

ACTA  
UNIVERSITATIS  
CAROLINAE

---

IURIDICA 4/2017  
Vol. LXIII



IURIDICA

---

4/2017

Vol. LXIII

UNIVERZITA KARLOVA  
NAKLADATELSTVÍ KAROLINUM  
2017

*Vědeční redaktoři:* prof. JUDr. Jan Kuklík, DrSc.  
prof. JUDr. Pavel Šturma, DrSc.

Všechny články tohoto čísla byly recenzovány.

# OBSAH

## TÉMA: VÝZNAM HANSE KELSENA PRO SOUČASNOU PRÁVNÍ VĚDU

Předmluva	9
<i>Thomas Olechowski</i> : Hans Kelsen a založení Československa	13
<i>Karel Malý</i> : Profesor Hans Kelsen v archivních dokumentech Karlovy univerzity v Praze	23
<i>Clemens Jabloner</i> : Právní teorie a ústavní legislativní proces	31
<i>Pavel Šturma</i> : Kelsen jako předchůdce dnešního mezinárodněprávního konstitucionalismu?	41
<i>Jörg Kammerhofer</i> : Stupňovitá struktura mezinárodního práva: strukturální analýza namísto mystiky pramenů	55
<i>Michael Potacs</i> : Právo EU a státní právo ve světle nauky o hierarchickém uspořádání	71
<i>Veronika Bilková</i> : O strážci ústavy a podstatě práva – spor Hanse Kelsena a Carla Schmitta	81
<i>Pavel Ondřejek</i> : Polemika o strážci ústavy v kontextu současných debat o dělbě moci	93
<i>Klaus Zeleny</i> : Hans Kelsen jako politický člověk	107
<i>Karel Beran</i> : Proč nepotřebujeme člověka při legislativním vymezení pojmu fyzické osoby?	123
<i>Pavel Maršálek</i> : Merklovo obecné právo správní a Pošvářovy obecné pojmy správního práva v komparativním pohledu	137
<i>Herbert Schambeck</i> : Hans Kelsen na prahu 21. století	145
Projev proděkana Právnické fakulty Univerzity Karlovy profesora Michala Tomáška v Rakouském kulturním fóru u příležitosti zahájení konference <i>Hans Kelsen – inspirující osobnost pro právní vědu, filozofii, politiku</i> <i>a mezinárodní vztahy</i> dne 8. října 2015.	155

## VARIA

<i>Jan Kudrna</i> : Ústavní rámec zajišťování bezpečnosti České republiky – zhodnocení současného stavu a úvahy <i>de lege ferenda</i> .	159
<i>Ondřej Svoboda</i> : Skupina G20 jako nové fórum pro koherenci a multilateralizaci mezinárodního investičního práva	175



TÉMA:  
VÝZNAM HANSE KELSENA  
PRO SOUČASNOU PRÁVNÍ VĚDU





## PŘEDMLUVA

Ve dnech ve dnech 8. a 9. 10. 2015 uspořádala Právnická fakulta Univerzity Karlovy v Praze ve spolupráci s Institutem Hanse Kelsena ve Vídni a Rakouským kulturním fórem v Praze mezinárodní konferenci Hans Kelsen – inspirující osobnost pro právní vědu, filozofii, politiku a mezinárodní vztahy. Konference byla pořádána v rámci programů PRVOUK 04 a PRVOUK 06 a bezesporu patřila k nejvýznamnějším vědeckým konferencím, které se na fakultě uskutečnily v poslední době. Již v jejím průběhu jsme se s Institutem Hanse Kelsena dohodli, že její příspěvky bychom rádi publikovali jednak německy ve Vídni a jednak česky v Praze. Právě v tomto čísle AUC Iuridica tak vychází část tehdy pronesených příspěvků, nebo v případě doc. Veroniky Bílkové i pro konferenci uvažovaný, avšak vzhledem k pracovním povinnostem nepřednesený text. V těchto dnech ostatně též probíhají poslední ediční práce na „vídeňském“ sborníku, který vyjde pod názvem Hans Kelsen in der tschechischen und internationalen Rechtshlehre jako číslo 39 sborníku prací Institutu Hanse Kelsena.

Rád bych též využil prostoru, který mi předmluva k tomuto souboru textů dává, a připomněl, jak vlastně myšlenka na konferenci vznikla a co osobnost Hanse Kelsena pro české akademické prostředí znamená. Koncem října 2014 se tehdejší ministryně spravedlnosti Helena Válková v Praze sešla se svým rakouským protějškem Wolfgangem Brandstetterem. Jednali o rekodifikaci občanského práva, problematice státního zastupitelství a o spolupráci v dalších právních otázkách. Symbolicky pak (znovu) odhalili pamětní desku právě profesora Hanse Kelsena na rohu ulic Národní a Spálené v Praze v podchodu obchodního domu Máj – My Tesco. Při obědě pořádaném tehdejším rakouským velvyslancem v Praze Ferdinandem Trauttmansdorffem jsme poprvé diskutovali otázku, zda by si Hans Kelsen nezasloužil kromě zmíněné pamětní desky i připomenutí odborné veřejnosti. Právě Ferdinand Trauttmansdorff poté konferenci slavnostně zahájil a jeho slova o významu společných historických základů středoevropské právní kultury pro česko-rakouské vztahy i v současnosti a o symbolické roli, kterou v tomto kontextu představuje Hans Kelsen, nebyla nějakou zdvořilostní diplomatickou frází.

Při mé návštěvě Vídne v červnu 2015 se k myšlence společné konference věnované Hansi Kelsenovi kladně vyslovili profesori Clemens Jabloner a Thomas Olechowski, s nimiž jsem poté dohodl kromě termínu zejména její zaměření a program. Jako neméně šťastné se ukázalo i zapojení Rakouského kulturního fóra v Praze, v jehož prostorách na

Jungmannově náměstí se celá konference otevřela vystoupením Herberta Schambecka, významného rakouského právního vědce, univerzitního profesora a emeritního prezidenta rakouské Spolkové rady.

Osobnost a dílo pražského rodáka Hanse Kelsena (narozen 1881 v Praze – zemřel 1973 v Kalifornii) jsou sice v české právníkové veřejnosti poměrně známé, neboť Kelsenova spolupráce s profesorem Františkem Weyrem a dalšími brněnskými právními normativisty<sup>1</sup> výrazně ovlivnila úroveň československé právní teorie i ústavně právní debaty, například o ústavním soudnictví, a vycházely i překlady Kelsenových textů. Toto Kelsenovo působení v Československu ostatně podrobně popsal již článek „Pražský rodák Hans Kelsen“ Jiřího Klaboucha, uveřejněný v roce 1993 v časopise *Právník*,<sup>2</sup> a Kelsenovou osobností se podrobně zabýval i Petr Kreuz.<sup>3</sup> Kelsen se narodil v pražské německy mluvící židovské rodině, a i když se poměrně brzy přestěhoval do Vídně, k českým zemím a později Československu jej pojila řada vazeb i osobních přátelství.

Rád bych připomněl, že Kelsenův vztah k meziválečnému Československu měl i další dimenze. První z nich byla pozitivní a dnes již neprávem pozapomenutá. Jak ostatně ukázal i prof. T. Olechowski, Kelsen měl ke vzniku československého státu kladný (avšak nikoli nekritický) vztah a v několika mezinárodně politických otázkách dokonce sám nabídl ministru zahraničí a pozdějšímu prezidentu Edvardu Benešovi spolupráci. Již od dvacátých let s Benešem diskutoval o vztahu státu k jeho menšinám, v této oblasti dokonce předložil Benešovi návrh na proměnu Československa na spolkový stát. Na jaře roku 1938, v době, kdy Beneš a československá vláda čelili velkému mezinárodnímu tlaku v národnostních otázkách, Beneš osobně stál o to, aby se právě Kelsen stal mezinárodním expertem, který posoudí československý návrh tzv. národnostního statutu, a sám Kelsen na některých doporučeních v této oblasti začal pracovat.<sup>4</sup>

O tom, jaký byl Kelsenův vztah k ČSR v době silící mezinárodní krize, svědčí nejen jeho přijetí čs. státního občanství, ale i aktivní účast v debatách o ohrožení demokracie. Vyjádřil se k tomu například na pozvání debatního Klubu Přítomnosti v roce 1937 v následně publikovaném textu „*Státní forma a světový názor*“, který se zabývá rozlišením demokratického a autoritativních režimů. I tento text je součástí reprintu Hans Kelsen: *O státu, právu a demokracii. Výběr prací z let 1914–1938*, vydaného vydavatelstvím Wolters Kluwer, který jsme měli možnost v rámci konference díky příspěvku Ondřeje Horáka i představit a následně také pokřtít.

Hans Kelsen byl s osudem Československa spjat i v období po 15. březnu 1939. Benešův důvěrník a prominentní prohradní novinář Hubert Ripka, který po Mnichovu pobýval v Paříži, napsal 24. června 1939 čs. zástupci u Společnosti národů J. Kopeckému, zda by se neobrátil na Hanse Kelsena s žádostí o vypracování právního dobrozdání pro zářijové zasedání Společnosti národů, které by odsoudilo německou agresi proti

<sup>1</sup> Viz blíže WEYR, F.: *Paměti: Za Republiky, 1918–1938*. Díl 2. Brno: Atlantis, 2001, s. 91, 121–122 a 256 a násl. Viz též KUBEŠ, V.: *A chtěl bych to všechno znovu*. Masarykova univerzita v Brně, 1994, s. 137–138.

<sup>2</sup> KLABOUCH, J.: Pražský rodák Hans Kelsen. *Právník*, sv. 132, č. 3/1993, s. 185–192.

<sup>3</sup> KREUZ, P.: K pražským kořenům tvůrce ryzí nauky právní a spoluautora rakouské ústavy Hanse Kelsena. *Pražský sborník historický*, sv. 37, 2009, s. 225–254.

<sup>4</sup> KUKLÍK, J. – NĚMEČEK, J.: *Od národního státu ke státu národnosti?: Národnostní statut a snahy o řešení menšinové otázky v Československu v roce 1938*. Praha: Karolinum, 2013, s. 72.

Česko-Slovensku a dodalo čs. straně právní argumentaci.<sup>5</sup> Kopecký v této souvislosti E. Beneše informoval, že Hans Kelsen jej vyhledal z vlastní iniciativy a zmíněný dokument skutečně vypracoval. Bohužel čs. věci nepříznivý vývoj mezinárodní situace projednání „Kelsenova memoranda“ znemožnil.<sup>6</sup>

Druhá dimenze Kelsenova vztahu k Československu má poněkud hořkou příchut'. Když totiž Kelsen kvůli situaci v Rakousku v druhé polovině 30. let začal vyučovat na pražské německé univerzitě, národně socialisticky či pravicově orientovaní studenti a část profesorského sboru mu pobyt v Praze urážkami a sabotáží přednášek znechutili a uspíšili Kelsenovo rozhodnutí odejít do Ženevy a později uprchnout před nacismem dokonce až do USA. To na konferenci ostatně připomněl profesor Karel Malý a je to i tento důvod, proč jsem osobně velmi rád, že jsme diskuzi o Hansi Kelsenovi vrátili i na pražskou akademickou půdu.

Závěrem mi dovoluji znovu zdůraznit, že cílem konference nebylo připomenout Hanse Kelsena jen jako historickou osobnost, ale zejména jako stále inspirující osobnost pro právní vědu, filozofii, politiku a mezinárodní vztahy. Doufám, že se to alespoň částečně podařilo a že k tomu přispěje i toto číslo AUC Iuridica, které jako čtenáři právě berete do ruky.

