myšlení, který měl nakonec změnit logiku myšlení a tím i zacházení s morálkou, politikou a náboženstvím.*“¹⁹ Podle Darwinova principu přirozeného výběru jsou „*všechny organické adaptace způsobeny pouze neustálou variabilitou a eliminací těch variací, které jsou škodlivé v boji o existenci.*“²⁰ Podobně také lidské myšlení je adaptací na nebezpečí číhající v přírodě a schopností, která

¹³ RORTY, R. *Consequences of Pragmatism*, University of Minnesota Press, Minneapolis: 1994, s. xv, [dále „RORTY (1994)“]

¹⁴ ČAPEK, K. *Pragmatismus čili filosofie praktického života*. Praha: 1918, s. 16. [dále „ČAPEK (1918)“]

¹⁵ RORTY (1994, s. xiv)

¹⁶ HOLMES, O.W. *Ideas and Doubts*. In: *Collected Legal Papers*. By Oliver Wendell Holmes. New York: Harcourt, Brace and Co., 1920, s. 305 [dále „Collected Legal Papers (1920)“]

¹⁷ HOLMES, O.W. *Natural Law*. In: *Collected Legal Papers* (1920, s. 310)

¹⁸ FISCH (1942, s. 88))

¹⁹ DEWEY, J. *The Influence of Darwin on Philosophy*. In: DEWEY, J. *The Influence of Darwin on Philosophy And Other Essays in Contemporary Thought*. New York: Henry Holt and Co., 1910, s. 2. [dále „DEWEY (1910)“]

²⁰ *Tamtéž*, s. 11-12.

nám slouží k přežití. Myšlení pragmatici chápou jako „*adaptivní produkt biologické a kulturní evoluce*“²¹. Tím se nám trochu osvětluje zdánlivě banální definice pravdy jako takové myšlenky, která je „*užitečná pro naše životy*“ nebo jako to „*čemu by bylo pro nás lepší věřit*“.²²

Podle Deweyho není úkolem mysli adekvátně mluvit o tom, co je skutečné, jako spíše vést ke správné reakci na podnět, který je před myslící bytostí postaven. Čapek to shrnuje slovy, že „*myšlení vždy je vyvoláno jako metoda k zrušení jisté krize*“ a „*poznání je nástroj a výtvar nouze i boje, to je hlavní myšlenka Deweyova*.“²³ Podobně taky při soudním rozhodování se před soudce dostává nerozřešený problém – jako krize, kterou je nutno vyřešit. Tímto se pragmatismus v americké jurisprudenci vymezuje vůči právnímu formalismu a odmítá jeho tezi, že veškeré právní případy se dají mechanicky odvodit od již existujících právních normy. Holmes to vystihuje poněkud enigmaticky, když ve slavné pasáži *Common law* píše, že pro snahu obejmout právo „*jsou zapotřebí i další nástroje kromě logiky*“. Při posuzování jednotlivých případů je totiž zapotřebí zohlednit také společenskou situaci, ve které se nacházíme. Důvod spočívá v tom, že „*životem práva nebyla logika, ale zkušenost*.“²⁴ Nebezpečí spočívá v osvojení si přesvědčení, že právo „*se dá odvodit jako matematika z určitých obecných axiomů chování*“.²⁵ Logika má v právu významnou roli, ale „*za logickou formou se skrývá úsudek o relativní hodnotě a významu navzájem si konkurujících legislativních východisek*“, který je často nevědomý.²⁶ Rozhodnutí může rozhodnout danou věc jen na základě legislativního východiska, které je preferované v daném čase a dané době. O těch, kteří si myslí, že nějaká věc může být rozhodnuta deduktivně a jednou provždy si Holmes myslí, že jejich chápání je pomýlené a je si „*jistý, že tento závěr nebude přijat v praxi semper ubique et ab omnibus*.“ Tato Holmesova tvrzení nám už postupně naznačují, s jak velkým respektem a za jakých okolností budou pragmatičtí soudci přistupovat k právním precedentům. Než se však pustím do dalšího rozboru toho, jestli jsou pragmatičtí soudci spíše aktivističtí nebo zdrženliví, pokusím se krátce osvětlit způsob, jakým způsobem používají logickou metodu při aplikaci právních pravidel na jednotlivé případy, tedy co ve skutečnosti znamená, že životem práva není logika, ale zkušenost. Domnívám se, že to pomůže porozumět okolnostem, za jakých došlo ke změně interpretace svobody projevu, o které budu psát podrobněji níže.

²¹ GREY (1989, s. 797)

²² JAMES, William. *Pragmatismus: nové jméno pro staré způsoby myšlení*. Brno: Centrum pro studium demokracie a kultury, 2003, s. 50-51.

²³ ČAPEK (1918, s.34)

²⁴ HOLMES, O.W. Common Law. In: *The Mind and Faith of Justice Holmes. His Speeches, Essays, Letters and Judicial Opinions, Selected and Edited with Introduction and Commentary by Max Lerner*. Boston: Little Brown and Co., 1943 [dále „HOLMES (Common Law)“]

²⁵ HOLMES, O.W. The Path of the law. In: *The Mind and Faith of Justice Holmes. His Speeches, Essays, Letters and Judicial Opinions, Selected and Edited with Introduction and Commentary by Max Lerner*. Boston: Little Brown and Co., 1943, s. 79 [dále „HOLMES (The Path of the Law)“]

²⁶ *Tamtéž*, s. 80

1.2 Právo jako logický systém?

Holmes tvrdí, že „*celý popis práva je výsledkem konfliktu mezi logikou a zdravým rozumem*“ přičemž logika se snaží vybudovat fikci kompaktního systému na základě konzistentních rozhodnutí a zdravý rozum funguje jako korektiv, „*když se výsledky [tohoto úsilí] stanou příliš zjevně nespravedlivé*“.²⁷ Vysvětlení tohoto na první pohled neuspokojivého výroku, že logika v právu a zdravý rozum nejsou stejnou množinou, spočívá v tom, že Holmes zde vůbec nemá na mysli používání logických metod při právní argumentaci. Naopak si je dobře vědom, že „*jazyk soudního rozhodnutí je zejména jazykem logiky*.“ Má zde na mysli již zmíněné mechanické odvozování právních následků pro jednotlivé případy z právních norem a představu, že toto odvozování má formu sylogismu.²⁸ Holmes toto sylogistické odvozování kritizuje z té pozice, že formalisté odvozují své úsudky z právních pravidel bez ohledu na to, jaké způsobují následky.²⁹

