

PRÁVNÍ TEORIE A ÚSTAVNÍ LEGISLATIVNÍ PROCES

CLEMENS JABLONER

Abstract: **The Theory of Law and the Constitutional Legislative Process**

Kelsen's approach to the role of the constitution in the state and the principles, by which the legal order should be construed, can be found in his famous work 'Pure Theory of Law' as well as in the first constitution of the First Austrian Republic from the 1920, which Kelsen co-authored. The constitution of 1920 was heavily influenced by the current state of affairs, i.e. the post-war disintegration of values and despondency, which called for a constitution, that would, above all else, be legally perfect and able to fulfil its function as a set of fundamental rules principles governing the otherwise disjointed state. This idea corresponded with Kelsen's own views on the constitution as the basic norm, a fundamental legal rule from which all other legal rules derive their authority and with which they must all comply. Kelsen's approach to the creation of the constitution can be described as formal – he favoured stern, accurate language over florid declarations with no binding force, and placed great importance on the form of constitutional law. In accordance with his hierarchical theory, constitutional law should be only understood as such when specifically marked as 'constitutional law' – constitutional law in the former sense – and should only be changed or repealed by other 'constitutional law' legal rule. One of the hallmarks of Kelsen's work is undoubtedly the introduction of the principle of constitutional review, the Austrian constitution of 1920 is (along with the Czechoslovakian constitution of 1919) hailed as the first modern European example of the constitutional review. Many of Kelsen's ideas (mainly established in the Pure Theory of Law) are relevant to this date, especially his insistence on the accuracy of legal language and on the exclusive role the constitution plays in the legal system, as can be seen in the long-standing debate about the so called 'European constitution'.

Keywords: Pure Theory of Law, Austrian constitution of 1920, constitutional law in the former sense, hierarchical theory, constitutional review, the 'three circles theory', European constitution

Klíčová slova: Ryzí nauka právní, Rakouská ústava 1920, ústavní právo ve formálním smyslu, teorie hierarchického uspořádání právního řádu, „teorie tří kruhů“, Evropská ústava

DOI: 10.14712/23366478.2017.19

I. ÚVOD*

Hans Kelsen sepsal svou Ryzí nauku právní v ostrém kontrastu s právními naukami své doby. Kromě akademické kariéry – a pro ni přínosně – byl Kelsen také intenzivně činný jako praktický právník. Od roku 1919 byl Kelsen řádným profesorem právních a státních věd na univerzitě ve Vídni a mohl spoluutvářet rakouský právní

* Tento příspěvek se částečně vztahuje na JABLONER, C.: *Kelsens Prägung der österreichischen Bundesverfassung*. FS Rathkolb: Wien, Köln, Weimar, 2015, s. 165–176.

život na centrální úrovni: již za 1. světové války jako poradce ministra války a potom především mezi lety 1918 a 1920 jako odborník státního kancléřství a ústavodárného národního shromáždění při přípravě spolkové ústavy ze dne 1. října 1920. Stal se tak „architektem“ spolkové ústavy platné od roku 1920 do 1933 a znovu od 1945, tedy „B-VG“.¹

Je zřejmé, že Kelsenova metodická stanoviska spoluutvářela spolkovou ústavu z roku 1920. Avšak jeho vliv nesmí být přeceňován, Kelsen nemohl sledovat žádnou vlastní ústavní politiku; zastával víceméně legislativní funkci. Podařilo se mu – jak řekl v roce 1947 –, že jím „vedené politické zásady byly právně-technicky co možná nejlépe bezchybně kodifikovány, a přitom byly vytvořeny účinné záruky pro ústavnost státních funkcí“.² Přesto tak sám Kelsen vykonával určitý vliv na formu ústavy a na její obsah.

V zásadě lze Kelsenův vliv pochopit pouze tehdy, když se myšlenkově přizpůsobíme tehdejší rakouské právní kultuře. Ústavní právo dualistické monarchie bylo komplikované, to začalo při vytváření státu a způsobovalo závažné ústavně-dogmatické problémy. V Rakousku byl obzvláště silný pozitivistický vliv. Jeho hlavním představitelem byl Kelsenův předchůdce a učitel Edmund Bernatzik. V mnohonárodnostním státě mohl být člověk ovšem pouze pozitivistou.³

V roce 1910 vstoupila na scénu skupina mladých a nadaných učitelů: kromě Kelsena jeho přátelé a soupeřníci Franz Weyr, Adolf Julius Merkl, Alfred Verdross a Leonidas Pitamic. Vyvinul se charakteristický styl ústavně-dogmatické diskuse, která pod Kelsenovým vlivem zahrnovala právně-teoretické aspekty.⁴ Kelsen měl tyto debaty před očima. Přesto také naopak Kelsenovy legislativní zkušenosti ovlivňovaly vývoj jeho právní teorie. Obzvláště zjevné je to u vývoje spolkové ústavní vědy.⁵ Rovněž koreluje demokratická celková změna B-VG (čl. 44 odst. 3) a Kelsenova hodnotově-relativistická koncepce demokracie.⁶

Ovšem Kelsenův vliv byl zjevně menší na určitý obsah než víceméně na klíčovou otázku funkčnosti ústavy jakožto ústavního *práva*. Složitá situace, ve které se Rakousko nacházelo na konci 1. světové války, nedovolovala ústavu vycházející ze společného systému hodnot, legislativní práce vznikala v kulisách rozvrácené říše a s malou důvě-

¹ Ke Kelsenovu podílu na tvorbě ústavy srov. nejprve se všemi odkazy OLECHOWSKI, T.: příspěvek.