*Jan Kuklík*

---

<sup>5</sup> Blíže viz KUKLÍK, J. – NĚMEČEK, J.: Memorandum by Hans Kelsen on the Breaking up of Czecho-Slovakia. In JABLONER, C. – OLECHOWSKI, T. – ZELENY, K. (eds.): *Das internationale Wirken Hans Kelsen*. Schriftenreihe des Hans Kelsen-Instituts 38. Wien: MANZ Verlag, 2016, zejm. s. 110–112.

<sup>6</sup> Tamtéž.



# HANS KELSEN A ZALOŽENÍ ČESKOSLOVENSKA

THOMAS OLECHOWSKI

**Abstract:** **Hans Kelsen and the Formation of Czechoslovakia**

Following the Treaty of Trianon from 1920, the Hungary-Czechoslovak Mixed Arbitral Tribunal was established as a body resolving issues which arose from the annexation of the previously Hungarian territories to the newly-formed Czechoslovakia. A central question of numerous disputes was whether the Treaty's protective provisions applied to Hungarian nationals, now living in annexed Czechoslovakian territories, whose property was confiscated by the state. The Czechoslovakian government presented several documents in support of its interpretation, among them Kelsen's 'Opinion on the question of the genesis of the Czechoslovak State and Czechoslovak citizenship'. In his work, Kelsen presented his theoretical views regarding the formation of the state and then applied them to the formation of Czechoslovakia. A state, according to Kelsen, comes to existence when there is a sovereign law, which is effective in certain personal and territorial jurisdiction, i.e. the state must have its own set of enforceable rules, by which its citizen abide by. International recognition, on the other hand, plays no role whatsoever. Applying his theory, Kelsen concluded, that Czechoslovakia as a sovereign state was formed on the 28th of October 1918, when the 'Czechoslovak declaration of independence' (as the first constitution), was proclaimed. Therefore, all Hungarian nationals, who were Czechoslovakian citizens according to the Czechoslovakian law passed after that date, remained as such until they opted otherwise under the Treaty of Trianon, which meant that they could not count themselves as Hungarians at the time the Treaty was signed and as a result, the provision regarding the banning of any confiscation did not apply to them. Even though these arguments were refused by the Tribunal in 1931, Kelsen's far-reaching theoretical ideas dealing with the formation of the state were not forgotten and remain relevant to this date.

**Keywords:** Treaty of Trianon, opinion on the question of the genesis of the Czechoslovak State and Czechoslovak citizenship, Hungary-Czechoslovak mixed arbitral tribunal, formation of a state, formation of Czechoslovakia, confiscation

**Klíčová slova:** Trianonská smlouva, stanovisko k otázce vzniku Československého státu a československého občanství, československo-maďarský rozhodčí soud, založení státu, založení Československa, konfiskace

**DOI:** 10.14712/23366478.2017.17

## I. OKOLNOSTI

Wilhelm Fodor bydlel v malém městě poblíž soutoku řek Ipeľu a Dunaje, které bylo v němčině označováno jako „Eipelschlag“, v maďarštině jako „Ipolyság“ a ve slovenštině jako „Ipolské Šiahy“.<sup>1</sup> Do roku 1918 patřilo město do župy Hont Uher-

<sup>1</sup> Uvedené okolnosti jsou převzaty z oficiálních publikací Stálého dvora mezinárodní spravedlnosti / Permanent Court of International Justice (PCIJ), Series C, No. 68 (1933), s. 32.  
Dostupné z: <http://www.icj-cij.org/pcij>.

ského království a bylo sídlem stejnojmenného „okresu“ (na něž byly uherské župy rozčleněny), který Fodor řídil. Dne 27. května 1919 bylo toto město anektováno Československem. Fodorův automobil i jeho rozsáhlá sbírka zbraní byly československým státem pro veřejné účely bez odškodnění zkonfiskovány. Poté, co byla dne 4. června 1920 podepsána Trianonská smlouva<sup>2</sup>, zvolil si Fodor v souladu se článkem 63 této smlouvy maďarské státní občanství.

Zmiňovaná smlouva v zásadě předvíдалa, že osoby, které měly do roku 1918 maďarské státní občanství, „ipso facto“ získaly státní občanství toho státu, ke kterému obec, v níž měly domovské právo, nyní patřila (čl. 61). Výše uvedený článek 63 jim však umožňoval zvolit si státní občanství toho státu, jehož domovské právo měly předtím.<sup>3</sup>

Trianonská smlouva zároveň v článku 250 zaručovala všem maďarským státním příslušníkům v rámci určitých hranic svobodu jejich majetku a zakazovala konfiskace a likvidaci vítěznými mocnostmi. Fodor tudíž dne 26. února 1925 zažaloval Československou republiku před československo-maďarským rozhodčím soudem, který byl zřízen dle článku 239 Trianonské smlouvy. Tento soud se skládal z jednoho soudce jmenovaného maďarskou stranou, z jednoho soudce jmenovaného československou stranou, dále pak ze dvou soudců, které delegoval Stálý dvůr mezinárodní spravedlnosti, a z jednoho ve shodě jmenovaného předsedy.<sup>4</sup>

Fodor nebyl jediný, kdo se v této záležitosti obrátil na soud; rozhodčí soud se musel zabývat celou řadou podobných případů. Mimo jiné se k němu obrátilo několik dědiců, kteří protestovali proti konfiskaci jimi nárokováného dědictví v hodnotě více než 30 000 korun v kdysi uherském městě Eperjes, nyní Prešov v Československu. I zde spočíval problém v tom, že někteří dědicové se pro maďarské státní občanství rozhodli teprve až po konfiskaci. Podle právního názoru Československa byli proto – tak jako Wilhelm Fodor – v okamžiku konfiskace československými státními příslušníky. Článek 250 Trianonské smlouvy na ně tudíž nebylo možné aplikovat a československo-maďarský rozhodčí soud nebyl kompetentní v této věci rozhodovat.<sup>5</sup>

Československý zástupce před tímto rozhodčím soudem proto dne 2. ledna 1928 vznesl námitku proti kompetenci soudu a odůvodnil své stanovisko celou řadou posudků. Konkrétně se jednalo o tři memoranda, která vypracovali francouzští odborníci na mezinárodní právo Jules Basdevant a Gaston Jeze společně s řeckým diplomatem Nicola(o)sem Politisem a ve kterých se především vyjadřovali k jiným posudkům, které byly předtím vypracovány na pokyn maďarské vlády, mimo jiné také k posudku Kelsenova žáka Josefa Laurenze Kunze.<sup>6</sup> Žádost československého zástupce byla doplněna o „Po-

<sup>2</sup> Trianonská smlouva ze dne 4. 6. 1920, Sbírka zákonů a vyhlášení Československého státu (dále jen: Sb.) 1922/102.

<sup>3</sup> Tato ustanovení jsou prakticky stejného znění jako ustanovení článků 70 a 78 Saint-germainské smlouvy ze dne 10. 9. 1919, Staatsgesetzblatt für die Republik Österreich (dále jen: StGBI) 1920/303. K právu opce srov. podrobně KUNZ, J. L.: *Die völkerrechtliche Option II*. Breslau, 1928.

<sup>4</sup> Soudní řád československo-maďarského rozhodčího soudu ze dne 6. 11. 1922 Sb. 413, se změnami Sb. 1925/11, Sb. 1925/74 a Sb. 1931/118. Též publikováno v PCIJ, Series C, No. 68 (1933), s. 228–238.

<sup>5</sup> PCIJ, Series C, No. 68 (1933), s. 30 a násl. Trianonská smlouva neobsahovala žádné ustanovení o tom, který stát by měl rozhodovat o platnosti využití práva opce; srov. KRAMER, A.: *Die Staatsangehörigkeit der Altösterreicher und Ungarn nach den Friedensverträgen*. Wien, 1926, s. 44.

<sup>6</sup> A sice posudek ke článku 250 Trianonské smlouvy ze dne 9. 4. 1927, posudek k československé národnosti ze dne 16. 2. 1927 a nedatovaný posudek o dopadech založení státu: PCIJ, Series C, No. 68 (1933),

sudek k otázce vzniku československého státu a československého státního občanství“ od Hanse Kelsena<sup>7</sup> ze dne 1. listopadu 1927.

## II. KELSENŮV POSUDEK

Jak už je pro Kelsena typické, předchází jeho řešení hmatatelného právního problému téměř stejně dlouhý úvod z oblasti teorie práva. Způsob, jakým Kelsen svůj posudek vypracoval, mohl samozřejmě pramenit také ze skutečnosti, že Kelsen v této době ještě není odborníkem na mezinárodní právo v pravém slova smyslu. Jak sám později píše,<sup>8</sup> do roku 1930, kdy začal přednášet na katedře mezinárodního práva v Kolíně a později, v roce 1936 v Praze,<sup>9</sup> se pozitivním mezinárodním právem téměř nezabýval. Jeho silnou stránkou byla právě oblast teorie práva, v níž se díky své monografii „Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts“ (*Problém suverenity a teorie mezinárodního práva*, pozn. překl.) z roku 1920 stal průkopníkem.<sup>10</sup> Kelsenovy úvahy z teorie práva jsou v jeho posudku z roku 1927 proto z převážné části shrnutím tezí z jeho knihy, na kterou také opakovaně odkazuje. Jinak než ve své knize se ovšem vyhýbá jakékoliv polemice a pokouší se přesvědčit i ty čtenáře, kteří nesdílejí všechny jeho teoretické názory, že konečný výsledek je správný.<sup>11</sup>

### A. VZNIK STÁTU A STÁTNÍ ÚZEMÍ ČSR

V první části se Kelsen zabývá otázkou, za jakých podmínek může vůbec vzniknout stát, a na úvod konstatuje, že se jedná o otázku, která může být zodpovězena pouze na základě pozitivního mezinárodního práva.<sup>12</sup> Již toto je pozoruhodné zjištění,

---

s. 39–71. Maďarskou stranou předložené posudky neexistují v tištěné podobě, jejich obsah lze pouze nepřímou vydedukovat. Basdevant se později (1949–1952) stal předsedou Mezinárodního soudního dvora; Jeze se v roce 1929 stal členem vydavatelského grémia časopisu „Internationale Zeitschrift für Theorie des Rechts“ (*Mezinárodní časopis pro teorii práva*, pozn. překl.) založeného Kelsenem společně s Františkem Weyrem.

<sup>7</sup> PCIJ, Series C, No. 68 (1933), s. 71–102. Posudek byl vydán také jako samostatný výtisk (Praha 1927) a byl i přeložen do francouzštiny (KELSEN, H.: La naissance de l'Etat et la formation de sa nationalité. Les principes: leur application au cas de la Tchécoslovaquie. *Revue de droit international*, č. 3/1929, s. 613–641); z důvodu snazší přístupnosti po zveřejnění je (jako KELSEN, H.: *Posudek*) následně citován v oficiálních dokumentech Stálého dvora mezinárodní spravedlnosti.

<sup>8</sup> KELSEN, H.: *Autobiographie*. Typoskript, Berkeley, 1947, s. 35. In JESTAEDT, M. (ed.): *Hans Kelsen Werke I*. Tübingen, 2007, s. 77.

<sup>9</sup> K tomu OLECHOWSKI, T. – BUSCH, J.: Hans Kelsen als Professor an der Deutschen Universität Prag. Biographische Aspekte der Kelsen-Sander-Kontroverse. In MALÝ, K. – SOUKUP, L. (eds.): *Československé právo a právní věda v meziválečném období 1918–1938 a jejich místo v Evropě*. Praha, 2010, s. 1106–1134.

<sup>10</sup> Viz ocenění tohoto díla SILVERMAN, P.: Souveränität als Voraussetzung juristischen Denkens und als Kristallisationspunkt politischer Selbstbindung. In JESTAEDT, M. (ed.): *Hans Kelsen Werke IV*. Tübingen, 2013, s. 249–262.