Výhrada proti chápání práva jako systému sylogismů je dvojího charakteru. Zaprvé, jak již bylo nastíněno výše, pragmatici nevnímají realitu a společnost jako nehybnou danost, ale jako dynamický vývoj.³⁰ Proto ani právní normy nemohou být něčím nehybným, z čeho by se daly usuzovat stejně konsekvence na věky. Slovy Holmese, soudní spory nemůžeme „*nikdy vyřešit deduktivně nebo jednou provždy*.“³¹ Druhá výhrada vychází z již nastíněného postulátu, že právo jako takové není logickým systémem, ale zkušeností – praxí. Právo je totiž utvářeno soudními rozhodnutími, reakcí na společenské potřeby, životem samým. Právní normy nejsou utvářeny inteligentním stvořitelem *ex nihilo* tak, aby zahrnovaly všechny varianty s ohledem na možné budoucí. Slovy Deweyho jsou „*obecné právní normy a principy jsou funkční hypotézy, které potřebují být neustále testovány tím, jak se osvědčují při aplikaci na konkrétní případy*“.³² Z toho důvodu je nutné „*přijmout logiku vztahující se spíše k důsledkům než k předpokladům, logiku spíše předvídaní pravděpodobností než dokládání jistot*“³³, kde předpokladem a jistotou je právní norma, důsledkem dopad na jednotlivé adresáty právních norem.

Výše nastíněnou představu o tom, jak právo funguje a jakým způsobem se mají používat logické metody při jeho aplikaci lze manifestovat na Holmesově odlišném stanovisku v případě *Lochner v. New York*. Podle většinového rozhodnutí právní norma určující maximální dobu, po které mohou pekaři pracovat,

²⁷ Tyto dvě citace Holmese jsem převzal z: DEWEY, J. Logical Method and Law. *The Philosophical Review*, vol. 33, no. 6, 1924, s. 563 [dále „DEWEY (Logical Method)“]

²⁸ *Logická metoda a forma lichoťi touze po odpovědi a jistotě, které je vlastní každé lidské mysli. Jistota je však obecně jen iluzí.* HOLMES, O.W. The Path of the Law.

²⁹ DEWEY (Logical Method, s. 564)

³⁰ Tohoto jevu si všímá taky Frederick R. Kellogg. Holmesův pojem právního řádu dává do kontrastu s Hobbesem a označuje ho jako dynamický spíše než statický. Zatímco Hobbes řeší problém konfliktů poukazem na autoritu, Holmes tak dělá skrze posuzování následků každého možného řešení a následnou možnou změnou zavedeného řešení. KELLOGG, F. R. Hobbes, Holmes, and Dewey: Pragmatism and the Problem of Order, *Contemporary Pragmatism*, vol. 7, No. 2, 2010 [dále „KELLOGG (2010)“]

³¹ HOLMES (The Path of the Law)

³² DEWEY (Logical Method, s. 571)

³³ *Tamtéž.*

překračuje přípustné hranice zásahu do smluvní autonomie a volného trhu. Rozhodnutí leželo na premise dominantního právního formalismu, podle které lze právo vyjádřit jako neutrální entitu a jednotlivé právní poučky lze mechanicky aplikovat na jednotlivé případy.³⁴ Jenomže, jak Holmes poznamenává, „obecné propozice nerozhodují konkrétní případy“³⁵. Holmes v tomto slavném stanovisku poukazuje na to, že případ je rozhodnutý na základě premis „ekonomické teorie, kterou velká část země neuznává.“³⁶ Rozumný člověk chápe, že toto opatření směřuje na ochranu zdraví a nikoliv jako nástroj omezující svobodu podnikání.

1.3 Pragmatismus a soudcovský aktivismus

Zatímco mechanická jurisprudence se bude spíše pokoušet setrvat při původním, navracet se do právních precedentů a nebude příliš progresivní, utilitární pozitivisté jako Jeremy Bentham, kteří právo chápou zejména jako prostředek k dosahování společenských tužeb, by nejrady začali nanovo.³⁷ Pragmatismus nabízí střední cestu, přestože někteří budou inklinovat k soudcovskému aktivismu více a jiní méně.³⁸ Pragmatismus jako metoda směřující k činnosti, která testuje teorii na základě poznatků z praxe, je podle Posnera „hledící dopředu“.³⁹ To znamená, že s ohledem výše zmíněnou tekutost společenské reality, na které jsou postaveny právní normy, které je nutné znovu a znovu testovat v praxi, pragmatičtí nechovají *prima facie* respekt vůči právním precedentům. Ronald Dworkin se proto k pragmatismu staví kriticky následujícím způsobem: „Pragmatik si myslí, že soudci by měli dělat to nejlepší, co za daných okolností zmůžou, s ohledem na budoucnost, aniž by se řídil potřebou respektovat nebo zajistit principiální soulad s tím, co udělali nebo udělají ostatní činitelé“.⁴⁰ Dworkin se domnívá, že pragmatismus je svou teorií zaměřen pouze na účelnost v právu a odmítá zohledňovat právní jistotu. Pragmatik sice skutečně nebude cítit nějakou speciální potřebu sledovat minulost jako hodnotu samu o sobě, Posner však implicitně Dworkinovu kritiku odmítá s tím, že pragmatik si přece jen váží kontinuitu s minulostí a minulými rozhodnutími, „ale z toho důvodu, že tato kontinuita je ve skutečnosti společenskou hodnotou, nikoliv z toho důvodu, že má smysl pro povinnost vůči minulosti“.⁴¹ Postoj, který nepřijímá princip právní jistoty způsobem v Holmesově době dominantním, by se dal charakterizovat spíše jako přiznaná dekonstrukce jevu, který se v právu tak i tak objevoval. Dobovou právní vědu charakterizuje jev, který Holmes v Common law charakterizoval jako paradox formy a substance. Vývoj doktríny „současně odpovídal

³⁴ Holmesův dissent jako kritiku právního formalismu spatřuje taky Tomáš Gábriš. GÁBRIŠ, T. Americký právní realismus. In: SOBEK, T., Hapla, M. a kol. *Filosofie práva*. Brno: Nugis Finem Publishing, 2020, s. 119.