² KELSEN, H.: *Autobiographie 1947*. In *Hans Kelsen im Selbstzeugnis*. Tübingen, 2006, s. 69.

³ „Ohledně rakouského státu, který se skládal z tolika skupin odlišujících se rasou, řečí, náboženstvím a dějinami, se ukázaly teorie, které se pokoušely založit jednotu státu na jakémsi sociálně-psychologickém nebo sociálně-biologickém vztahu osob právně příslušných ke státu, zcela zjevně jako fikce. Protože byly tyto státní teorie podstatnou součástí Ryzí nauky právní, může být Ryzí nauka právní považována za specifickou rakouskou právní teorii.“ – KELSEN, H.: *Autobiographie 1947*. Op. cit., s. 62.

⁴ Příkladem je diskuse vedená mezi Weyrem, Verdrossem a Merkle v letech 1916 a 1917, týkající se „nezměnitelnosti právních norem“ (WEYR, F.: *Zur Frage der Abänderlichkeit von Rechtsätzen*. *Juristische Blätter*, 1916, s. 387; VERDROSS, A.: *Zum Problem der Rechtsunterworfenheit des Gesetzgebers*. *Juristische Blätter*, 1916 a MERKL, A.: *Die Unveränderlichkeit von Gesetzen – ein normlogisches Prinzip*. *Juristische Blätter*, 1917). K tomu srov. WALTER, R.: *Entstehung und Entwicklung des Gedankens der Grundnorm*. In WALTER, R. (eds.): *Schwerpunkte der Reinen Rechtslehre*. Schriftenreihe des Hans Kelsen-Instituts 18. Wien, 1992, s. 51.

⁵ K tomu srov. WIEDERIN, E.: *Kelsens Begriffe des Bundesstaats*. In PAULSON, S. L. – STOLLEIS, M. (eds.): *Hans Kelsen. Staatsrechtslehrer und Rechtstheoretiker des 20. Jahrhunderts*. Tübingen, 2005, s. 231.

⁶ Srov. VAŠEK, M.: *Unabänderliche Verfassungsrecht und Revisionschranken in der österreichischen Bundesverfassung*. Wien, 2013, s. 94.

rou v rakouskou budoucnost. O to více záleželo na právní kvalitě ústavy: Měla-li být spolková ústava určitým společným jmenovatelem politických sil, musela přinejmenším fungovat.

II. POJEM ÚSTAVY V RYZÍ NAUCE PRÁVNÍ

„Ústava v právně-logickém smyslu“ je pro Kelsena předpokládaným důvodem platnosti celého právního řádu, tedy „jednotou právního zřízení a jeho základní normy určujícím jeho vlastní vývoj“, abychom citovali jeden obrat z „Obecné nauky o státu“. ⁷ O její problematice a o různých Kelsenových popisech základní normy by zde ale neměla být řeč. ⁸

Mnohem víc zde jde o ústavu jako o pozitivně-právní nejvyšší stupeň právního řádu. Podle Kelsena má tu funkci řízení orgánů a procesů obecné legislativy, v moderním státě tedy zákonodárství. ⁹ Tuto – tj. obsahem určenou – oblast právního řádu Kelsen nazývá „ústavou v materiálním smyslu“. ¹⁰ Proti tomuto pojmu stojí „ústava ve formálním smyslu“, přičemž se jedná o právní normy určité – problémové – formy tvorby. Je pravda, že je ústavní právo v materiálním smyslu často účelově vytvářeno jako ústavní právo ve formálním smyslu, ale nemusí tomu tak být. Formální ústavní právo má tu doplňující funkci, že pozitivně nebo negativně určuje obsah zákonodárství.

Ústava v materiálním smyslu je nezbytnou součástí každého právního řádu. ¹¹ Další prvky ideální moderní ústavy Kelsen empiricky odvozuje z ústav své doby, jejich obsah je ovšem omezený: základní práva jako negativní prvek tvorby, problematické podmínky vzniku, vlastní význam dokumentů jako „ústavy“ – nebo existence nějaké jedinečné ústavní listiny. ¹²

III. NORMATIVITA ÚSTAVY

„Lex moneat non doceat“ (zákon by měl nabádat, ne učit) – toto staré právnícké přísloví platí u ústavních textů jen velmi zřídka. Neboť ústavy jsou často rády místem jak sebeuvědomění státního národa, ujištěním o společných hodnotách,

⁷ KELSEN, H.: *Allgemeine Staatslehre*. Berlin, 1925, s. 249. Srov. dále i KELSEN, H.: Die Funktion der Verfassung. In KLECATSKY H. R. – MARCIC, R. – SCHAMBECK, H. (eds.): *Die Wiener rechtstheoretische Schule*. Band 2, Wien, 2010, s. 1622: „Die Funktion der Verfassung ist Geltungsbegründung“.