<sup>11</sup> Na tomto místě je nutné poukázat na skutečnost, že Kelsen byl krátce předtím požádán ještě v jednom případě o posudek ohledně otázek státního občanství, a sice ve zvláštním případě knížete Alberta von Thurn und Taxis: KELSEN, H.: *Gutachten zur Frage der österreichischen Staatsbürgerschaft des Fürsten Thurn und Taxis*. Zagreb, 1924. Tento případ se však nijak nepodobá autorem zkoumanému případu.

<sup>12</sup> KELSEN, H.: *Posudek*, s. 71. Srov. také KELSEN, H.: *Principles of International Law*. New York, 1952, ND Clark, 2003, s. 258.

neboť implicitně vychází z primátu mezinárodního práva nad právem ústavním. Jak známo, uznává Kelsen z hlediska teorie práva obě možnosti – primát mezinárodního práva i primát ústavního práva – jako rovnocenné a pouze z ideologicky pacifistických důvodů náznakem favorizuje primát práva mezinárodního.<sup>13</sup> Tím se nachází v rozporu s Verdrossem, který považuje za možný pouze primát práva mezinárodního, v neposlední řadě také proto, že teorie o primátu ústavního práva není schopna vysvětlit všechny právní otázky, jako například onu ohledně vzniku státu.<sup>14</sup> V předmětném posudku sleduje tedy Kelsen linii Verdrossovu, neboť i on cituje a prohlašuje, že pokus vysvětlit založení státu na základě primátu ústavního práva je „petitio principii“.<sup>15</sup>

Vezmeme-li ovšem jako referenční rámec mezinárodní právo, nalezneme zde větu z oblasti obyčejového práva, podle níž „stát vzniká, když jsou dány tři jeho prvky: území, národ a státní moc“.<sup>16</sup> Protože Kelsen, jak známo, zastával názor, že stát je identický se svým právním řádem, korigoval tuto větu v tom smyslu, že stát je považován za „vzniklý, když se vytvoří relativně suverénní, to znamená pouze mezinárodním právnímu řádu podřízený nucený řád, který bude účinný v určité teritoriální a personální oblasti působnosti“.<sup>17</sup> Národ státu je v této souvislosti tedy ona „personální“ oblast působnosti, území státu ona „teritoriální“. K oběmu se bude nutné ještě vrátit. Prozatím jde ale Kelsenovi o to, aby popsal prvek „účinnost“: Státní řád bude účinný tehdy, když se jím poddaní budou řídit; jestli ho tím „uznávají“ či nikoliv, považuje za pouhou terminologickou, nepodstatnou otázku. Začátek procesu nabývání účinnosti může také nastoupit nejprve postupně, především hranice nového státu nemohou na začátku ještě existovat. V každém případě je však moment efektivity faktem, na který bezprostředně navazují právní důsledky. A aby nový stát mohl existovat také z právního hlediska, není nutné uznání ze strany již existujících států.<sup>18</sup> Stát, protože je identický se svým právním řádem, nemůže tedy nikdy existovat jinak než z právního hlediska; „de facto stát“, jak je předpokládán určitými odvětvími nauky o mezinárodním právu, je z hlediska

<sup>13</sup> KELSEN, H.: *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts. Beitrag zu einer reinen Rechtslehre*. Tübingen, 1920, s. 314 a násl. In JESTAEDT, M. (ed.): *Hans Kelsen Werke IV*. Tübingen, 2013, s. 567 a násl.; KELSEN, H.: *Allgemeine Staatslehre*. 1925, ND Wien 1993, s. 128; KELSEN, H.: *Principles of International Law*. New York, 1952, ND Clark, 2003, s. 438.

<sup>14</sup> VERDROSS, A.: *Die Einheit des rechtlichen Weltbildes auf Grundlage der Völkerrechtsverfassung*. Tübingen, 1923, s. 76–86; VERDROSS, A.: *Die Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft*. Wien, 1926, s. 18. Viz k tomu BERNSTORFF, J. G., VON: Kelsen und das Völkerrecht: Rekonstruktion einer völkerrechtlichen Berufsethik, s. 160. In WALTER, R. – JABLONER, C. – ZELENÝ, K. (ed.): *Hans Kelsen und das Völkerrecht*. Schriftenreihe des Hans Kelsen-Instituts 26. Wien, 2004, s. 143–167; WALTER, R.: Die Rechtslehren von Kelsen und Verdross unter besonderer Berücksichtigung des Völkerrechts, s. 50. In WALTER, R. – JABLONER, C. – ZELENÝ, K. (ed.): Op. cit., s. 37–49.

<sup>15</sup> KELSEN, H.: *Posudek*, s. 71. Srov. také KUNZ, J. L.: Op. cit., s. 110, který řešení otázek státního občanství považuje za možné pouze na základě právně historické „hypotézy primátu mezinárodního práva“.

<sup>16</sup> KELSEN, H.: *Posudek*, s. 72.

<sup>17</sup> KELSEN, H.: *Posudek*, s. 72. Cituje v této souvislosti VERDROSS, A.: Op. cit., s. 125 a násl.

<sup>18</sup> V KELSEN, H.: *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts. Beitrag zu einer reinen Rechtslehre*. Tübingen, 1920, s. 229 a násl. In JESTAEDT, M. (ed.), *Hans Kelsen Werke IV*. Tübingen, 2013, s. 448 a násl. sice Kelsen prohlašuje, že za předpokladu primátu mezinárodního práva je uznání nového státu zásadní. Není tím však myšleno uznání prostřednictvím souhlasných aktů vůle starých států. Uznání spíše probíhá „obecně, postupně prostřednictvím právního ustanovení mezinárodního práva [...], které stanovuje, za jakých podmínek stát jako takový z hlediska mezinárodního práva [...] existuje.“ Souhlasně KUNZ, J. L.: Op. cit., s. 111.



ryzí nauky právní věci nemožnou.<sup>19</sup> Taktéž není možné, aby nový stát vznikl tím, že s ním bude uzavřena nějaká smlouva: Vždyť s kým bychom chtěli takovou smlouvu podepsat, když ne se zástupci již existujícího státu?<sup>20</sup>

Kelsen se tímto – aniž by to přímo vyslovil – připojuje ke klíčovému rozhodnutí československého Nejvyššího správního soudu ze dne 16. října 1919, podle něhož stát může, dokonce musí vzniknout již předtím, než bude mezinárodně uznán;<sup>21</sup> Kelsen přirostřuje a upřesňuje tento názor ale ještě v tom smyslu, že mezinárodnímu uznání odebírá veškerý konstitutivní účinek, zatímco Nejvyšší správní soud vychází ještě z toho, že stát se tímto aktem stává „osobou mezinárodního práva“, a tudíž očividně rozlišuje mezi vnitrostátní a mezinárodní právní subjektivitou – což by bylo z hlediska ryzí nauky právní absurdní.<sup>22</sup>

Kelsen ve svém posudku upozorňuje, že je nutné rozlišovat několik různých druhů vzniku státu: Pokud mají starý a nový stát přesně tutéž personální a teritoriální oblast působnosti a k moci přišla cestou revoluce nová vláda, pak je starý stát identický se státem novým.<sup>23</sup> – Tímto Kelsen přejímá panující terminologii mezinárodního práva; tato samozřejmě není z hlediska ryzí nauky právní účelná, logičtější by bylo hovořit o univerzálním právním nástupnictví nového státu.<sup>24</sup> Tento terminologický problém je však v konečném důsledku druhořadý. Důležitější je, že Kelsen tento případ odlišuje od případu, kdy se stát rozpadne na několik jiných, malých států a neexistuje žádná kontinuita. Zde existují zvláštní mezinárodněprávní normy pro následnictví ohledně práv a povinností zaniklého státu, které však Kelsen v rámci svého posudku blíže nezmiňuje.

Kelsen spíše zkoumá pouze ta fakta, která vedla ke vzniku Československa:<sup>25</sup> Zřízení Československé národní rady v Paříži, kterou v průběhu roku 1918 uznalo několik spojeneckých mocností, jakož i ustanovení exilové vlády dne 14. října Kelsen považuje za akty „nejvyššího politického významu“, které však přece jen z právního hlediska k založení Československa nevedly. K založení došlo spíše zákonem ze dne 28. října 1918 o založení samostatného československého státu.<sup>26</sup> Kelsen tento zákon označuje

<sup>19</sup> KUNZ, J. L.: Op. cit., s. 112.

<sup>20</sup> KELSEN, H.: *Posudek*, s. 75 a násl. Explicitně zde odkazuje na KELSEN, H.: *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts. Beitrag zu einer reinen Rechtslehre*. Tübingen, 1920, s. 228 a násl. In JESTAEDT, M. (ed.), *Hans Kelsen Werke IV*. Tübingen, 2013, s. 487 a násl., kde je o problému uznání nových států podrobně pojednáno.

<sup>21</sup> HILLGRUBER, Ch.: *Die Aufnahme neuer Staaten in die Völkerrechtsgemeinschaft. Das völkerrechtliche Institut der Anerkennung von Neustaaten in der Praxis des 19. und 20. Jahrhunderts*. Kölner Schriften zu Recht und Staat 6, Frankfurt a. M., 1998, s. 203 a násl.

<sup>22</sup> Srov. především KELSEN, H.: *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts. Beitrag zu einer reinen Rechtslehre*. Tübingen, 1920, s. 123. In JESTAEDT, M. (ed.): *Hans Kelsen Werke IV*. Tübingen, 2013 s. 385.

<sup>23</sup> Podrobně k tomu tamtéž – *Souveränität* s. 238–240; *HKW IV*, s. 495–497.

<sup>24</sup> To proto, že se jeví jako nelogické, když jsou dva (z hlediska ústavního práva) různé státy z hlediska práva mezinárodního identické, tedy vlastně jsou opět pouze jedním státem. Srov. MERKL, A.: *Das Problem der Rechtskontinuität und die Forderung des einheitlichen rechtlichen Weltbildes. Zeitschrift für öffentliches Recht*, sv. 5, 1926, s. 524 a OLECHOWSKI, T.: *Kelsens Debellatio-These. Rechtshistorische und rechtstheoretische Überlegungen zur Kontinuität von Staaten*. In JABLONER, C. u.a. (ed.): *Gedenkschrift Robert Walter*, Wien, 2013, s. 550 a násl.

<sup>25</sup> KELSEN, K.: *Posudek*, s. 82 a násl.