³⁵ *Lochner v. New York*, 198 U.S.45, 76 (1905) (Holmes, J., dissenting opinion).

³⁶ *Tamtéž*.

³⁷ GREY (1989, s. 805-809)

³⁸ Martin Hapla přichází ve své knize se syntézou utilitarismu a pragmatismu při rozhodování soudců. Tuto metodu nazývá pragmatický utilitarismus. Srov. HAPLA, M. *Utilitarismus a filozofie lidských práv*. Leges: Praha, 2022.

³⁹ POSNER, R. *Law, Pragmatism and Democracy*. Harvard University Press, Cambridge: Mass., 2003, s. 71-73. [dále „POSNER (2003)“]

⁴⁰ DWORKIN, R. *Law's Empire*. Harvard University Press, 1986, s. 161

⁴¹ POSNER (2003, s. 71)

soudobým představám o veřejných politikách a zároveň byl maskován formálním dodržováním precedentů.⁴²

Při posuzování jednotlivých případů pragmatický soudce zohledňuje celou společenskou realitu, včetně hodnoty právní jistoty, specifík každého případu, jestli právo zohledňuje společenskou situaci, nebo je potřeba ji reflektovat. Slovy Holmese mají při určování pravidel, jimiž se soudci řídí zásadní vliv „*pociťované potřeby doby, převládající morální a politické teorie, intuice veřejných politik, ať už přiznané nebo neuvědomované, dokonce i předsudky soudců, které sdílejí se svými bližními*“.⁴³ Již v kapitole o užití logiky v právu je zřejmá pragmatická tendence nechávat právo jako logicky čistý systém, a slepě sledovat jen s poukazem na to, že to tak bylo stanoveno v časech Jindřicha VI.⁴⁴ Holmes tedy na jednu stranu odmítal slepé následování minulosti, na druhou stranu byl sám skeptikem v možnosti hodnocení společenských tužeb. Ve svém dopise Johnu H. Wigmoreovi napsal: „*Nevěřím moc ničemu, co je, ale věřím zatraceně méně v to, co není*“.⁴⁵ Holmes je jistě skeptikem ohledně hodnocení společenských tužeb, proto je jeho přístup ve většině případů zdrženlivý. Zdrženlivost v zásazích do legislativou přijatých zákonů je zde ctností, kterou je kultivována právní jistota. Ve svém osobním dopise Haroldu Laskimu vyjádřil myšlenku, že zákon je ústavní, dokud se mu z něj nechce zvracet.⁴⁶ Jak níže uvidíme, výrok směřovaný Laskimu je zřejmě nadnesený a představa o Holmesovi jako soudci, který do práva příliš nezasahuje, je mylná, přinejmenším s ohledem na jeho aktivní přístup v přestavbě chápání svobody projevu.

1.4 Pragmatický způsob rozhodování

Jak již bylo mnohokrát naznačeno, pragmatismus by se dal charakterizovat jako představa, že teorie musí být spojena se zkušeností nebo praxí a platnost tvrzení je závislá na minulosti a budoucnosti této praxe, v jejím úspěšné reflexi zkušenosti a vedení praxe.⁴⁷ To se odráží na Peircem vypracovaném pragmatickém chápání významu. Významu nějakého teoretického konceptu můžeme rozumět jen referencí k tomu, jaký efekt daný koncept bude mít na skutečnost, nikoliv jako referenci ke konceptům/idejím na zkušenosti nezávislým.⁴⁸ Lidská mysl je pro ně prostředkem, Darwinistickou adaptací na to, co se jeví jako odpověď po tom, co je skutečné. Pro Holmese obor práva není místem

⁴² WHITE (1993, s. 150)

⁴³ HOLMES (The Path of the Law)

⁴⁴ *Tamtéž*.

⁴⁵ Citováno z: GREY (1989, s. 812)

⁴⁶ Letter dated October 23, 1926 In: in Holmes-Laski Letters: The Correspondence of Mr. Justice Holmes and Harold J. Laski 1916 – 1935, vol. 2, s. 888. [dále „HOLMES-LASKI LETTERS“] Posner poznamenává, že zmíněný test vrhá nové světlo na vtip, podle kterého je snídaně soudců nejlepším ukazatelem toho, jakým způsobem budou rozhodovat určitý případ. Srov. POSNER, R. Overcoming law. Harvard University Press: Cambridge Mass., 1996, s. 192

⁴⁷ KELLOGG, F.R. *Oliver Wendell Holmes, Jr, Legal Theory, and Judicial Restraint*. Cambridge University Press, New York: 2007. s. 63.

⁴⁸ PEIRCE, C.S. How to Make our Ideas Clear. *Popular Science Monthly*, vol. 12.

pro umělce nebo básníka, je to povolání ve kterém má hlavní roli myšlení.⁴⁹ Holmes může právo označit za obor myšlení, protože jednotlivé případy, které se dostanou před soud, nemají vždy jasné řešení. A každé řešení je pro Deweyho „*přivoláno jako metoda k rozřešení určité krise, určitého problému.*“⁵⁰ Metoda směřující k praktickým důsledkům toho kterého rozhodnutí zkoumá a poměřuje, jaké budou mít jednotlivé varianty rozhodnutí vliv na praxi a poměřují, co bude lepší. Pragmatismus je zde prostředkem, ale k jakým účelům? Jaké bude kritérium toho, které z nabízených možností bude pro pragmatiky v praxi lepší? Pravdou je, že i mezi pragmatiky panují nad těmito otázkami neshody. Pokusím se představit dva dominantní proudy a následně zhodnotit, do kterého by se zařadil Holmes.