⁸ Srov. WALTER, R.: Entstehung und Entwicklung des Gedankens der Grundnorm. Op. cit., s. 47.

⁹ Pro následující srov. KELSEN, H.: *Reine Rechtslehre*. Wien, 1960, s. 228.

¹⁰ Příležitostně i „ústava v užším smyslu“ – srov. KELSEN, H.: Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit. *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, č. 5/1929. K vývoji a problematice vzniku pojmu srov. ALEXY, R.: Hans Kelsens Begriff der Verfassung. In PAULSON, S. L. – STOLLEIS, M. (eds.): *Hans Kelsen. Staatsrechtslehrer und Rechts theoretiker des 20. Jahrhunderts*. Tübingen, 2005.

¹¹ To platí i tehdy, když ústava, která je třeba uplatňována zvykově, nepoužívá jako skutkový stav tvorby právních předpisů zákonodárství, nýbrž zvyklosti – srov. KELSEN, H.: *Reine Rechtslehre*. Op. cit., s. 231.

¹² Také „ústava v širším smyslu“ – srov. pozn. 11.

tak písemným vyjádřením povznesení a poučení.¹³ Vše, co je obsahem některé ústavy, může nakonec samozřejmě získat normativní význam. Přesto může ústava případně klást větší důraz na deklarování hodnot, nebo na vytváření „pravidel hry“ pro politickou tvorbu vůle.¹⁴ Že nebyla základní práva – ve své nejužší všeobecné hodnotové představě vyjádřené zákonodárcem – (nově) zahrnuta do B-VG, ale přejata z recepční klauzule tzv. Prosinčové ústavy, nebylo v žádném případě Kelsenovým cílem. Nebylo možné se shodnout na katalogu základních práv a zachovat jej při vysoce rozvinutých obranných právech občanské revoluce¹⁵ a přitom samozřejmě uplatňovat ten nebo onen akcent.¹⁶

Kelsenův talent spočíval v tom, že při procesu odstraňoval střety zájmů a předvídal možné konfliktní oblasti. Navrhl tedy pravidla, která byla jak úsporně formulována, tak byla současně relativně precizní. Pro Kelsenův „formální“ styl je evidentně kromě přesného jazyka bez příkras typická absence deklarativních prohlášení, a to zcela v souladu s „Vídeňskou modernou“. Zatímco státní kancléř Karl Renner viděl v ústavě i národotvorné dílo, které by mělo být interpretováno pomocí vlastních vyjádření,¹⁷ podle Kelsena nemají takové proklamace žádnou právní funkci. Proto kritizoval proti jeho doporučení do B-VG přijatá úvodní ustanovení, kde se Rakousko přihlašuje k republice, demokracii a spolkovému státu, jako nadbytečná, protože zda tomu tak bude, se ukáže teprve podle jednotlivých ústavních norem.¹⁸

Ústavě také nepředchází předmluva. Společně s Marií Theresou Fögenovou bychom mohli říci, že ústava bez předmluvy je vítězství Robespiera nad Platónem.¹⁹ Zřeknutí se toho ovšem nelze – jak by se mohlo zdát – přičítat Kelsenovu vlivu. Dokonce upozorňoval, že by měla být diskutovaná předmluva odstraněna „zejména z formálních důvodů, protože si jako úplnou ústavní listinu nepředstavuji spolkový ústavní zákon bez samostatné kodifikace základních práv a svobod. Možná bych k tomu také chtěl podotknout, že v ústavě státu by neměla být uvedena slavnostní vstupní formulace, o jejíž životaschopnosti nebyly přesvědčeny všechny osoby podílející se na poradenství k ústavě“.²⁰

¹³ Srov. s mnoha díky PETERS, A.: *Elemente einer Theorie der Verfassung Europas*. Berlin, 2001, s. 70 a násl. Aktuálně máme na mysli i folkloristické aspekty, jako například maďarský „ústavní stůl“.

¹⁴ K tomuto pojmu srov. naposledy ÖHLINGER, T. – EBERHARD, H.: *Verfassungsrecht*. Wien, 2014, body 15, 43, 89.

¹⁵ Srov. KELSEN, H.: *Österreichisches Staatsrecht*. Tübingen, 1923, s. 163.

¹⁶ Srov. pouze přeformulování rovnosti v demokratickém kontextu nebo zrušení všech podob preventivní cenzury.

¹⁷ Srov. KELSEN, H.: *Dopis Adolfovi Schärfovi ze dne 6. prosince 1955*.

¹⁸ Srov. KELSEN, H. – FROEHLICH, G. – MERKL, A.: *Die Verfassungsgesetze der Republik Österreich. 5. Teil: Die Bundesverfassung vom 1. Oktober 1920*. Wien, 1922, s. 65.