<sup>26</sup> Zákon o vytvoření samostatného československého státu, Sb. 1918/11. Toto odpovídalo názoru panujícímu v ČSR; srov. především Basdevant, Jeze a Politis v jejich posudcích: PCIJ, Series C, No. 68 (1933),

za „první ústavu nového státu“, neboť tímto byla pro stát především ustanovena vláda a prostřednictvím přechodu práva byl také obnoven „materiální právní řád“. Kelsen zde argumentuje podobně, jak již učinil před devíti lety v posudku k mezinárodněprávnímu postavení Německého Rakouska:<sup>27</sup> Dne 30. října 1918, dva dny po založení Československa, přijalo také Provizorní národní shromáždění Německého Rakouska usnesení, kterým byla především ustanovena vláda, a došlo k převodu dosavadního práva.<sup>28</sup> Již tehdy prohlásil Kelsen toto usnesení za ústavu, díky které revolučním způsobem vznikl nový stát Německé Rakousko. A již tehdy Kelsen zdůrazňoval, že stát Německé Rakousko vznikl stejným způsobem jako dva dny předtím Československo.<sup>29</sup> Tento názor se však v roce 1919 při mírových jednáních v St. Germain nemohl prosadit, zde bylo na Německé Rakousko pohlíženo spíše jako na právního nástupce rakouského císařství, tak jako bylo Maďarsko po roce 1918 považováno za identické s Uherskem před rokem 1918.<sup>30</sup>

Obzvláště důkladně zkoumá Kelsen ve svém posudku z roku 1927 otázku území státu, neboli, jeho terminologií, otázku teritoriální oblasti působnosti, kterou československý právní řád na počátku měl. Z celé řady dokumentů, jako například z Pittsburské dohody uzavřené mezi českými a slovenskými exilovými organizacemi, především ale také z textu samotného manifestu z 28. října 1918, který byl adresován „čechoslováckému národu“, vyvozuje Kelsen, že od samého počátku bylo záměrem, že nový stát má zahrnovat nejen historické rakouské korunní země Čechy, Moravu a Slezsko, ale také Slovensko, tzn. „Slováky obývané území Uherska“. Ale právě i zde nezáleží „jen na záměru zřídit nový řád [...], nýbrž na jeho účinnosti“.<sup>31</sup> Faktické převzetí moci probíhalo obtížněji na Slovensku (a na Zakarpatské Rusi) než v zemích koruny české.<sup>32</sup> V prosinci roku 1918 Československo maďarské vládě blížě upřesnilo území, které si nárokovalo,

---

s. 55 a WEYR, F.: Das Verfassungsrecht der Tschechoslowakischen Republik. *Zeitschrift für öffentliches Recht*, zör. 2, 1921; ADAMOVICH, L.: *Grundriss des tschechoslowakischen Staatsrechtes*. Wien, 1929; KRAMER, A.: Op. cit., s. 32. Srov. také HILLGRUBER, CH.: Op. cit., s. 196, který na základě aktu ze dne 28. 10. 1918 zdůrazňuje, že ČSR měla ještě „před vykonáváním efektivní vlády na územích, která si nový stát nárokoval, omezené mezinárodní právní postavení“.

<sup>27</sup> Tento posudek byl m. j. vydán v KELSEN, H.: *Verfassungsgesetze der Republik Deutschösterreich I*. Wien–Leipzig, 1919, s. 37–40. ND: In JESTAEDT, M. (ed.): *Hans Kelsen Werke V*. Tübingen, 2011, s. 61–64.

<sup>28</sup> Usnesení Provizorního národního shromáždění Německého Rakouska ze dne 30. 10. 1918 StGBI. 1 o zásadním zřízení státní moci, srov. § 1, § 16.

<sup>29</sup> KELSEN, H.: *Die Verfassungsgesetze der Republik Deutschösterreich I*. Wien–Leipzig, 1919, s. 38. In JESTAEDT, M. (ed.): *Hans Kelsen Werke V*. Tübingen, 2011, s. 61.

<sup>30</sup> K tomu HILLGRUBER, CH.: Op. cit., s. 290–296 a 301.

<sup>31</sup> KELSEN, H.: *Posudek*, s. 86.

<sup>32</sup> Kelsen na tomto místě nemusí líčit osud německy mluvícího obyvatelstva v českých zemích: Toto sice nejprve na základě práva národů na sebeurčení založilo země „Německé Čechy“ a „Sudetsko“, které proklamovaly své připojení k Německému Rakousku, ovšem ČSR tato území anektovala ještě v průběhu roku 1918, proti čemuž Německé Rakousko pouze slavnostně protestovalo, vojenský odpor klást nemohlo; srov. německorakouský zákon ze dne 12. 3. 1919 StGBI. 175 o okupovaném státním území a jeho komentář od Kelsena – KELSEN, H.: *Die Verfassungsgesetze der Republik Deutschösterreich III*. Wien – Leipzig, 1919, s. 20. In JESTAEDT, M. (ed.): *Hans Kelsen Werke V*. Tübingen, 2011, s. 354; SWANSON, J. C.: *The Remnants of the Habsburg Monarchy: The Shaping of Modern Austria and Hungary, 1918–1922*. New York, 2001, s. 30 a násl.; PERMAN, D.: *The Shaping of the Czechoslovak State. Diplomatic History of the Boundaries of Czechoslovakia, 1914–1920*. Leiden, 1962, s. 183 a násl.

mj. měl být Dunaj až po soutok s Ipel'em stanoven jako hranice, takže také Ipolské Šiahy a samozřejmě i daleko za touto hranicí ležící Prešov měly patřit k Československu. „Za tuto hranici se“ dle Kelsena již koncem ledna „ozbrojená moc Maďarska skutečně stáhla. [...] Na začátku února 1919 [se nacházelo] celé Slovensko s Bratislavou a Košicemi pod československou svrchovaností.“<sup>33</sup>

Kelsen tímto skutečné, proměnlivé válečné dění let 1918/19 značně zkracuje a líčí získání Slovenska z hlediska, kterým silně podporuje oficiální stanovisko Československa<sup>34</sup>, přičemž maďarští historikové, ale nejen oni, celý průběh líčí mnohem diferencovaněji.<sup>35</sup> Co se především oněch dvou na začátku jmenovaných měst, Ipolských Šiah a Prešova, týče, bylo již výše poukázáno na skutečnost, že Ipolské Šiahy byly Československem anektovány teprve v květnu 1919 – a v Prešově byla 16. června 1919 vyhlášena „Slovenská republika rad“, která se udržela necelé čtyři týdny, než se československým jednotkám podařilo toto území definitivně dobýt.<sup>36</sup> Nesporným však zůstává, že Československo toto území, které mu bylo roku 1920 Trianonskou smlouvou přičteno<sup>37</sup>, minimálně v této době již několik měsíců efektivně ovládalo, a pouze tato skutečnost je očividně pro Kelsena rozhodující.

Při vyjednáváních o Trianonské smlouvě, jako vlastně při pařížských mírových jednáních vůbec, vystupovalo Československo každopádně jako „právní subjekt oprávněný uzavírat smlouvy“;<sup>38</sup> Kelsen z toho nutně vyvozuje, že Československo k tomuto okamžiku již existovalo, což by bylo nemožné, kdyby mělo své území, tedy konstitutivní státní prvek, získat teprve na základě Saint-germainské a Trianonské smlouvy.<sup>39</sup> Sice je správné, že se Rakousko v článku 54 Saint-germainské smlouvy a Maďarsko v článku 49 Trianonské smlouvy vzdaly veškerých práv a nároků na území za svými příslušnými hranicemi s Československem. Avšak právě co se Rakouska týče, prohlašuje Kelsen, že většinu tohoto území si Rakouská republika nikdy nenárokovala, proto se Rakousko těchto území ani nemohlo vzdát. Z tohoto důvodu se Saint-germainská smlouva zakládá na dvojité fikci: Nejen, že na Rakouskou republiku nahlíží jako „na identickou se starou monarchií Rakouska“, nýbrž také předstírá, že Rakouská republika postupuje ČSR území, která si sama nikdy nenárokovala (na rozdíl od „staré monarchie“).<sup>40</sup> V Maďarsku byla sice situace potud jiná, protože se zde obecně, také z maďarské strany předpoklá-

<sup>33</sup> KELSEN, H.: *Posudek*, s. 89.

<sup>34</sup> Srov. např. ADAMOVIČ, L.: Op. cit., s. 17 a násl. a 34, podle něhož ČSR „tato území skutečně převzala do své správy již od listopadu 1918“.

<sup>35</sup> Srov. např. ROMSICS, I.: *The Dismantling of Historic Hungary: The Peace Treaty of Trianon, 1920*. New York 2002, s. 67 a násl., ale také např. Američan SWANSON, J. C.: Op. cit., s. 62 a násl., nebo Slovák HRONSKÝ, M.: *The Struggle for Slovakia and the Treaty of Trianon 1918–1920*. Bratislava, 2001, s. 131 a násl.

<sup>36</sup> ROMSICS, I.: *Hungary in the Twentieth Century*. Budapest, 1999, s. 106; STEINER, Z.: *The Lights that failed. European International History 1919–1933*. Oxford, 2005, s. 94.

<sup>37</sup> K jednáním ohledně sporného území srov. PERMAN, D.: Op. cit., s. 222.

<sup>38</sup> Trianonskou smlouvu, v níž je ČSR uváděna jako jedna ze „spojených i sdružených mocností“, podepsali československý ministr zahraničí Edvard Beneš a vyslanec Štefan Osuský, dne 28. 1. 1921 ji schválilo československé Národní shromáždění a dne 19. 3. 1921 ji ratifikoval prezident Tomáš G. Masaryk.

<sup>39</sup> Na mírové konferenci v Paříži byl tento bod sporný: Zatímco Francie vycházela z toho, že ČSR již existuje, zastávaly USA názor, že ČSR bude jako nový stát uznána teprve v rámci mírových jednání: HILLGRUBER, CH.: Op. cit., s. 197 a násl.

<sup>40</sup> KELSEN, H.: *Posudek*, s. 92.

dala identita starého s novým státem.<sup>41</sup> Ale ani Maďarsko nemohlo zmiňovaná území Československu postoupit, protože je v okamžiku podpisu smlouvy již nevlastnilo, nebo je nevlastnilo ani nikdy předtím.

Můžeme tedy shrnout, že ČSR již delší dobu před uzavřením Trianonské smlouvy ono území, které si nárokovala, také fakticky vlastnila, tedy suverénně ovládala. Kelsenova expertiza tedy plně odkazovala na otázku efektivity československé, resp. maďarské vlády nad spornými územími; Rub v této souvislosti správně konstatoval, že Kelsen tímto efektivní dění přímo vyzdvihuje na úroveň zdroje mezinárodního práva.<sup>42</sup> Kelsen se tímto staví nejen do opozice vůči názorům maďarských právníků (kteří z pochopitelných důvodů zastávají jiný názor<sup>43</sup>), ale také vůči názoru svého vlastního žáka, odborníka na mezinárodní právo, Josefa Kunze, podle nichž ČSR sporná území nejprve pouze okupovala, avšak teprve po vstoupení Trianonské smlouvy v platnost nad těmito územími nabyla svrchovanost.<sup>44</sup>

## B. STÁTNÍ OBČANSTVÍ ČSR

V Kelsenově posuzování důkazů je tímto však učiněn pouze první krok. V druhé, výrazně kratší části se zabývá právem na státní občanství a nejprve opět formuluje právní povahu tohoto.<sup>45</sup> Stát sice nemůže existovat bez „poddaných“, tzn. bez lidí, kteří jsou podrobeni jeho právnímu řádu, může ale existovat bez státních příslušníků: neboť do jakých kategorií stát tyto poddané rozdělí, je věcí daného státu. Jsou to akty z oblasti pozitivního práva, které upravují nabytí a odnětí státního občanství, a to i v případě, kdy k nabytí státního občanství nově vzniklého státu dochází poprvé. Učinil-li tyto akty suverénní stát, musejí být považovány „za platné a závazné i z hlediska mezinárodního práva“.<sup>46</sup>

Co se Československa týče, převzalo všeobecnou recepční klauzuli v § 2 zákona ze dne 28. října 1918 pouze pravidla pro nabytí a odnětí státního občanství; neexistovala však žádná pravidla pro to, kdo vůbec československým státním příslušníkem je. Toto bylo upraveno teprve ústavním zákonem ze dne 9. dubna 1920<sup>47</sup>, a to se zpětnou účinností. Dle tohoto zákona byly osoby, které měly nejpozději 1. ledna 1910 domovské právo v nějaké obci na území budoucího Československa, od 28. října 1918 státními příslušníky Československa. Protože ČSR v roce 1920 již existovala, byla dle Kelsenova názoru k takovému kroku oprávněna.

<sup>41</sup> KUNZ, J. L.: Op. cit., s. 119. Právě tomuto bodu odporoval oficiální jazykový úzus ČSR, který rozlišoval „Uhersko“ (před 1918) a „Maďarsko“ (po 1918).