Holmes si uvědomoval, že samotný pohled do jednotlivých Dodatků Ústavy nám příliš indicií nenabídne, protože „*všechna práva mají tendenci prohlašovat se za absolutní až do logického extrému. Ve skutečnosti jsou všechna limitována společenstvím zásad politiky, které jsou jiné než ty na nichž je založeno konkrétní právo.*“⁵¹ Při posuzování jednotlivých případů má pragmatismus blízko konsekvencialistickým teoriím, které poměřují, jaký dopad by každé jednotlivé rozhodnutí mělo. Dominantní značkou konsekvencialistů je utilitarismus, který si je s pragmatismem sice velice blízký, avšak stále odlišný. Posner rozlišuje starost o důsledky rozhodnutí na straně jedné a „*závazek ke strategii maximalizace určité třídy důsledků*“ na straně druhé.⁵² Utilitarismus zde vystupuje jako metoda maximalizace dobra a pragmatismus zde vystupuje jako metoda poměrování následků různých rozhodnutí s ohledem na konkrétní společenský kontext. Posner nabízí některé kontroverzní, přitom však ilustrativní příklady. V rozhodnutí *Pace v. Alabama* z roku 1883 Nejvyšší soud stanovil, že zákon, na základě kterého byli dva stěžovatelé různé rasy potrestáni za provozování mimomanželského sexu přísněji, než kdyby byli stejné rasy, není protiústavní.⁵³ Až v roce 1967 Nejvyšší soud stanovil, že zákony zakazující mezirasové manželství jsou v rozporu s Ústavou.⁵⁴ Pokud se na tuto problematiku díváme pragmatickýma očima, musíme podle Posnera zohlednit historickou situaci a skutečnost, že společenská nálada nebyla nakloněna k tomu, aby byly podobné zákony stanoveny za protiústavní dříve, než tomu tak bylo.⁵⁵ Zdá se tedy, že Posnerův pragmatismus, jak poznamenává Michael Sullivan s Danielem J. Solovem, nenabízí žádné lepší kritérium rozhodování, než nutnost nekriticky přijmout dominantní představy společnosti o tom, jakým způsobem rozhodnout.⁵⁶ Podle Posnera pragmatismus nemá žádnou konkrétní politickou hodnotu, na které stojí a podobně pro Richarda Rortyho je „*pragmatismus neutrální mezi alternativními prorocstvími a tedy i mezi demokraty a fašisty*“.⁵⁷

⁴⁹ Citováno z: WHITE (1993, s. 211)

⁵⁰ ČAPEK (1918, s. 37)

⁵¹ Hudson County Water CO. V. McCarter (1908)

⁵² POSNER (2003, s. 65)

⁵³ Pace v. Alabama, 106 U.S. 583 (1883)

⁵⁴ Loving v. Virginia, 388 U.S. 1 (1967)

⁵⁵ POSNER (2003, s. 66)

⁵⁶ SULLIVAN, M., SOLOVE, D. J. Can Pragmatism Be Radical? Richard Posner and Legal Pragmatism. *The Yale Law Journal*, vol. 113, no. 3, 2003, s. 702 [dále SULLIVAN, SOLOVE (2003)]

⁵⁷ Richard Rorty, *The professor and the Prophet* (1991) s. 52, 70,

Dewey se naproti tomu domnívá, že musíme přihlédnout ke kontextu našich prostředků a také cílů. Holmesova teze, že následování historie není povinností, ale nutností, se tak vztahuje ke genezi nejen toho, na jakém základě něco rozhodujeme, ale i toho, co směřuje do budoucna. Směřuje k našim cílům – k tomu, jakým způsobem rozhodnutí ovlivní budoucnost.⁵⁸ Kritérium, které při posuzování případů zohledňujeme neodvozujeme ze zdroje *a priori*, vznikají ve zkušenosti.⁵⁹ Historii tohoto kritéria tak musíme hodnotit v obou směrech – do minulosti i do budoucnosti.⁶⁰

Tvrzení o pragmatické neutralitě je podle Sullivana se Solovem falešné. V jejich interpretaci pragmatismus odmítá přijmout, že by nějaká metoda mohla být neutrální. Cílem filosofie pro takové pragmatiky není dosáhnout objektivní pravdy, ale zprostředkovat růst na základě přednesených problémů.⁶¹ Pragmatismus tak sdílí prvky perspektivismu ve filosofii Friedricha Nietzscheho. Při kritice velkých metafyzických myslitelů píše následující slova: „*Lze totiž pochybovat (...) zda lidová hodnocení a hodnotové protiklady, které metafyzikové stvrdili svou pečeti, nejsou jen hodnocení povrchní, jen předběžné perspektivy, a navíc možná jen z určitého úhlu, snad zespodu, jakoby z žabí perspektivy.*“⁶² Podle Nietzscheho člověka svádí dívat se na filozofy „*napůl nedůvěřivě, napůl výsměšně*“ proto, že jen „*dodatečně hledanými důvody hájí nějakou předem pojatou větu (...), většinou abstraktněnou a přecezenou tužbu svého srdce*“.⁶³ Pragmatici si tedy uvědomují, že jejich metoda není více neutrální, než jakákoliv jiná. Dewey poukazuje na to, „*že všechny otázky, které si lidská mysl klade, jsou otázky, na které lze odpovědět z hlediska alternativ, které otázka sama nabízí.*“⁶⁴ Otázky jsou vektorové, samotné jejich kladení nám určuje směr a hledisko možných odpovědí. „*K intelektuálnímu pokroku obvykle dochází úplným opuštěním otázek i s oběma alternativami, které předpokládají – opuštěním, které je důsledkem jejich klesající životnosti a změny naléhavého zájmu. Neřešíme je, překonáváme je.*“⁶⁵ Pro pragmatiky neexistuje ideální demokratická struktura, je to spíše proces, kterým se „*společensvá snaží neustále definovat sebe sama při svém směřování do budoucnosti*“ a které se neustále vyvíjí. Pragmatická demokracie pro Deweyho spočívá v „*osvojení si experimentální metody na společenské a politické scéně*“.⁶⁶

Při bližším pohledu na Holmesovo rozhodování o svobodě projevu se nám ukáže jeho pragmatické uvažování. Na otázku po tom, jestli je pragmatický soudce spíše progresivním nebo konzervativním, nám to však odpověď nenabídne. Holmesova tendence svými stanovisky zasahovat do ustaveného práva byla v různých fázích jeho profesního života různá. Jak je tak mlhavě vyplývá z předchozích odstavců, u

⁵⁸ Holmes, *The Common Law*

⁵⁹ SULLIVAN, SOLOVE (2003, s. 705)

⁶⁰ Citováno z: *Tamtéž*.