¹⁹ FÖGEN, M. T.: *Das Lied vom Gesetz*. München, 2006, Lied 9: „11. srpen 1792 byl pro Platóna černým dnem. Ústavodárci v Paříži se usnesli, že od nynějška ‚tous ses décrets seront imprimés et publiés sans préambule...‘ Robespierre se prosadil.“

²⁰ Srov. KELSEN, H. – FROEHLICH, G. – MERKL, A.: *Op. cit.*, s. 63. Tehdy se nehovořilo o „předmluvě“, ale „proklamaci“, slavnostní úvodní deklaraci. Rozhodujícím faktorem byl nakonec Ignaz Seipel – srov. OLECHOWSKI, T.: *Ignaz Seipel. Vom k.k. Minister zum Berichterstatter über die republikanische Bundesverfassung 1920*. Beiträge zur Rechtsgeschichte Österreichs, 2012, s. 335.

IV. ÚSTAVNÍ PRÁVO JAKO FORMA PRÁVNÍ ÚPRAVY

Merklem dynamizovaná teorie hierarchického uspořádání právního řádu je stěžejním prvkem Ryzí nauky právní. Vycházela z elementární struktury právního řádu, konfrontace obecné právní normy a jejího provádění.²¹ Protože každý právní řád musí vykazovat nějakou vlastní strukturu, alespoň tím úplně nejzákladnějším způsobem, je toto hierarchické uspořádání prvořadé. V moderním, komplexně pozitivním právním řádu, který explicitně reguluje svou dynamiku, může být toto hierarchické uspořádání více či méně vyjádřeno podmiňovacími a podmíněnými právními normami. Dodatečné kvality odlišení právního řádu bude dosaženo, když bude navíc vytvořena „souvislost zrušení práva“, tedy hierarchické uspořádání podle derogatorní moci s příslušnými orgány a zvláštními postupy.²²

Již Prosinčová ústava rozlišovala – stejně jako většina ústav – mezi ústavními zákony a (běžnými) zákony.²³ Rovněž převládala dalekosáhlá jistota o tom, že běžné zákony musí opírat svou platnost o ústavu. Naproti tomu neexistovala jistota o tom, které zákony by měly být vytvořeny jako ústavní a jaké by mělo důsledky, kdyby byl zákon vytvořen protiústavně.²⁴ Ve staré rakouské Říšské radě – stejně jako v německém Říšském sněmu²⁵ – bylo tedy správné vytváření zákonů neustálým problémovým bodem. V Rakousku byl předseda Říšské rady zmocněn k tomu, aby rozhodl o formě vytvoření. V každém případě se mohla Říšská rada prostou většinou usnést, zda musí být zákon vytvořen jako ústavní. Prosinčová ústava neuváděla mechanismus pro řešení konfliktů.

Kelsen učinil ústavní právo funkční z ústavně-technického hlediska, tzn. realizoval stupňovitou strukturu právního řádku v pozitivním právu. Kelsen tedy formalizoval pojem ústavy. Ústavní právo by mělo být – kromě kvalifikované většiny – vykonáváno tehdy, bude-li označeno jako „ústavní právo“, a sice bez ohledu na to, zda bude jeho vytvoření na tomto stupni nutné či nikoliv. Z toho vyplývá, že normy, které již existují na ústavní úrovni, mohou být změněny pouze ústavními zákony ve formálním smyslu, přičemž zákonodárce může rovněž vytvořit nové ústavní právo. K našemu tématu: pojem „ústava ve formálním smyslu“ byl tedy (rovněž) odpovědí na ústavně-technickou otázku.

Je známo, že zvláštnost rakouské spolkové ústavy spočívá v tom, že formální ústavní právo může být vytvářeno nejen jako změna ústavní listiny, ale také jako zvláštní ústavní zákony a rovněž ve formě ústavních ustanovení v běžných zákonech. Již Prosinčová ústava neznala žádnou jednotnou ústavní listinu. Rozdělení ústavního práva má tedy

²¹ Srov. jen MERKL, A.: *Prolegomena einer Theorie des rechtlichen Stufenbaues*. FS Kelsen: Wien 1931, a KELSEN, H.: *Reine Rechtslehre*. Op. cit., s. 228.

²² Srov. JABLONER, C.: Stufung und „Entstufung“ des Rechts. *Zeitschrift für öffentliches Recht*, 2005, s. 171.

²³ Srov. § 15 zákona ze dne 21. prosince 1867, kterým byl změněn zákon o říšském zastoupení ze dne 26. února 1861, RGBl. Nr. 141/1867.

²⁴ K následujícímu srov. STOURZH, G.: Qualifizierte Mehrheitsentscheidungen in der Entwicklung des österreichischen Verfassungsstaates 1848–1918. In MANCA, A. G. – LACCHE, L. (eds.): *Parlamento e Costituzione nei sistemi costituzionali europei ottocenteschi – Parlament und Verfassung in den konstitutionellen Verfassungssystemen Europas*. Bologna, Berlin, 2003, s. 38.