<sup>42</sup> RUB, A.: *Hans Kelsens Völkerrechtslehre. Versuch einer Würdigung*. Wien – Zürich, 1995, s. 333.

<sup>43</sup> Srov. BUZA, L.: Die Entstehung der ČSR im Lichte des Völkerrechts. *Zeitschrift für Völkerrecht*, sv. 13, 1924, a především právníci Barthélemy a Gidel citovaní v posudcích Basdevanta, Jeze a Politise, kteří vycházeli z toho, že Slovensko bylo ČSR postoupeno teprve „cesi“ ze dne 26. 7. 1921, zatímco Basdevant, Jeze a Politis zastávali názor, že ČSR vznikla aktem „osvobození“ a své území nabyla již v roce 1918: PCIJ, Series C, No. 68 (1933), s. 51 a násled.

<sup>44</sup> Především, ale také KUNZ, J. L.: Op. cit., s. 118. Podle toho se okupace sice mohla opírat o dohodu o příměří, nikoli však následná prohlášení ČSR, která tímto porušovala mezinárodní právo.

<sup>45</sup> KELSEN, H.: *Posudek*, s. 95 a násled.

<sup>46</sup> Tamtéž, s. 97.

<sup>47</sup> Srov. 1920/236; srov. k tomu ADAMOVICH, L.: Op. cit., s. 46–49.

Článek 61<sup>48</sup> Trianonské smlouvy odporuje dle Kelsena výše uvedenému pouze zdánlivě; podle této smlouvy vykonávají osoby „ipso facto“ státní občanství toho státu, který na území příslušné domovské obce vykonává svrchovanost. Datum v tomto článku 61 uvedeno není, takže může být chápán tak, že potvrzuje ustanovení československého zákona, tedy že taktéž platí zpětně. I zde vidí Kelsen paralelu k Rakousku, zvláště když článek 70 Saint-germainské smlouvy obsahuje ustanovení téhož znění a ti občané, kteří měli předtím německorakouské státní občanství, se dle tohoto článku 70 stali československými státními občany a německorakouské státní občanství se zpětnou účinností pozbyli.<sup>49</sup> Kdybychom článek 61 Trianonské smlouvy opravdu vykládali tak, že všichni Slováci pozbyli uherské státní občanství teprve až tímto ustanovením, bylo by to mimo jiné v rozporu se smlouvou na ochranu národnostních menšin, kterou ČSR ještě předtím se Spojenci podepsala a v níž smluvní strany vycházely z existence československých státních příslušníků.<sup>50</sup>

Celkově tedy Kelsen dochází k tomuto závěru: „Nejen ty osoby, které nejpozději do 1. ledna 1910 nabyly domovské právo na území Čech, Moravy a Slezska, ale také na území Slovenska, jsou dle předpisů československého ústavního zákona ze dne 9. dubna 1920, které nijak neodporují všeobecnému mezinárodnímu právu a ustanovením Trianonské smlouvy, československými státními příslušníky. Ti z nich, kteří na základě článku 63 Trianonské smlouvy měli právo opce, byli až do okamžiku účinnosti prohlášení o opci československými státními příslušníky.“<sup>51</sup>

I v tomto bodě se Kelsen odklání od Kunzova názoru, který vychází z toho, že osoby, které měly domovské právo na Slovensku, nabyly československé státní občanství až při vstupu smlouvy v platnost (26. července 1921). Tento předpoklad by podle Kunze platil i tehdy, kdyby byla anexe Slovenska zákonná již před vstupem Trianonské smlouvy v platnost; v tomto případě vytváří smlouva „fikci“, kterou jsou vázány především rozhodčí soudy, jež byly na základě této smlouvy založeny.

### III. ÚČINEK A VÝZNAM POSUDKU

Výše uvedeným se dotýkáme praktického významu Kelsenova posudku. Svou expertizou podpořil postoj československé vlády, podle něhož osoby, které podaly žalobu před rozhočím soudem, byly v okamžiku jejich újmy na majetku československými státními příslušníky, teprve po vykonání práva opce tohoto státního občanství

<sup>48</sup> V KELSEN, H.: *Posudek*, s. 99, mylně označován za „§ 6“.

<sup>49</sup> Na základě německorakouského zákona ze dne 5. 12. 1918 StGBI. 91 získala státní občanství Německého Rakouska celá řada osob, které bydlely na územích, která si sice Německé Rakousko nárokovalo, efektivně je však ovládala ČSR. Na základě Saint-germainské smlouvy bylo těmto osobám, jak uvádí KELSEN, H.: *Posudek*, s. 99, německorakouské státní občanství se zpětnou účinností odňato.

<sup>50</sup> Míněna je smlouva na ochranu národnostních a náboženských menšin, Sb. 1921/508, která byla dne 10. 9. 1919 uzavřena v St. Germain (tedy v tentýž den a na tomtéž místě jako smlouva s Rakouskem) mezi čelními mocnostmi spojenými i sdruženými na straně jedné a ČSR na straně druhé.

<sup>51</sup> KELSEN, H.: *Posudek*, s. 102. Jeho výsledek tedy odpovídá výsledku, k němuž ve svém posudku došli Basdevant, Jeze a Politis: PCIJ, Series C, No. 68 (1933) 66, kteří především odmítají, že by opce mohla mít zpětnou účinnost („rétroactif“). Také KRAMER, A.: Op. cit., s. 45, míní, že opce je účinná (teprve) okamžikem prohlášení opce.

pozbyly a nabyly maďarské státní občanství. Proto se nemohly odvolávat na ochrannou klauzuli článku 250 Trianonské smlouvy a ani se nemohly obrátit na československo-maďarský rozhodčí soud.

Československo-maďarský rozhodčí soud se ke Kelsenovu názoru nepřiklonil. Dne 21. prosince 1931 vydal dva mezitímní rozsudky (*arrêtes interlocutoires*), v nichž konstatoval, že optanti si své maďarské státní občanství „uchovali“ („conservé“), protože je rozhodčí soud v obou případech oprávněn učinit meritorní rozhodnutí.<sup>52</sup>

Československá vláda proti tomuto rozhodnutí vznesla 7. července 1932 námitku u Stálého mezinárodního soudního dvora v Den Haagu,<sup>53</sup> svou námitku však 8. dubna 1933 před ústním projednáváním z neznámých důvodů stáhla.<sup>54</sup> Bohužel se mi nepodařilo zrekonstruovat další osud procesních stran a především vysvětlit, proč vláda svou námitku stáhla.

Význam Kelsenova posudku však dalece přesahuje tyto jednotlivé případy: Na jedné straně ukazuje, jak se Kelsenovi podařilo ze svých obecně právně teoretických úvah vyvodit konkrétní závěry pro pozitivní právo. Přitom je pozoruhodné, že jak pro Rakousko v roce 1918, tak pro Československo v roce 1927 vypracoval vždy posudek, v němž bylo založení těchto dvou států znázorňováno ve značných paralelách. Skutečnost, že se v obou případech se svými názory neprosadil, jeho tezí na významu nijak neubírá.

Ao. Univ.-Prof. Dr. Thomas Olechowski  
Universität Wien, Institut für Rechts- und Verfassungsgeschichte  
thomas.olechowski@univie.ac.at

---

<sup>52</sup> PCIJ, Series C, No. 68 (1933), s. 29–32.

<sup>53</sup> Tamtéž, s. 9–29.

<sup>54</sup> Tamtéž, s. 278.

## PROFESOR HANS KELSEN V ARCHIVNÍCH DOKUMENTECH KARLOVY UNIVERZITY V PRAZE

KAREL MALÝ

**Abstract:** **Hans Kelsen in the Archival Documents of the Charles University in Prague**

On 31st of August 1935, Hans Kelsen was appointed as a professor of international law on the German University of Prague, following his persecution at the hands of the Nazi authorities. Even though he was widely respected and celebrated as a brilliant law-theorist and had many supporters among the Czech legal scholars, neither his academic work in Prague, nor his appointment were peaceful, as is witnessed by the documents stored in Charles University Archive. The idea for appointing Kelsen to the chair of the international law professor was first pitched by the Ministry for Education in 1933 and from the very beginning, it was met with strong protests from German press and authorities, as well as from several members of the collegium of professors. One of Kelsen's main opponents was Professor F. Sander, Kelsen's former pupil and friend, with whom Kelsen had a long-lasting academic (and later personal) conflict. When Kelsen's opponents failed to prevent his appointment, they used the nationally-oriented fractions to boycott his lectures and in 1938, Kelsen was forced to stop teaching for good. However, the documents regarding Kelsen's relatively brief stay in Prague show not only the negative side of academic rivalry, but also the admirable pains undertaken by Czech politicians and academics to help the persecuted academic.

**Keywords:** German University in Prague, Hans Kelsen's appointment, professor F. Sander, nazi persecution

**Klíčová slova:** Německá univerzita v Praze, jmenování Hanse Kelsena, profesor F. Sander, nacistická perzekuce

**DOI:** 10.14712/23366478.2017.18

Zvláštní a osudovou shodou okolností je život a práce Hanse Kelsena spojena s Prahou. V Praze se narodil a záhy po narození s rodiči přesídlil do Vídně, tehdejší metropole Rakousko-uherské monarchie, kde také vystudoval na tamní univerzitě a získal i profesorský titul.<sup>1</sup> Po mnoha letech pak jako univerzitní profesor univerzity v Kolíně nad Rýnem, jehož proslulost v oblasti právní teorie a práva mezinárodního, byla ve světě všeobecně uznávána, na radu svého pražského kolegy hledá v Praze azyl

<sup>1</sup> Srov. K tomu SCHAMBECK, H.: Hans Kelsen – Leben und Werk, gedanken zu seinen 40. Todestag, Gastvorlesung, gehalten am 19. April 2013 an der Karluniversität in Prag. In *The Lawyer Quarterly*, sv. 3, č. 4/2013, kde jsou také podrobně popsány životní osudy a akademická dráha Hanse Kelsena a zejména RÜTHERS, B.: *Entartetes Recht. Rechtslehren und Kronjuristen im Dritten Reich*. 2. Aufl. München: C. H. Beck, 1989 a též: *Ideologie und Recht im Systemwechsel*. München: C. H. Beck, 1992, zvl. s. 56–57. Autor udává, že právnické fakulty v Německu díky zákonu „o obnově úřednictva“ ze dne 7. dubna 1933 ztratily na 35 % svých učitelů – mezi nimi je právě H. Kelsen, H. Sinzheimer, W. Jellinek, H. Kronstein.



a ochranu před pronásledováním nacistickými říšskými úřady, hledá možnost svého dalšího učitelského i badatelského působení. Není pochyb, že Praha a tehdejší demokratické Československo se v tomto ohledu jevílo jako mimořádně vhodné útočiště, které ostatně využívala řada německých antifašistických intelektuálů. Vhodnou se jistě i jevíla pražská právnická fakulta Německé univerzity, s německým vyučovacím jazykem, na které působila řada bývalých rakouských právníků, pro které byl Hans Kelsen jistě znám a měl tu své přátele. Jak se však ukázalo, byli tu i nepřátelé, pro které byl představitelem odpůrců nacistické ideologie, muž pensionovaný říšskými orgány a nadto, jak se ukázalo, i osobní nesmiřitelný protivník. Dokumenty chované v pražském univerzitním archivu v oddílu právnické fakulty Německé univerzity pod názvem Verzeichniss der Personalakten Prof. Kelsen podávají pohled do dramatického zápasu o jmenování Hanse Kelsena profesorem pro obor práva mezinárodního. Soubor dokumentů, ze kterých vychází toto stručné sdělení, není však úplný a schází v něm některé podstatné doklady, týkající se sporu o Kelsena.