⁶¹ *Tamtéž*, s. 732

⁶² NIETZSCHE, F. *Mimo dobro a zlo: předehra k filosofii budoucnosti*. Praha: OIKOYMENH, 2021, s. 10

⁶³ *Tamtéž*, s. 12

⁶⁴ DEWEY (1910)

⁶⁵ *Tamtéž*.

⁶⁶ SULLIVAN, SOLOVE (2003, s. 733)

soudců pragmatiků je odpověď na tuto otázku neurčitá. Pragmatismus totiž není předpojatý žádnými teoriemi, žádnou filosofií a je pouze metodou. Nemusí se nám zdát nijak systematický, pragmatismus se o to však ani nepokouší. V případech, kdy bude mít pragmatický soudce za to, že je s ohledem na společenskou změnit paradigma ohledně interpretace určitého problému, nebude mít problém tak učinit i v případě, když takové rozhodnutí bude nekoncepční. Z hlediska dnešního pojetí diskurzivní závaznosti judikatury se jedná o tezi jednoznačně problematickou. Na druhou stranu, nebýt pragmatického soudce, jakým Holmes byl, pravděpodobně by si dnes lidé ve Spojených státech neužívali v takové míře tak široké pojetí svobody projevu.

2 Svoboda projevu v anglosaské právní kultuře

Pragmatickým způsob rozhodování obecně spočívá podle Posnera v porovnání společenských kladů a záporů možných způsobů interpretací.⁶⁷ Ignorování textaci prvního dodatku ústavy, podle kterého „kongres nesmí vydávat zákony (...) omezující svobodu projevu nebo tisku“ by sice příliš pragmatické nebylo, avšak jeho znění je otevřené široké interpretační diskreci soudce. S Peircem řečeno, pokud chceme něco vědět, nestačí nám znát abstraktní koncepty, nebo se vztahovat k netělesným idejím, musíme se obrátit do praxe.

Před nástupem Holmese na Nejvyšší soud dominovaly interpretaci prvního dodatku dvě hlavní zásady.⁶⁸ První se odráží v rozhodnutí z roku 1897 Robertson v. Baldwin, podle kterého dodatky nezaváděly „žádné nové principy vládnutí“, pouze kodifikovaly „určité záruky a imunity, které jsme zdědili po našich anglických předcích, a které od nepaměti podléhaly jistým dobře známým výjimkám.“ Z toho důvodu jakékoliv projevy, které byly považovány za „narušující veřejný pořádek“ mohly být potlačeny.⁶⁹ Druhá zásada se projevuje v provázanosti svobody projevu se svobodou tisku. Za důležitý historický moment pro vývoj svobody projevu lze považovat neprodloužení účinnosti zákona o udělování tiskových licencí z roku 1662 sněmovnou reprezentantů v roce 1695 v Anglii.⁷⁰ Přestože David Hume dobovou situaci velebí jako extrémní svobodu kritizovat jakékoliv opatření krále a říkat, co se každému zlíbí, dnes by se nám tato svoboda tisku nezdála nijak liberální.⁷¹ Ve stěžejním díle *Commentaries on the laws of England* jednoho z nejvýznamnějších právníků tradice Common law vůbec rozlišuje William Blackstone to, čemu bychom dnes řekli svoboda projevu a svoboda *po* projevu. Podle něj zákony, které trestají „rouhavé, nemorální, vlastizrádné, rozkolnické, podvratné nebo

⁶⁷ POSNER (2003, s. 358)

⁶⁸ WHITE, E. The First Amendment Comes of Age: The Emergence of Free Speech in Twentieth-century America. *Michigan Law Review*, vol. 95, no. 2, 1996, s. 310 [dále „WHITE (1996)“]

⁶⁹ Robertson v. Baldwin, 165 U.S. 275 (1897)

⁷⁰ Zákon o zamezení častého zneužívání tisku pobuřujících, vlastizrádných a nelicencovaných knih a pamfletů a o regulaci tisku a tiskáren

⁷¹ David Hume velebil úvodními slovy své eseje O svobodě tisku následovně: „Nic nedokáže cizince na této zemi překvapit víc, než extrémní svoboda sdělovat veřejnosti cokoli, co se nám zlíbí, a svoboda otevřeně kritizovat každé opatření, které je přijato králem nebo jeho ministry.“ HUME, D. On the Liberty of the Press.

skandální pomluvy“ nejsou zásahem do svobody tisku⁷². Její součástí sice je zákaz ukládání opatření omezující vydávání publikací, nikoli však svoboda od stíhání za to, co autor do svého svobodně vydaného tisku napsal. Jinými slovy nám Blackstone říká, ať si klidně myslíme a píšeme co chceme, ale pokud se to nebude slučovat s oficiálními stanovisky státu a zákonů ohledně toho, jaké projevy jsou rouhavé či nemorální, můžeme za to být trestně stíháni a trestáni. Následná možnost perzekuce státem je totiž nutná pro „*zachování míru a božího řádu, vlády a náboženství, jediných pevných základů občanské svobody*.“⁷³ Blackstonova argumentační síla a všeobecně přijímané chápání práva jako nehybného systému, ve kterém byly po staletí precizovány představy o spravedlnosti, přispěly k tomu, že pojetí svobody projevu bylo po anglickém vzoru přeneseno také do Spojených států amerických.