²⁵ K tomu srov. WIEDERIN, E.: Über Inkorporationsgebote und andere Strategien zur Sicherung der Einheit der Verfassung. *Zeitschrift für öffentliches Recht*, sv. 59, 2004, s. 181.

tradici. K tomu je dobré podotknout, že formalizovaný pojem ústavy vedl k materiálnímu obsahu ústavy. Podle skvělého přehledu Theo Öhlingera by se „ústava v Rakousku vnímala sice přesně, vážně“.²⁶ Na tom je určitě něco pravdy, přesto vyznívá tato výčitka – je-li adresována Kelsenovi – do prázdna. Neboť tento právní technik bez iluzí viděl nebezpečí v tom, že bude (běžný) zákonodárce neustále ovlivňovat ústavu. Díky možnosti vkládat ústavní ustanovení do běžných zákonů by mohla přímá praxe prolamování ústavy nekontrolovaně rozvíjet, což později zatěžovalo například Výmarskou ústavu. V tomto smyslu bylo rakouské ústavní právo velmi dobře „kodifikováno“, samozřejmě pouze z formálního hlediska.²⁷

V. ZÁRUKA ÚSTAVY

Jestliže zákonodárce poruší ústavu, přičemž nedodrží pravidla pro tvorbu právních předpisů, měl by být k tomu specializovaný soudní orgán, ústavní soud, zmocněn zákon zpochybňovaný z ústavně-právního hlediska přezkoumat, a případně jako protiústavní zrušit. Možnost přezkoumání ústavním soudem je považována za Kelsenovo mistrovské dílo, a i on sám na ni takto pohlížel.²⁸

Z institucionálního hlediska byla příslušnost ke kontrole norem přiřazena ke kompetencím starého Říšského soudu, který sloužil jako státní soud pro uplatňování ministerské odpovědnosti a jako zvláštní soud pro porušení základních práv. Charakteristické je, že ústavně-politický motiv zavedení kontroly norem byl výsledkem spolkového uspořádání státu: bylo třeba vytvořit orgán k řešení kompetenčních otázek. Dnes převažující aspekt konformity s ústavou každopádně v kostce existoval a Kelsen si ho takřka neuvědomoval. Vlastní potenciál posouditelnosti ústavním soudem – a teorii ústavního soudu jakožto „strážce ústavy“ – rozvinul Kelsen teprve později v rámci kontroverze s Carlem Schmittem.²⁹

²⁶ ÖHLINGER, T.: *Verfassung und Demokratie in Österreich zu Beginn des 21. Jahrhunderts*. FS Welan: Wien, 2002, s. 222.

²⁷ Srov. WIEDERIN, E.: Über Inkorporationsgebote und andere Strategien zur Sicherung der Einheit der Verfassung. Op. cit., s. 180, pozn. 6. Obou cílů ústavního legislativního procesu, na jedné straně jednoznačné stanovení formy ústavního práva a na straně druhé materiální omezení tohoto ústavního práva na obsah „významný z hlediska ústavy“, nelze snadno dosáhnout současně. Protože omezení ústavního práva ve formálním smyslu by vyžadovalo nadřazenou ústavní normu, která by omezovala kompetence ústavního zákonodárce. Tím by se ovšem problém posunul pouze o jeden stupeň, protože jakmile by byla tato kompetenční norma k dispozici, byla by požadována ještě vyšší kompetenční norma atd. Závěrem vyplývajícím z tohoto dilematu je, že nápravu by poskytl pouze „požadavek kodifikace“ podle vzoru čl. 79 odst. 1 Bonnského ústavy, což podceňuje dynamiku ústavního zákonodárství (k tomu rovněž WIEDERIN, E.: Über Inkorporationsgebote und andere Strategien zur Sicherung der Einheit der Verfassung. Op. cit., s. 190). Ústava USA stanoví silné obranné prostředky proti vytváření nového ústavního práva, které již byly formálně vyjádřeny tak, že ústavu lze měnit pouze pomocí „dodatků“, což přesouvá dynamiku dalšího vytváření ústavy na – pak nadměrně pravomocný – ústavní soud.

²⁸ „Část, na které mi nejvíce záleželo a kterou jsem považoval za své osobní dílo, posouditelnost ústavním soudem, nebyla jednáním parlamentu takřka vůbec změněna.“ – srov. KELSEN, H.: *Autobiographie 1947*, op. cit., s. 70. Srov. k následujícímu obšírně WIEDERIN, E.: Der österreichische Verfassungsgerichtshof als Schöpfung Hans Kelsens und sein Modellcharakter als eigenständiges Verfassungsgericht. In SIMON, T. – KALWODA, J. (eds.): *Schutz der Verfassung*. Beiheft zu „Der Staat“ 22, Berlin, 2013.

²⁹ KELSEN, H.: Wer soll der Hüter der Verfassung sein? *Die Justiz*, sv. 6, 1931.