Je to ostatně pro tento archivní fond typické – chybí tam kupř. celý osobní spis profesora Weizsäckra. Nicméně soubor „kelsenovských materiálů“ je zachován od 7. 9. 1935 do 10. 1. 1939, tedy od jmenovacího dekretu profesora Kelsena až po referát profesora Weizsäckra, který podává zprávu o sdělení ministerstva, že Kelsen v důsledku své resignace na další působení na Německé univerzitě a protože hledá další existenci v Americe, nedostane další služné, resp. že mu byla povolena pro období studijního roku 1938–1939 neplacená dovolená.

Důvodem, proč se pražský rodák, profesor Hans Kelsen, vrátil do Prahy, jsou opatření, která pro židovské profesory a učence zahájil nacistický režim záhy po nástupu Adolfa Hitlera v Německu. Hans Kelsen, profesor vídeňské univerzity, jak známo opustil Vídeň a Rakousko po ukončení svého působení na rakouském ústavním soudu (1929) a přijal profesuru na kolínské univerzitě pro státní právo a právní filozofii a právo mezinárodní (1930). Během své učitelské činnosti na kolínské univerzitě přednášel také na Institut Universitaire de Hautes Etudes Internationales v Ženevě a na Akademie de Droit International v Haagu.

Okolnosti jeho zbavení profesury a reakce jeho kolínských kolegů byly již v literatuře dostatečně objasněny.<sup>2</sup> Za této situace mu byla pražským profesorem německé univerzity Franzem X. Weissem nabídnuta možnost působit na pražské právnické fakultě německé univerzity. Je rovněž dostatečně známo, že se tak stalo s výraznou podporou pražských politických kruhů, včetně prezidenta Tomáše G. Masaryka. Ostatně tato iniciativa odpovídala trvalé a soustavné pomoci československých demokratických sil německým demokratům, kteří u nás hledali azyl a ochranu před nacistickou perzekucí.

Osobnost profesora Hanse Kelsena a jeho nezpochybnitelná vědecká autorita se zdály jasnými důvody pro jeho povolání a není pochyb, že také ministerstvo školství vidělo v jeho jmenování rovněž významné posílení vědecké úrovně pražské německé právnické fakulty. Avšak tento návrh se setkal s odporem části profesorského sboru. Důvody tohoto odporu mohly být různé. Iniciativa k povolání Hanse Kelsena totiž ne-

---

<sup>2</sup> SCHAMBECK, H.: Op. cit., s. 530 prozrazuje, že Kelsenova volba pro Ženevu byla ovlivněna jeho znalostí francouzštiny



vzešla z fakulty či univerzity, ale z ministerstva školství, které dopisem náměstka ministra ze dne 24. dubna 1933 (AUK 1049/33) navrhuje jeho povolání pro stolicí práva mezinárodního při zachování možnosti realizovat ostatní návrhy na obsazení profesorských míst. Výslovně se tu konstatuje vědecký význam profesora Kelsena, „... který je všeobecně znám, takže návrh není třeba odůvodňovati dobrozdáním o jeho vědeckých pracích a didaktických schopnostech...“<sup>3</sup>

Profesor Weiczäcker, právní historik a tehdejší děkan fakulty, který byl znám svými sympatiemi a členstvím v henleinovské sudetoněmecké straně, připsal na tento dopis, že byl vyřízen na zasedání 16. a 18. května 1939.<sup>4</sup>

Na stejném zasedání byl zřejmě také tlumočen dopis rektora německé univerzity z 18. května 1933, ve kterém rektor sděluje obsah své rozmluvy s ministrem školství Dérerem, ve kterém byl ujištěn, že ministerstvo nechce v žádném případě vykonávat na fakultu nátlak ve věci jmenování Hanse Kelsena.<sup>5</sup> To se ostatně ukázalo jako prozíravé, protože, jak známo, proti povolání Kelsena byla zahájena tisková kampaň, zejména v německém říšském tisku s argumentací, že ministerský návrh je nátlakem na fakultu a ohrožením univerzitní autonomie.

Dalším a zřejmě klíčovým popudem či spíše záminkou proti jmenování Kelsena se pak stala iniciativa prof. Sandera, který měl s Kelsenem zásadní spor již od roku 1921, kdy uveřejnil kritickou studii ke Kelsenově právní teorii a kdy odpovědí Kelsenovou tento spor věcný a odborný přerostl v osobní.

Rozhodnutí o jmenování Hanse Kelsena se pak konalo na mimořádném zasedání profesorského kolegia právnické fakulty německé univerzity dne 8. června 1933. Protokol o zasedání uvádí, že se konalo ve 20,30 hod. za předsednictví tehdejšího děkana prof. Weizsäckra a členů kolegia profesorů Mayr-Hartinga, Peterky, San Nicolo, Schranila, Engländera, Sandera, Eg. Weisse, F. X. Weisse, Neunera, Foltina, Hoyer a zástupce docentů Worliczka.<sup>6</sup>

<sup>3</sup> Srov. AUK/1049/33, dopis náměstka ministra školství čj. 44.500/33-IV/3 ze dne 24. ledna 1933, věc: Praha, německá univerzita, fakulta právnická, obsazení stolicí mezinárodního práva „... Podle zpráv denních listů profesor právnické fakulty v Kolíně nad Rýnem dr. Jan Kelsen dostal dovolenou z úřadu učitelského. To přimělo pana ministra k úvaze, zda a jakým způsobem bylo by možno získati tohoto vynikajícího učenice pro německou univerzitu v Praze. Zdá se to býti tím spíše možné, jelikož není dosud vyřízen tamní návrh ze dne 23. ledna 1931, č. 99 na obsazení stolicí pro právo mezinárodní na tamní fakultě. Žádám proto za sdělením zda tamní fakulta jest ochotna navrhnouti Dra Kelsena pro stolicí práva mezinárodního, při čemž se podotýká, že návrh tento neznamenal by odvolání, nýbrž toliko rozšíření zmíněného již návrhu na obsazení její stolicí práva mezinárodního a neměl by nepříznivý vliv na ostatní již projednávané jmenovací návrhy.

Bylo by žádoucí, aby fakulta tento dotaz pokud možno co nejdříve zodpověděla, kterýžto požadavek jest usnadněn tím, že vědecký význam profesora Kelsena jest všeobecně znám, takže návrh není třeba odůvodňovati dobrozdáním o jeho vědeckých pracích a didaktických schopnostech jmenovaného.“

<sup>4</sup> Tamtéž, „Erledigt in den Sitzung vom 16. und 18. Mai 1933, 20/5/33 Weizsäcker.

<sup>5</sup> Srov. AUK, 1270/33, Der Rektor der Deutschen Universität in Prag, 15. Mai 1933 ... Ew. Spektabilität Sehr verehrter Herr Dekan.

Ich beehre mich mitzuteilen, dass bei der Unterredung, die ich vergangenen Freitag mit dem Herrn Minister Derer hatte, dieser mich ermächtigt hat, der Fakultät mitzuteilen, dass er in der Berufungsangelegenheit des Prof. Kelsen keinerlei wie immer gearteten Druck ausüben wolle und dass daher eine Beschlussfassung über seinen Antrag derzeit nicht aktuell zu sein braucht.

Das Nähere kann ich ja bei der Sitzung mündlich mitteilen. In kollegialer Hochschätzung...

<sup>6</sup> Srov. AUK, Abschrift. Protokoll über die ausserordentliche Sitzung des Professorenkollegiums der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät der Deutschen Universität am 8. Juni 1933

Referujícím byl prof. Rudolf Schranil jako předseda návrhové komise. Přednesl zprávu komise o rozšíření původního návrhu na znovuobsazení stolic práva mezinárodního, odvolal se na původní návrh z 23. ledna 1931, ve kterém byl na prvním místě navrhován prof. Karl Strupp a dr. Gustav Walz, soukromý docent univerzity v Maarburgu a dr. Walter Schätzel, soukromý docent univerzity v Kielu, v současnosti v Královci. Prof. Strupp na návrh rezignoval vzhledem ke svému jmenování na univerzitu ve Frankfurtu n. M.

Prof. Schranil konstatoval, že se mezitím vyskytla možnost jmenovat na uprázdněné místo prof. Hanse Kelsena.

Návrh na jmenování měl být předložen ministerstvu nejpozději do konce letního semestru 1932/1933. Ve svém zdůvodnění se prof. Schranil podrobně zabýval osobností prof. Kelsena, zdůraznil zejména jeho mezinárodní působení a členství v mezinárodních vědeckých společnostech, včetně jeho členství v Německé společnosti pro vědu a umění v Československé republice (AUK 3229/33).<sup>7</sup>

Proti tomuto návrhu vystoupil prof. Sander a přednesl protinávrh, jeho obsahem bylo, aby se fakulta obrátila na ministerstvo s tím, že odmítá zdržování jmenování a trvá na jeho urychlení a současně navrhl odložit projednání zprávy komise na počátek zimního semestru. O zprostředkující návrh se postaral prof. Engländer, který navrhl přijmout návrh na jmenování Kelsena s tím, že pokud nebude proti němu námitek, „... wenn keine Reassumierung Erfolgt...“ a nebude stažen, bude ihned předložen ministerstvu.<sup>8</sup>

Hlasování o obou návrzích skončilo tak, že byl přijat jen první návrh prof. Sandera aby ministerstvo nezdržovalo jmenování, ale druhý byl zamítnut 8 hlasy proti 4. Návrh prof. Engländera byl pak přijat 9 hlasy proti 3.

V říjnu 1933 se pak skutečně profesorský sbor znovu jmenováním prof. Kelsena zabýval a došla mu celkem čtyři vyjádření jeho členů – prof. F. X. Weisse<sup>9</sup> a profesorů Fritz Sandera, Otto Peterky a Wilhelma Weizsäcker (všechny z 26. října 1933 a všechny nazvané Erklärung).<sup>10</sup>

Je jistě zajímavé, že kromě prof. Weisse jsou všechna datována ve stejný den a všechna nesou stejný název – opět s výjimkou vyjádření prof. Weisse a nelze se ubránit dojmu, že jejich vypracování a podání bylo organizováno.

Ze všech stanovisek jen jediný pozitivní obsah podporující jmenování, má vyjádření prof. Weisse, který odmítá argument, že jmenování prof. Kelsena dojde na fakultě ke konfliktu dvou profesorů – Kelsena a Sandera a naopak vítá situaci, kdy studenti se budou moci seznámit s rozdílnými názory, podávanými oduševněle a s taktem. Doufá také, že mínění a stanovisko Sanderovo je ovlivněno jen jeho momentální náladou. Odmítá také argument, že Kelsen nepotřebuje být jmenován, neboť je ekonomicky zajištěn v Ženevě. Tento argument je ostatně obsažen v podání prof. Sandera, který upozorňuje na to, že Hans Kelsen je v Ženevě dobře placen a že současně pobírá penzi pruské vlády. Zvláštní pozor-

<sup>7</sup> Srov. AUK, Juristische Fakultät der Deutschen Universität in Prag, 1. 12. 33, č. 3229.

<sup>8</sup> Srov. AUK, Abschrift Protokoll über die ausserordentliche Sitzung des professorenkollegiums des recht – und staatswissenschaftlichen Fakultät der Deutschen Universität am 8. Juni 1933.

<sup>9</sup> AUK, Prof. dr. Franz X. Weis, Begründung der Abstimmung über die Besetzung der völkerrechtliche Lehrkanzel in der Sitzung von 25. Oktober 1933.