3 O.W. Holmes a svoboda projevu

Širokému chápání svobody projevu ve Spojených státech vděčí v nemalé míře právě Holmesovi. Přitom i on sám prošel ve svém chápání tohoto institutu značným vývojem, kdy v prvotních fázích svého působení na Nejvyšším soudu Spojených států amerických zůstával věrný tradici Blackstona.⁷⁴ V případě *Patterson v. Colorado* z roku 1907 byl redaktor novin odsouzen za pohrdání soudem za zveřejnění článků a karikatur zpochybňujících motivy soudců Nejvyššího soudu státu Colorado. Holmes, který psal většinové stanovisko byl společně s ostatními soudci toho názoru, že i oprávněná a věcně správná kritika soudců, která má tendenci zasahovat do výkonu spravedlnosti, může být trestně postihována.⁷⁵ Odkazoval přitom na již zmíněnou anglickou doktrínu, podle které bylo hlavním účelem tohoto ustanovení zabránit cenzuře, nikoliv chránit po projevu před trestněprávními důsledky. Jakékoliv projevy, které mohly mít „špatnou tendenci“ mohly být trestány. Sám své slepé následování Blackstona v rozhodování tohoto případu označil za ignorantské.⁷⁶

Těsně po vstupu Spojených států do první světové války v roce 1917 vydal Kongres dva zákony, které kriminalizovaly projevy, které měly tendenci podporovat odpor proti válečnému úsilí nebo podvracet důvěru k vládě a jejím válečným aktivitám.⁷⁷ Obžaloby na základě těchto zákonů donutily Nejvyšší soud se znovu zabývat otázkou po tom, jakým způsobem první dodatek chrání svobodu projevu ve válečné

⁷² BLACKSTONE, W. Commentaries on the laws of England. Boston: Beacon Press, 1962, vol. 4, s. 86. [dále „BLACKSTONE (Commentaries)“]

⁷³ *Tamtéž*.

⁷⁴ Zdůrazňuji zde Nejvyšší soud Spojených států amerických, protože Holmes před svým jmenováním působil také na Nejvyšším soudu státu Massachusetts. V této práci však rozebírám pouze stanoviska při jeho působení na federální úrovni.

⁷⁵ *Patterson v. Colorado*, 205 U.S. 454, 456, 462-63 (1907). srov. taky WHITE (1996, s. 311)

⁷⁶ V odpovědi na dopis Zechariah Chafee po vydání rozsudku ve věci *Schenck v. US*. Letter dated June 12. citováno z: BOGEN, D. S. The Free Speech Metamorphosis of Mr. Justice Holmes. Hofstra Law Review, vol. 11, no. 1. s. 100.

⁷⁷ Espionage Act of 1917. ch.30, 40. Stat. 217 (codified as amended in scattered sections od 18, 22, 50 U.S.C.); Sedition Act od 1918, ch. 75,40, Stat. 553 (repealed 1921)

situaci. Právě ve válečných případech lze spatřovat principiální a teoretický odklon Nejvyššího soudu od původní doktríny, která do té doby dominovala.

3.1 Přednost demokracie před filosofií⁷⁸

Americké liberální politice určil směr Thomas Jefferson, když řekl „*nijak mi neuškodí, když můj soused řekne, že existuje dvacet Bohů nebo žádný*“.⁷⁹ Politika může být oddělena od přesvědčení zásadního významu každého jednoho z nás, dokud tato přesvědčení nejsou fanatická. John Rawls s pragmatickou nedůvěřivostí k obecně sdíleným teoriím píše, že „*filosofie jako hledání pravdy po nezávislém metafyzickém a morálním řádu nemůže (...) poskytnout s fungující a sdílený základ pro politické pojetí spravedlnosti v demokratické společnosti*“⁸⁰ Fanatické projevy nejsou pro Rawlse nebezpečné proto, že by ohrožovaly pravdu, ale proto, že ohrožují svobodu.⁸¹ Pragmatická nepředpojatost s *žádnými* teoriemi je proto výsostně demokratická. Nepředpokládá nezpochybnitelnost žádného názoru, ani neomylnosti státních orgánů.

Poměrná neurčitost prvního dodatku nahrává tomu, že samotnou právní analýzou se dá poměrně obtížně vydestilovat obsah tohoto ustanovení. White o Holmesových posudcích ke svobodě projevu píše, že jsou mnohem více o jazyku a osobní filosofii než o právní analýze.⁸² Tuto pozici lze držet, pokud Holmesovu filosofii definujeme jako pragmatickou – jednak nechutí k filosofování abstraktními idejemi a jednak odkazem na výchozí bod, ve kterém se nachází – dobovou demokratickou společnost. Jeffersonovské oddělení představ o správnosti určitého přesvědčení od politik státu nachází své zhmotnění ve válečných rozsudcích, i když k rozvolňování docházelo postupně. Svoboda projevu se zde nově neuplatňuje jen na předběžné omezení podobným způsobem, jak jsem psal výše. Přesto v odborných kruzích panovalo přesvědčení, že zásah do svobody projevu může být vyvážen oprávněním vlády bránit se proti útokům chránící jeho ústavní zřízení.⁸³ V případě *Schenck v. U.S.* roznášeli dva členové socialistické politické strany rekrutům letáky, podle kterých „*branná povinnost byla despotismem v nejhorší podobě a zruďným proviněním proti lidskosti v zájmu několika vyvolených z Wall Street*“.⁸⁴ I z dalších pasáží těchto letáků je zjevné, že se hlavní snahou bylo podněcovat rekruty k tomu, aby se vyhýbali branné povinnosti. Holmes, který psal většinové stanovisko, formuloval nový test ústavnosti zásahu do projevů

⁷⁸ Název kapitoly jsem si vypůjčil z: RORTY, R. The Priority of Democracy to Philosophy. In: Philosophical Papers, vol. 1, Objectivity, Relativism, and Truth. Cambridge: Cambridge University Press, 1991 [dále „RORTY (Priority of Democracy 1991)“]

⁷⁹ JEFFERSON, T. Notes on the State of Virginia, query XVII, In: The Writings of Thomas Jefferson, 1905 Washington, D.C.

⁸⁰ Rawls. Justice as Fairness, s. 225-226 Podle Rortyho se Rawlsova Teorie spravedlnosti ve světle řečeného nejeví jako filosofické pojetí lidského sebevědomí, ale jako historicko-sociologický popis toho, jakým způsobem dnes žijeme. RORTY (Priority of Democracy 1991, s. 262)

⁸¹ RORTY (Priority of Democracy 1991, s. 264)

⁸² WHITE (1993, s. 412)

⁸³ *Tamtéž*, s. 416.