Na tomto místě je vhodné podívat se krátce na československou ústavu z roku 1919, protože se zde uplatnila posouditelnost ústavním soudem dříve než v Rakousku.³⁰ I tento systém disponoval kontrolou norem a stejně jako v Rakousku se aspekt shody s ústavou dostal do popředí až časem.³¹ V každém případě označuje „rakousko-československé řešení posouditelnosti ústavním soudem“ – jak to formuloval Walter Jellinek³² – počátek evropské podoby posouzení ústavním soudem. Důležité je, že se tato varianta podstatně liší například od varianty nejvyššího soudu: protože se příslušnost ústavního soudu neomezuje na prohlášení nepoužitelnosti u jednotlivých případů zákonů nebo vydávání rozhodnutí o nejasné závaznosti, ale ve vlastním smyslu fungovat jako „negativní zákonodárce“. Zrušení provedená ústavním soudem musí být zveřejňována ve Spolkovém věstníku, resp. ve věstnících jednotlivých zemí, výroky ústavního soudu rozvíjejí účinek přesně popsáný v ústavě (článek 140 B-VG). Nejde tedy o to, vytvářet ústavní právo pomocí precedentní konstrukce platnosti v jednotlivých případech – kompetence, jakou vykonává například ESD ohledně unijního práva –, ale dávat do pořádku právní základ.³³

Nesmí se přehlížet, že Kelsenova interpretační teorie – interpretace z hlediska právní vědy jako „rámce“ pro možné výsledky výkladu³⁴ – úzce navazuje na kasační kontrolu souladu právních aktů s právem, možná tím byla dokonce inspirována. Z ústavně-politického hlediska přitom jde o ne zcela úzký manévrovací prostor zákonodárce, o jeho „posouzení“. Oba fenomény – Kelsenova interpretační teorie i omezení ústavních soudů na kasační řízení – jsou nyní často kritizovány jako úzké.³⁵ Pro Kelsena v každém případě existoval smysl – právně rozlišené – posouditelnosti ústavním soudem rovněž právě v této kasační funkci. Ústavní soud může být bezpochyby vybaven také z toho vyplývajícími příslušnostmi, přesto pak máme co do činění již také s „nejvyšším soudem“.

VI. REVIZE ÚSTAVY

Konečně je třeba podotknout, že je spolková ústava jako celek koncipována jako změnitelná ústava. Čl. 44 odst. 3 umožňuje nejen popisovanou „dílčí změnu“ ústavy, ale také její „celkovou změnu“, tj. její zrušení a nahrazení novou ústavou, která bude založena na zcela jiných principech. Pro takovou změnu ústavy je každopádně nutné povinné referendum. I zde by mohl být rozhodující názor, že ústava, která se prohlašuje za nezměnitelnou, tuto deklaraci nemůže dodržet – protože například není

³⁰ Srov. jednotlivě OSTERKAMP, J.: *Verfassungsgerichtsbarkeit in der Tschechoslowakei (1920–1939)*. Frankfurt a. M., 2009. K problémové otázce, zda byla Ryzí nauka právní ovlivněna posouditelností ústavním soudem v ČSR, srov. k tomu skepticky OSTERKAMP, J.: Op. cit., s. 9.

³¹ Srov. OSTERKAMP, J.: Op. cit., s. 193.

³² JELLINEK, W.: Schutz des öffentlichen Rechts. *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, č. 2/1925, s. 38.

³³ Srov. JABLONER, C.: Stufung und „Entstufung“ des Rechts. Op. cit., s. 171.

³⁴ Srov. KELSEN, H.: *Reine Rechtslehre*. Op. cit., s. 348.

³⁵ Například DIAS, G. N.: „Negative Legislator“. In *Hans Kelsen's work: origin, foundations and limits in the light of the Reine Rechtslehre*. GedS Walter: Wien, 2013.

nikdy možné vyloučit revoluci – a že je lepší ústavní cestou zavést novou ústavu.³⁶ Zda je smysluplné dávat ústavě nebo jejím určitým částem „věčnou“ platnost, zůstává nedořešené.

Umožnění „celkové změny“ spolkové ústavy ovšem vedlo ke – Kelsenem předvídaným – problémům s interpretací:³⁷ ústavní dogmatika a judikatura ústavního soudu stále více chápou tuto „celkovou změnu“ ve spojení s induktivně odvoditelnými „stavebními zákony“ nebo „základními principy“. K tomu přispělo úvodní prohlášení B-VG (srov. výše). V novější době to tvoří vstupní bránu pro pronikání „princiipiálního myšlení“, což nebude snadno slučitelné s Kelsenovou metodikou.

VII. STRUKTURA SPOLKOVÉHO STÁTU

Rakouská polovina říše byla decentralizovaným jednotným státem, zákonodárství bylo sice rozděleno mezi říši a země, přesto bylo vykonáváno jednotně ve jménu císaře. Rozdělení kompetencí vedlo k závažným otázkám výkladu s právně-teoretickými implikacemi, bylo tedy třeba objasnit otázku, zda má být při odporujících si říšských a zemských zákonech uplatňována zásada „lex posterior derogat legi priori“ (pozdější norma nahrazuje dřívější) či nikoliv. Kelsen se tento problém pokusil vyřešit v roce 1914 nadřazením říšského zákonodárství,³⁸ což vedlo k velmi důkladné argumentaci, která je typická pro teorie před změnou paradigmát. Proti této první teorii spolkového státu namítal již Verdross, že formálního postavení říšských a zemských zákonů na stejnou úroveň je možné docílit pouze pomocí obojí zákony zmocňující vrstvy ústavního práva. Zde již výrazně zní pozdější Kelsenova teorie.³⁹

Materiály k Říjnové ústavě ukazují, že se ústavní zákonodárce orientoval na nauku o spolkovém státu jako „státu států“: Jako „spolek“ označený soubor zemí se terminologicky objevuje jako spojení zemí.⁴⁰ V jasném protikladu k Výmarské říšské ústavě a jako pokračování rakouské tradice ale například nebyl zaveden ústavní zákon „spolkové právo ruší zemské právo“, ale trvá se na dosavadní paritě zákonodárství. Tím se ovšem muselo dále počítat s kompetenčními konflikty.