<sup>10</sup> Tamtéž, Erklärung, Prof. Dr. Fritz Sander, am 26. Oktober 1933, Erklärung, Prof. Dr. Wilhelm Weizsäcker, Prag, am 26. Oktober 1933, Erklärung Prof. Dr. Otto Peterka, Prag, am 26. Oktober 1933.

nost pak věnuje prof. Weiss německé říšské tiskové kampani obviňující Kelsena z marxismu či členství v politických stranách a zdůrazňuje, že jeho penzionování v Německu nemělo žádný politický důvod. Označuje také tiskovou kampaň v říšských časopisech za absurdní, stejně jako obvinění československé vlády z ohrožení univerzitní autonomie.

Vyjádření prof. F. Sandera je obsáhlé, je podáno na 7 stranách a vrací se k počátkům jeho konfliktu s H. Kelsenem, který byl původně jeho učitelem a přítelem.<sup>11</sup>

Snaží se zbavit podezření, že by chtěl Kelsena přivést do ekonomické nouze a vysvětluje, že proto se zdržoval ve svém odporu proti jeho jmenování. Konstatuje ale, že se mezitím věc změnila a jak uvádíme výše, je Kelsen nyní finančně dobře zajištěn.

Prof. Sander rozebírá nejen své rozdílné pojetí právní teorie, ale vrací se i k obvinění Kelsena z plagiátství, když, podle Sanderova mínění, necitoval jeho práce a byl proto disciplinárně vyšetřován na vídeňské univerzitě a stěžuje si na to, že toto řízení bylo bez závěrů zastaveno. Neopominul ani pokus brněnského profesora Weyra o smíření obou profesorů a tvrdí, že nechová ke Kelsenovi žádné nepřátelství a že s ním chce žít v míru. To se ale netýká možnosti spolužití na jedné fakultě, kde by, podle Sandera došlo jistě k osobnímu konfliktu, „... in einen ... persönlichen Konflikt...“. Vytýká také Kelsenovi, že by jistě založil v Praze svou školu a „verboval“ by žáky. To by pak vedlo k novým osobním konfliktům, a proto si myslí, že povolání Kelsena by pro fakultu bylo zdrojem nepokojů a považoval by jeho jmenování za útok na svou osobu (Vergewältigung meiner Person). Varuje před těžkými škodami, které by tak pro fakultu nastaly.<sup>12</sup>

Vyjádření prof. O. Peterky, jeho votum, bylo stručné, opakoval v podstatě důvody uváděné prof. Sanderem, někdy až doslovně – Sander mluví o svých těžkých pochybnostech (sehr starken Bedenken) a Peterka to doslova opakuje. Peterka pak tvrdí, že není možné, aby na jedné fakultě a v jedné posluchárně byly přednášeny diametrálně odlišné vědecké názory a zopakoval svůj nesouhlas se jmenováním prof. Kelsena.

Stejně stručně se vyjádřil i prof. Weizsäcker, který shrnul své záporné stanovisko do tří bodů. Především uvedl, že neměl být opomenut soukromý docent Schätzkel, o kterém fakulta již jednala s ministerstvem a který byl také již v Praze. Dále považuje jmenování prof. Kelsena za nevhodné, neboť je v rozporu s názorem dalšího profesora obecné státní vědy, československého ústavního práva a práva správního. Skutečnost, že Kelsen je vědecký odpůrce Sanderův považuje za zásadní překážku jeho jmenování. Nakonec vyjadřuje pochybnost, zda, vzhledem k tříletému úvazku Kelsena v Ženevě bude schopen dostát svým závazkům v Praze. Konečně upozorňuje, že jmenování by mohlo vzhledem k úsporným opatřením ohrozit obsazení katedry obchodního práva. Také on odmítá jmenování prof. Kelsena.

Tento odpor části profesorského sboru německé právnické fakulty nakonec skončil neúspěšně. V archivních materiálech však protokol o jednání profesorského sboru chybí. Víme však, že těsná většina sboru právnické fakulty se vyjádřila pro návrh na jeho jme-

<sup>11</sup> F. Sander mluví ve svém obsáhlém vyjádření o dřívějším přátelství: ... Dass ich meine Angelegenheit mit Kelsen durch Erklärungen bereinigte, wird jeder verstehen, der weiss, wie gerne man eine peinliche Sache, mit welcher eine frühere Freundschaft zerstört wurde, durch welche beide Teile fortwährend geschädigt werden, aus der Welt schafft. ...

<sup>12</sup> Tamtéž, s. 6: „Aus einer solchen Massnahme wird – wie jede ruhige Ueberlegung zeigen muss – schwerer Schaden für die Fakultät entstehen, in welcher der Friede nicht mehr wiederkehren wird.“

nování a profesor Hans Kelsen byl prezidentem Masarykem jmenován 31. srpna 1935 řádným profesorem mezinárodního práva a to s účinností ode dne nastoupení služby.<sup>13</sup>

Další podmínkou pro předání profesorského diplomu bylo nabytí československého občanství, což se pak stalo 26. března 1936 výměrem zemského úřadu v Praze.<sup>14</sup>

Prof. Kelsen byl pak povinen přednášet v každém semestru 5 hodin týdně a byl mu stanoven plat 66.000 Kč ročně a činovně ročně 9.600 Kč.<sup>15</sup>(AUK 1056/36). Přesné určení učitelských povinností pak formulovalo ministerstvo školství 30. června 1937, kdy bylo Kelsenovi umožněno vedle svého oboru konat i přednášky speciální z mezinárodního práva, právní filozofie a všeobecné státovědy.<sup>16</sup>

Tak, z pohledu ministerstva, byl vytvořen pro profesora Hanse Kelsena dostatečný prostor jak pro jeho vědeckou a učitelskou práci, tak i pro jeho sociální zajištění. Ostatně je také nutno podotknout, že Kelsen byl také příznivě přijat českou právníkou veřejností, resp. jistě její brněnskou částí. O tom výmluvně svědčí, že již v roce 1935 byl vydán péčí a v překladu prof. Václava Chytila Kelsenům spis „Ryzí nauka právní“ a to ještě dříve než vyšel německy. Podobně, dříve než německy, vyšel také česky Kelsenův spis „Základy obecné teorie státní“ v překladu prof. Weyra.<sup>17</sup>

Jak známo, klidný učitelský život však prof. Kelsenovi nebyl dopřán, jeho nepřátelé využili nacionálně orientované studenty univerzity k bojkotu jeho přednášek a znemožnili mu působení na fakultě.

<sup>13</sup> Srov. AUK 1710/35, dopis Ministerstva školství a Národní osvěty ze dne 7. září 1935 adresovaný JUDru Janu Kelsenovi, profesoru vysoké školy Institut Universitaire de Hautes Etudes Internationales v Ženevě, kterým je mu sdělováno, že ho prezident československé republiky jmenoval s účinností od 31. srpna 1935 řádným profesorem mezinárodního práva na právnické fakultě německé univerzity s tím, že podle usnesení vlády mu bude vydán dekret až po získání československého státního občanství...

„Prezident republiky jmenoval Vás rozhodnutím ze dne 31. srpna 1935 řádným profesorem mezinárodního práva na právnické fakultě německé univerzity v Praze a to s účinností ode dne skutečného nastoupení služby. Podle usnesení vlády ze dne 20. července 1935 bude Vám dekret o jmenování vydán teprve, prokázáte-li předepsaným způsobem, že jste nabyt čsl. Státního občanství.

Vyrozumívaje Vás o těchto rozhodnutích žádám Vás, abyste obratem podal u zemského úřadu v Praze žádost o udělení státního občanství československého.

Příslušný jmenovací dekret Vám bude doručen, jakmile Vaše naturalizační žádost bude projednána.

Zároveň sděluji Vám, že ministerstvo financí a ministerstvo vnitra daly souhlas k tomu, aby Vám ku dni jmenování započtena byla podle § 142 odst. 3 plat. zákona doba 18 roků pro zvýšení služného. Konečně sděluji Vám, že vláda republiky Československé a ministerstva financí daly svůj souhlas k tomu, aby Vám byla započtena doba od 9. července 1906, kterou jste strávil ve službách cizích států, do dne jmenování řádným profesorem na právnické fakultě německé university v Praze pro výměru služného a to pod podmínkou, že započtení to nabude účinnosti jen tehdy, získáte-li československé státní občanství.

O věci vyrozumívám zemský úřad v Praze a děkanství právnické fakulty německé university v Praze. Ministr: čj. 106141/35-IV/3. Děkanství právnické fakulty německé university v Praze – na vědomí.“

<sup>14</sup> Srov. k tomu AUK 1056/36, přepis Ministerstva školství a osvěty, ze dne 4. 5. 1936 ministerstvo bere na vědomí, že výměrem zemského úřadu v Praze ze dne 24. března 1936, číslo 5340/4 a i 1935/odd. 1 nabyt prof. H. Kelsen československé státní občanství, a že vykonal předepsanou státoobčanskou přísahu u magistrátu hlavního města Prahy dne 20. dubna 1936.

<sup>15</sup> Tamtéž, s. 2.

<sup>16</sup> Srov. AUK, přepis ministerstva školství a osvěty ze dne 30. června 1937 děkanství německé právnické fakultě

<sup>17</sup> Srov. Sbírkou spisů právnických a národohospodářských vydávaných prof. K. Englišem a Weyrem, nakl. Orbis, 1935, s. 55. Prof. Václav Chytil píše v předmluvě k vydání spisu H. Kelsena Ryzí nauka právní, Metoda a základní pojmy, Brno – Praha 1933, nakl. Orbis, že „České právníké veřejnosti netřeba zvláště doporučovati Kelsenovo jméno... Tato Kelsenova studie vyšla jako český překlad Základů obecné teorie státní, vydaný v Brně v roce 1926.“

Kelsen se k této situaci vrátil v dopise děkanovi fakulty z 10. října 1938, tedy po Mnichovu, v jednom z posledních kontaktů s fakultou, ve kterém žádá o prodloužení své dovolené a navazuje na dopis z 6. října 1938, obsahující stejnou prosbu. Vrací se k nepokojům studentů, odmítajících jeho přednášky na podzim 1936 a říká, že je jistě v zájmu fakulty, pro kterou byl překážejícím balvanem, jak také dokazuje to, že byl při posledních děkanských volbách opomenut a obrací se pak, aby v „... těchto pohnutých dnech nedal podnět k podobným nepokojům...“ Sděluje také, jak je obtížné spojení s Prahou a uvádí, že s ministerstvem koresponduje prostřednictvím československé delegace v Ženevě a velvyslanectví v Bukurešti. Jak je tedy zřejmé, tehdy ještě jeho pracovní poměr s německou univerzitou v Praze trval, Kelsen na svou pražskou profesuru nerezignoval, neboť žádá jen o podporu pro svou žádost o prodloužení dovolené – „... Gestatten Sie mir, mich auch persönlich an Sie mit der Bitte zu wenden, mein Gesuch um Urlaubserlängerung freudlichst unterstützen zu wollen...“<sup>18</sup>

Co tedy vypovídají zachovalé pražské archivní dokumenty o Hansi Kelsenovi? Neпоchybně ukazují na jeho osud významného vědce, pronásledovaného nejen německou nacistickou perzekucí, ale i osobní záští a ostouzením nepřátel, infikovaných ze sousedního Německa. Jak jinak možno vyložit ona ... Erklärung... vážených členů profesorského sboru, jak jinak možno chápat zmíněný nesouhlas s konfrontací různých vědeckých názorů či odmítnutí vytváření vlastní vědecké školy? Je to jistě současně i memento varující před často se vyskytující kolegiální válkou vážených a ctihodných profesorů, které jsme ostatně ve stejné době zažívali i na naší právnické fakultě, na kterou se tehdy uchýlili čeští profesori vyhnání ze Slovenska.

Nakonec snad je možno s jistým uspokojením dodat, že současně tyto dokumenty osvědčují nejen korektnost ale i opravdovou a účinnou snahu československých politiků a úřadů pomoci pronásledovanému Hansi Kelsenovi.