⁸⁴ *Schenck v. U.S.*, 249 U.S. 47 (1919)

jednotlivců.⁸⁵ Podle Holmese „na mnoha místech a za obvyklých okolností“ by se žalovaný tím, co napsal na leták, pohyboval v rámci ústavnosti, „avšak charakter každého činu závisí na okolnostech, za kterých byl učiněn.“ Podle Holmese by ani ta nejpřísnější ochrana svobody projevu nechránila od trestněprávní represe člověka, který by křičel v divadle hoří a způsobil by tím paniku, aniž by v divadle bylo jakékoliv nebezpečí. Dodává, že „základní otázkou v každém případě je, zda daná slova jsou použita za takových okolností a jsou takové povahy, že představují zřejmé a bezprostřední nebezpečí, že způsobí tak zásadní zlo, kterému je Kongres oprávněn zabránit.“ Test zřejmého a bezprostředního nebezpečí (clear and present danger) způsobení podstatných zel (substantive evils) je sám o sobě velmi novátorský, neboť zcela jasně vybočuje z nastaveného trendu a začíná se zde projevovat větší zájem na tom, aby se lidé mohli svobodně projevovat, pokud nepřiměřeně svou fanatičností nezasahují do života ostatních.

Nelze však alespoň v krátkosti nezmínit případ, za který byl těmi, kteří jej jindy velebí za novátorství a progresivnost, nejostřeji kritizován.⁸⁶ Ve věci *Debs v. U.S.* Eugene Debs, který stál v čele socialistické strany, za kterou taky pětkrát kandidoval na prezidenta, byl odsouzen za maření válečného úsilí za svůj proslov na socialistické konferenci.⁸⁷ Přestože hlavním tématem proslovu byl socialismus, jeho růst a konečné vítězství, odkazoval Debs také na „loajální soudruhy“, kteří napomáhali jiným k tomu, aby se nepřihlásili k odvodu. Proslov byl navíc veden s protiválečným zaujetím. Použitím testu zřejmého a bezprostředního nebezpečí by Debs pravděpodobně svému trestu uniknul. Tento test zde však použit nebyl a Debs, který dostal desetiletý nepodmíněný trest odnětí svobody, svou poslední kandidaturu na prezidenta vedl z vězení.

Již dříve jsem předběžně zhodnotil nekoncepčnost pragmatické metody. Holmes jednou poznamenal, že „velké případy, stejně jako těžké případy, dělají špatné právo“.⁸⁸ Konstatování, že ani tak velký právník se občas nevyhne nekoncepčnímu rozhodnutí, by bylo nedostatečné. Naopak je nutné připustit, že nekoncepčnost leží v samotném jádru pragmatického rozhodování. Zároveň zdůrazňuji, že ačkoliv je tato nekoncepčnost na jednu stranu značně problematická, na druhou stranu s sebou přinesla velký skok v rozvolnění poměrů co do svobody projevu.

3.2 Z formálního hlediska k materiálnímu

Rozhodnutí *Schenck v. U.S.* nepochybně znamenalo velký skok v chápání toho, jakým způsobem má být svoboda projevu chráněna. V následujících případech týkajících se tvrzeného zásahu do svobody projevu na základě válečných zákonů trestající odpor proti válečnému úsilí bylo možné se za pomoci testu zřejmého a bezprostředního nebezpečí fakticky od případu *Schenck v. U.S.* odklonit a přiznat

⁸⁵ Holmes už dříve v případě *Toledo Newspaper* naznačil, že doktrína „no prior restraints“ bude nahrazena.

⁸⁶ Srov. např. BLACK, F. R. *Debs v. U.S.: a Judicial Milepost on the Road to Absolutism. University of Pennsylvania Law Review*, vol. 81, no. 2

⁸⁷ *Debs v. U.S.*, 249 U.S. 211 (1919)

⁸⁸ *Northern Securities Co. v. U.S.*, 193 U.S. 400, 48 L. Ed. 726

stěžovatelům ochranu prvním dodatkem.⁸⁹ S ohledem na tuto skutečnost se někteří domnívají, že Holmes se společně s ostatními soudci materiálně držel testu špatné tendence, podle kterého projevy, které mohly mít špatnou tendenci, mohly být trestány.⁹⁰ Patrně nejslavnější stanovisko Holmese tuto linii nabourává.

V případě *Abrams v. U.S.* Jacob Abrams společně s dalšími ruskými emigranty shazovali v New Yorku v oděvní čtvrti ze střechy několik letáků, za což byl Abrams odsouzen k dvacetiletému trestu odnětí svobody. Jeden ze zmíněných letáků odsuzoval vyslání amerických vojsk na ruské území a druhý se zasazoval o pozastavení výroby zbraní, které měly být použity proti „pracujícím ruským sovětům“. Letáky dále urgovaly ke stávkové pohotovosti. Nejvyšší soud ochranu prvním dodatkem Ústavy nepřiznal a trest odnětí svobody potvrdil, Holmes se vůči většinovému rozhodnutí důrazně vymezil.

Rozhodování se točilo ohledně úmyslu ovlivnit válečné úsilí spíše než ohledně toho, jestli distribuce letáků byla zřejmým a bezprostředním nebezpečím. Holmes byl toho názoru, že cíl způsobit následek musí být bezprostředním motivem konkrétního činu. „*Nikdo se nemůže domnívat, že by potají vydaný přihlouplý leták neznámým člověkem mohl bez dalšího představovat bezprostřední nebezpečí, že jeho názor bude bránit v úspěchu vládních vojsk.*“ Silně pragmatický nádech mají především následující pasáže. Podle Holmese vládnoucí skupiny při prosazování vlastních politik často zapomínají, že „čas již zradil mnoho [navzájem] bojujících přesvědčení“. Z dlouhodobého hlediska „*je pravda jedinou půdou na které mohou být uskutečněna jejich přání*“. Jenomže pravdy se nelze dobrat omezením názorů ostatních. Nikdo by neměl být trestán jen za to, že mluví s despektem o ústavním zřízení demokratického státu. „*To je v každém případě teorie naší Ústavy. Je to experiment, jako je experimentem celý život*“. Aby byl experiment vládnutí úspěšný, musí se najít prostor pro nové myšlenky, které zpochybní ty staré. Proto se Holmes domnívá, že „*nejvyššího vytouženého dobra se lépe dosáhne volným trhem myšlenek*“ a že „*nejlepší prověrkou pravdy je síla myšlenky, která se prosadí v konkurenci trhu.*“⁹¹