Na tomto příkladu se ukazuje, že Kelsen, legista, byl někdy před Kelsenem, právním teoretikem. Protože Kelsen až později vypracoval svou „teorii tří kruhů“.⁴¹ Nyní předpokládá – na úrovni teorie norem – „ústavu národního státu“, která deleguje jak spolkovou, tak zemské ústavy. Tím si ale Kelsen znovu osvojuje trialistickou koncepci Prošincové ústavy s rozlišením pragmatických, dualistických a samostatných záležitostí. V této souvislosti je také třeba uvést Kelsenův spis z roku 1917 o reformě armády, kde

³⁶ V tomto smyslu chtěl Kelsen rovněž zachránit státní identitu (srov. dále VIII.).

³⁷ Srov. KELSEN, H. – FROEHLICH, G. – MERKL, A.: Op. cit. Wien, 1922, s. 124.

³⁸ KELSEN, H.: *Reichsgesetz und Landesgesetz nach österreichischer Verfassung*. Archiv des öffentlichen Rechts, 1914, s. 202.

³⁹ K této informaci stejně jako k celku viz WIEDERIN, E.: *Kelsens Begriffe des Bundesstaats*. Op. cit., s. 230.

⁴⁰ Srov. zprávu Ústavního výboru ústavodárného národního shromáždění – reprodukována v KELSEN, H. – FROEHLICH, G. – MERKL, A.: Op. cit. Wien, 1922, s. 514.

⁴¹ KELSEN, H.: *Die Bundesexekution*. FS Fleiner: Tübingen, 1927, s. 127.

Kelsen použil prvotní formu své „teorie tří kruhů“, aby navzdory rozdělení obou říšských polovin, kterého se dožadoval císař Karel, zachoval společné vojenské vedení.⁴²

Spolková ústava z roku 1920 vykazuje určitou oscilaci mezi „státem států“ a „ústavou národního státu“. V Rakousku sice chybí národní stát v organizačním smyslu, protože státní osoba – odlišující se od spolku a země – „národní stát“ neexistuje, existují ovšem některé prvky ústavy národního státu ve funkčním smyslu: kromě posouditelnosti ústavním soudem „Spolkové shromáždění“ skládající se z Národní rady a Spolkové rady, kterému přísahá spolkový prezident, nebo které může vyhlášovat válku, formy společného zákonodárství mezi spolkem a zeměmi atd.

VIII. K AKTUÁLNOSTI KELSENOVÝCH KONCEPCÍ

A. SPOR O POJMY?

Diskuse o chápání ústavy Ryzí nauky právní je speciálním případem diskuse o jejím chápání práva. Takže jak se k chápání práva podle Ryzí nauky právní – pravidelně uspořádaná účinná donucovací nařízení jsou za předpokladu základní normy popisována jako právní řády – vznášejí námitky, že tím chápání práva ztratilo vlastní nárok na spravedlnost, směřuje kritika na údajnou sterilitu chápání ústavy. Tvorba chápání – chceme-li: formálně redukovaná – vyprazdňuje chápání ústavy a zbavuje je zejména jeho demokratického obsahu.⁴³

Kelsen samozřejmě vytvořil konkrétní juristické chápání ústavy. Chápání z hlediska právní vědy nejsou ani pravdivá, ani platná, ale musí splňovat kritérium vhodnosti pro účel. Jiná chápání ústavy, ovlivněná historicky nebo politicky,⁴⁴ tím nejsou vyloučena. Bylo by ovšem nemožné, aby se juristické chápání ústavy příliš vzdalovalo představám mnoha lidí,⁴⁵ stejně tak by měly pojmy z oblasti právní vědy zůstat přiřaditelné sémanticky rovnocenným pojmům z jiných vědních oborů, např. dějepisu. Těmto nebezpečím ale Kelsen čelí – jak je ukázáno – bez toho, že by do pojmu ústavy zahrnul omezený obsah.

Vše by se to také dalo smést ze stolu jako bezvýznamný spor o pojmy.⁴⁶ Ale diskuse o ústavě Evropské unie ukazuje, že spor o označení a pojmy může mít politický náboj. Zamysleme se pouze nad otázkou, zda má EU – před nebo po reformní Lisabonské smlouvě – ústavu.⁴⁷ Mezi juristy převažuje názor, že můžeme velmi dobře hovořit o ústavě Evropské unie, pokud evropský právní řád považovaný za autonomní „předpokládá normu, resp. systém norem, který bude upravovat vytváření práva, na

⁴² Srov. KELSEN, H.: Zur Reform der verfassungsrechtlichen Grundlagen der Wehrmacht Österreichs-Untergarns. *Zeitschrift für Militärrecht*, 1917, s. 8.

⁴³ Srov. například GRIMM, D.: *Entwicklung und Funktion des Verfassungsbegriffs*. FS Jörg P. Müller: Bern, 2005, s. 9.

⁴⁴ Srov. pouze DREIER, H.: Artikel „Verfassung“. In SANDKÜHLER, H. J. (eds.): *Enzyklopädie Philosophie*. Bd. 3, Hamburg, 2010, s. 2867.

⁴⁵ Takto GRIMM, D.: *Entwicklung und Funktion des Verfassungsbegriffs*. Op. cit., s. 7.

⁴⁶ Srov. POPPER, K.: *Objektive Erkenntnis. Ein evolutionärer Entwurf*. Hamburg, 1984, s. 127: „Protože pojmy jsou zčásti prostředkem formulování teorií, zčásti prostředkem jejich shrnutí. V každém případě mají hlavně význam nástrojů; a můžeme je vždy nahradit jinými pojmy.“ Srov. tamtéž, s. 323.

⁴⁷ K této diskusi srov. PETERS, A.: *Elemente einer Theorie der Verfassung Europas*. Berlin, 2001, s. 30.

jehož základě tento řád vznikne“.⁴⁸ Stejně tak požadavek na „opravdovou“ evropskou ústavu i časté odmítání tohoto označení ukazuje podle mého názoru na sklon politicky přehodnocovat vlastní hodnotu juristického pojmu, ať to již považujeme za naivitu, nebo manipulaci. Juristicky není možné argumentovat, že si ústava Evropské unie bez vybudované demokracie označení „ústava“ nezaslouží. Ale námitka, že Evropská unie není státem, a proto nemůže mít „ústavu“, nebo se stane státem, když bude mít „ústavu“, „nevytvoří žádný stát“. V tomto případě za tím stojící ideologie státní suverenity patří k prominentním obětem Kelsenovy ideologické kritiky.

B. ZTRÁTA FUNKCE POJMU ÚSTAVY?

Jiná kritika zde exponovaného juristického chápání ústavy by mohla zamířit tam, že předběhlo právní vývoj. Pojem ústavy ztratil svůj tvar – a tím svou exkluzivní funkci.

Nyní ztrácí specifická juristická potřeba funkční diferenciací určité vrstvy právních norem svou naléhavost, když pozitivní právo a jeho právně-vědní význam degenerují. To se stává, když – jako nedávno v Maďarsku – ústavní zákonodárce sám konstucionalizuje velké části právního řádu: tato tendence jde proti principu parlamentní demokracie, který je založen na zásadě (prosté) většiny.⁴⁹ Ke zploštění právního řádu přispívá i nejvyšší soud nárokuje si suverenitu výkladu pro celý právní řád, nebo ústavní soudy, které – což vyjde nastejno – (znovu) interpretují soulad s ústavou u širokých oblastí právního řádu.⁵⁰

Je rovněž výstižné, že konkrétně v důsledku sladování evropských právních řádů dochází k jejich určitému „zhrubnutí“ a je možné demonstrovat právně-vědní dogmatiku. Ke ztrátě struktury nakonec nepřispívá masivní používání elektronických právních informačních systémů, které jsou současně jak podmínkou, tak důsledkem dynamiky unijního práva.⁵¹ Strukturální právní myšlení začíná být nepohodlné.

Prognózy nejsou v tomto případě možné. A tak zbývá jen naděje, požadavek jasnější struktury bude znovu významnější i v poevropštěných a globalizovaných právních řádech. K tomu přispěje upevněná státnost Unie.

Shrnující význam zde tedy má přetrvávající aktuálnost Kelsenovy koncepce ústavy – přinejmenším mezi juristy a pro ně. Mělo by zde být zdůrazněno, jak dobře dokázal prosazovat své teoretické názory v legislativní praxi, ale jak tyto rovněž ovlivnily jeho učení.

Univ.-Prof. Dr. Clemens Jabloner
Universität Wien, Institut für Rechtsphilosophie
clemens.jabloner@univie.ac.at

⁴⁸ Takto s odvoláním na Ryzí nauku právní ÖHLINGER, T.: Braucht Europa eine Verfassung? *Journal für Rechtspolitik*, 2002, s. 38.

⁴⁹ Toho je možné dosáhnout také vložení „mezivrstvy“ právních norem – srov. článek 5 maďarské ústavy ze dne 25. dubna 2011, ale také čl. 14 odst. 10 B-VG.

⁵⁰ Srov. s více údaji PÖSCHL, M.: *Die Zukunft der Verfassung*. Wien, 2010, s. 12.

⁵¹ Srov. VOSSKUHL, A.: *Das Leitbild des „europäischen Juristen“ – Gedanken zur Juristenausbildung und zur Rechtskultur in Deutschland*. Rechtswissenschaft, 2010, s. 333.