Holmesův pragmatismus je zde imunní vůči námitkám Sullivana se Solovem vůči Posnerovi, podle jehož pragmatického rozhodování musí soudce jen pasivně hodnotit a přijímat představy většiny o tom, jakým způsobem má rozhodnout.⁹² Jak již bylo řečeno, Holmes je skeptický vůči poznávání toho, co si většina společnosti přeje. Ve svém stanovisku však jde ještě dál a posuzování dominantních sil společnosti pro něj není relevantní. V demokratické společnosti je nutné nechat lidi říkat to, co se jim líbí, pokud to není zřejmě a bezprostředně nebezpečné. Jedině ponechání názorů ve volném trhu myšlenek umožní diskusi, ze které vzejde svobodné rozhodnutí společnosti ohledně toho, jakým směrem se dál ubírat. Podobným způsobem argumentoval taky ve svém odlišném stanovisku v případě *Gitlow*

⁸⁹ Espionage Act of 1917; Sedition Act od 1918; Půjde zejména o rozebíraný případ *Debs v. U.S.*, ve kterém nebylo cílem ovlivňovat konkrétní rekruty, jako spíše obecně otevřít debatu o tom, jestli je válečné úsilí žádoucí. Podobným případem je také *Frohwerk v. U.S.*, 249 U.S. 204 (1919)

⁹⁰ Srov. WHITE (1996, s. 317-319)

⁹¹ *Abrams v. U.S.* 250 U.S. 616, 624 (1919)

⁹² Srov. pozn. č. 81

v. *N.Y.* ve kterém se soud zabýval otázkou, jestli Ben Gitlow, který napsal Levicový manifest glorifikující revoluci proletariátu a komunistickou rekonstrukci systému, mohl být za tento text trestněprávně potrestán. Zatímco podle většinového stanoviska byl manifest napsán „*jazykem přímého podněcování*“, Holmes reagoval slovy, že „*každá myšlenka je podněcováním*“. Podobně jako Jefferson rozpoznal, že názor většiny se může postupem času měnit a tato možnost je nezbytnou součástí amerického zřízení. „*Pokud jsou z dlouhodobého hlediska názory vyjádřené v proletářské diktatuře předurčeny k tomu, aby byly přijaty dominantními silami ve společnosti, je jediným smyslem svobody projevu, aby jim byla dána šance se prosadit*“.⁹³

Na zmíněných případech z této podkapitoly je společné přesvědčení, že bez ohledu na to, co si o projevech ostatních myslíme, neměli bychom je trestat jen z toho důvodu, že s nimi nesouhlasíme. I v případech, kdy se Holmes, bezpochyby alespoň po svém odlišném stanovisku v *Abrams*, bytostně neslučoval s přesvědčením jiných, zastával jasný postoj, že je za jejich názory nemůžeme trestat. V případě *U.S. v. Schwimmer* z roku 1928 se stěžovatelka maďarského židovského původu pokoušela získat ve Spojených státech státní občanství a bylo jí odmítnuto na základě toho, že nesouhlasila s tvrzením, že by byla ochotna se bez výčitek svědomí chopit zbraně na ochranu vlasti. Na tomto místě je zároveň dobré zdůraznit, že ženy v té době nemohly v armádě sloužit. Podle většinového stanoviska její výhrada svědomí poukazovala na nedostatečnou oddanost Ústavě. Naproti tomu Holmes, svým přesvědčením anti-pacifista, který sám sloužil v armádě za občanské války, ve svém odlišném stanovisku stanovil, že „*pokud existuje nějaký princip ústavy, který vyžaduje oddanost naléhavěji než kterýkoliv jiný, je to princip svobody myšlenky – nikoli svobodné myšlenky těch, kteří s námi souhlasí, ale svobody pro myšlenku, kterou nenávidíme*“.⁹⁴

4 Závěr

Ačkoliv se Holmes ve svých posledních aktivních letech na Nejvyšším soudu ke svobodě projevu vyjadřoval zejména odlišnými stanovisky, domnívám se, že právě on stál u zrodu moderního – velice uvolněného - chápání toho, jakým způsobem první dodatek chrání občany za jejich projevy. Test zřejmého a bezprostředního nebezpečí byl překonán až rozhodnutím *Brandenburg v. Ohio* z roku 1969 testem „*bezprostředního podněcování k nezákonné činnosti*“, který je svou povahou velice vstřícný v ochraně projevu a materiálně se blíží Holmesovu způsobu rozhodování a chápání testu zřejmého a bezprostředního nebezpečí v poslední fázi jeho působení na Nejvyšším soudu.⁹⁵ Domnívám se, že pokud si Holmesův pragmatismus zaslouží místy kritiku za svou nekoncepčnost, v případech týkajících se

⁹³ *Gitlow v. N.Y.* 268 U.S. 652, 672 (1925), Holmes jr. dissenting

⁹⁴ *U.S. v. Schwimmer*, 279 U.S. 644, 653 (1928) Holmes jr. dissenting

⁹⁵ *Brandenburg v. Ohio*, 395 U.S. 444 (1969). Poslední fází zde mám na mysli jeho rozhodování od odlišného stanoviska v případě *Abrams v. U.S.*

svobody projevu se i prizmatem dnešní doby jedná o nekoncepčnost žádoucí.⁹⁶ Neukotvenost a nepředpojatost žádnými obecnými teoriemi v pragmatickém rozhodování je důvodem, proč pragmatismus odmítnout stejným způsobem, proč jej přijmout.

⁹⁶ Mou ambicí zde není a ani nemůže být hodnocení pro a proti uvolněného chápání svobody projevu. Vycházím zde pouze z přesvědčení, že co nejširší ochrana této svobody je žádoucí.