Prof. JUDr. Karel Malý, DrSc., dr. h. c.  
Univerzita Karlova, Právnická fakulta  
malý@prf.cuni.cz

<sup>18</sup> Srov. Žádost prof. Kelsena adresovanou děkanovi pražské německé právnické fakulty o podporu žádosti o prodloužení dovolené.

Euer Spektabilität Sehr geehrter Herr Dekan.

Gestatten Sie mir, mich auch persönlich an Sie mit der Bitte zu wenden, mein Gesuch um Urlaubserlängerung freudlichst unterstützen zu wollen.

Die Gründe habe ich in meinem Letzten Schreiben an die Fakultät, das Ihnen inzwischen zugekommen sein dürfte, ausführlich dargelegt. Ich glaube in der Tat, dass es im Interesse der Deutschen Universität ist, dass meine Person, die dort seit jeher als ein Stein des Antosses angesehen wurde, in den heutigen bewegten Tagen nicht neurlich zu irgendwelchen Unruhen Anlass gibt. Dies war ja auch offenbar der Grund, weshalb die Fakultät mich bei der Letzen Dekanswahl überging. Aus dieser Haltung der Fakultät glaube ich schliessen zu dürfen, dass ihr mein Urlaubsgesuch nicht unerwünscht ist.

Da Sie, sehr geehrter Herr Dekan, mir bisher immer so freundschaftlich entgegengekommen sind, glaube ich auch diesmal vertrauensvoll Sie um Ihre wertvolle Unterstützung bitten zu dürfen.

Empfangen Sie, sehr geehrter Herr Dekan, die Versicherung ausgezeichnete Hochschätzung Ihres ergebnen. Hans Kelsen. erh. 12. 10. 38

Seiner Spektabilität

Herrn Professor Dr. Ernst Hoyer

Dekan der Rechts- und Staats-

Wissenschaftlichen Fakultät

Prag



## 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“.<sup>1</sup>

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“.<sup>2</sup> 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.<sup>3</sup>

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.<sup>4</sup> 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.<sup>5</sup> Rovněž koreluje demokratická celková změna B-VG (čl. 44 odst. 3) a Kelsenova hodnotově-relativistická koncepce demokracie.<sup>6</sup>

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-

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

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

<sup>3</sup> „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.

<sup>4</sup> Příkladem je diskuse vedená mezi Weyrem, Verdrossem a Merkleem 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.

<sup>5</sup> 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.

<sup>6</sup> Srov. VAŠEK, M.: *Unabänderliche Verfassungsrecht und Revisionsschranken 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“. <sup>7</sup> O její problematice a o různých Kelsenových popisech základní normy by zde ale neměla být řeč. <sup>8</sup>

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. <sup>9</sup> Tuto – tj. obsahem určenou – oblast právního řádu Kelsen nazývá „ústavou v materiálním smyslu“. <sup>10</sup> 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. <sup>11</sup> 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. <sup>12</sup>

## 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,

<sup>7</sup> 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“.

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

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

<sup>10</sup> 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.

<sup>11</sup> 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.

<sup>12</sup> Také „ústava v širším smyslu“ – srov. pozn. 11.

tak písemným vyjádřením povznesení a poučení.<sup>13</sup> 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.<sup>14</sup> 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 revoluce<sup>15</sup> a přitom samozřejmě uplatňovat ten nebo onen akcent.<sup>16</sup>

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,<sup>17</sup> 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.<sup>18</sup>

Ústavě také nepředchází předmluva. Společně s Marií Theresou Fögenovou bychom mohli říci, že ústava bez předmluvy je vítězství Robespiera nad Platónem.<sup>19</sup> 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“.<sup>20</sup>

<sup>13</sup> 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“.

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

<sup>15</sup> Srov. KELSEN, H.: *Österreichisches Staatsrecht*. Tübingen, 1923, s. 163.

<sup>16</sup> Srov. pouze přeformulování rovnosti v demokratickém kontextu nebo zrušení všech podob preventivní cenzury.

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

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

<sup>19</sup> 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.“

<sup>20</sup> Srov. KELSEN, H. – FROEHLICH, G. – MERKL, A.: *Op. cit.*, s. 63. Tehdy se nehovořilo o „předmluvě“, ale „proklamací“, 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.<sup>21</sup> 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.<sup>22</sup>

Již Prosinčová ústava rozlišovala – stejně jako většina ústav – mezi ústavními zákony a (běžnými) zákony.<sup>23</sup> 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.<sup>24</sup> Ve staré rakouské Říšské radě – stejně jako v německém Říšském sněmu<sup>25</sup> – 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

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

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

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

<sup>24</sup> 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.

<sup>25</sup> 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“.<sup>26</sup> 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.<sup>27</sup>

## 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.<sup>28</sup>

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.<sup>29</sup>

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

<sup>27</sup> 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.

<sup>28</sup> „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.

<sup>29</sup> 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.<sup>30</sup> I tento systém disponoval kontrolou norem a stejně jako v Rakousku se aspekt shody s ústavou dostal do popředí až časem.<sup>31</sup> V každém případě označuje „rakousko-československé řešení posouditelnosti ústavním soudem“ – jak to formuloval Walter Jellinek<sup>32</sup> – 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 popsany 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.<sup>33</sup>

Nesmí se přehlížet, že Kelsenova interpretační teorie – interpretace z hlediska právní vědy jako „rámce“ pro možné výsledky výkladu<sup>34</sup> – 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.<sup>35</sup> 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 „díličí 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

<sup>30</sup> 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.

<sup>31</sup> Srov. OSTERKAMP, J.: Op. cit., s. 193.

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

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

<sup>34</sup> Srov. KELSEN, H.: *Reine Rechtslehre*. Op. cit., s. 348.

<sup>35</sup> 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.<sup>36</sup> 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:<sup>37</sup> 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,<sup>38</sup> 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.<sup>39</sup>

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.<sup>40</sup> 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“.<sup>41</sup> 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

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

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

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

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

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

<sup>41</sup> 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.<sup>42</sup>

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.<sup>43</sup>

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,<sup>44</sup> tím nejsou vyloučena. Bylo by ovšem nemožné, aby se juristické chápání ústavy příliš vzdalovalo představám mnoha lidí,<sup>45</sup> 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.<sup>46</sup> 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.<sup>47</sup> 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

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

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

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

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

<sup>46</sup> 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.

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

jehož základě tento řád vznikne“.<sup>48</sup> 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.<sup>49</sup> 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.<sup>50</sup>

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.<sup>51</sup> 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

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

<sup>49</sup> 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.

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

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



## KELSEN JAKO PŘEDCHŮDCE DNEŠNÍHO MEZINÁRODNĚPRÁVNÍHO KONSTITUCIONALISMU?

PAVEL ŠTURMA

**Abstract:** **Kelsen as a Predecessor of Contemporary International Constitutionalism?**

Although H. Kelsen is not named as the predecessor of constitutionalism in the international law, he inspired it in many ways. Despite several differences, there is no insuperable gap between H. Kelsen's teachings and the international constitutionalism, if we look at both of these theories not as closed models, but more as methods intended to interpret the applicable international law. One of the most inspiring parts of Kelsen's teachings is his logical approach to the legal order, which he understands as an organized body, as well as his emphasis on responsibility and sanctions. Moreover, it is important to note, that the legal rules do not directly arise from social needs, but that they are formed on the basis of a rule-making procedure, in which the role of States is the most important. It is therefore necessary to differentiate between the view (and methods) of the jurisprudence and political science or international politics. On the other hand, the international constitutionalism theory reminds us of several important fact – firstly, that all subjects, including States, are bound by the rules of international law; secondly that the role of international organizations and courts promises to grow even more; and last but not least, that the international law is not value-neutral, as its main objective is to protect peace, justice and human rights.

**Keywords:** theory of international law, Kelsen, constitutionalism, international organizations, monism, sanction, self-defence

**Klíčová slova:** teorie mezinárodního práva, Kelsen, konstitucionalismus, mezinárodní organizace, monismus, sankce, sebeobrana

**DOI:** 10.14712/23366478.2017.20

### 1. ÚVOD

Téma konference „Hans Kelsen – inspirující osobnost pro právní vědu, filozofii, politiku a mezinárodní vztahy“ otevírá řadu možných přístupů. Je skutečností, že dílo Hanse Kelsena bylo a nadále zůstává inspirující nejen pro obecnou teorii a filozofii práva, popř. ústavní právo, ale také pro nauku mezinárodního práva. Při zdůrazňování přínosu Kelsena pro jiné oblasti právní vědy by se nemělo zapomínat, že se celý život zabýval mezinárodním právem.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Srov. KOSKENNIEMI, M.: *The Gentle Civilizer of Nations. The Rise and Fall of International Law 1870–1960*. Cambridge: Cambridge University Press, 2001, s. 240–249.

První práce H. Kelsena z tohoto oboru spadají již do první poloviny 20. let 20. století.<sup>2</sup> Pro právní historii stojí za připomenutí, že po krátkém působení na německé právnické fakultě Univerzity Karlovy v Praze (1936–1938) přijal Kelsen místo profesora na Institut Universitaire des Hautes Études Internationales v Ženevě (1938–1940). Tam také napsal v r. 1939 pro Československo významný posudek určený pro Společnost národů, ve které rozebral neplatnost Mnichovské dohody (1938).<sup>3</sup> K tomuto problému se ostatně Kelsen později vrátil a označil Mnichovskou dohodu za zjevné porušení územní celistvosti a členského státu a dokonce totální zničení jeho politické nezávislosti, vyplývající z agrese nečlenského státu, které nebylo ani předmětem posouzení v rámci Společnosti národů.<sup>4</sup> A mezinárodním právem se zabýval i po odchodu z Evropy do USA (v r. 1940) až do své smrti v Berkley (1973).

Cílem tohoto příspěvku je podívat se na známé prvky Kelsenovy teorie mezinárodního práva z nového úhlu pohledu. Smyslem ohlédnutí se za myšlenkami tohoto známého autora je totiž především otázka, zda a v čem je jeho dílo stále aktuální a inspirující pro současnou nauku mezinárodního práva. Konkrétně jde o srovnání jeho teorie s jedním ze současných teoretických směrů, jež by mělo dát odpověď na otázku, zda lze Kelsena považovat za „otce“ či předchůdce současného mezinárodněprávního konstitucionalismu. Tato otázka se přirozeně nabízí vzhledem k určitým podobnostem i vzhledem k tomu, že sám Kelsen se původně zabýval ústavním právem. To znamená, že i ve svých dílech věnovaných čistě otázkám mezinárodního práva se často projevuje jeho inspirace nejen teoretickými východisky ryzí nauky právní, ale také modely vycházející z vnitrostátního veřejného práva, především práva ústavního. Zbývá však prozkoumat, zda jde o skutečnou, nebo jen zdánlivou (falešnou) analogii.

## 2. KELSEN JAKO TEORETIK MEZINÁRODNÍHO PRÁVA

Hned první Kelsenova významná práce se týkala problému suverenity a teorie mezinárodního práva.<sup>5</sup> Její podtitul je symptomatický. Ukazuje, že Kelsen nikdy neodděloval mezinárodní právo od obecné teorie práva, ale naopak aplikoval ryzí nauku právní (*Reine Rechtslehre*) i na oblast mezinárodního práva. Na tuto práci pak navázal první ze tří kursů pro Akademii mezinárodního práva v Haagu, který měl Kelsen v roce 1926.<sup>6</sup>

---

<sup>2</sup> KELSEN, H.: *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts. Beitrag zu einer reinen Rechtslehre*. Tübingen: J. C. B. Mohr, 1920.

<sup>3</sup> Viz Kelsen's Memorandum deposited in the Archives of the Czech Army, fund J. Kopecký, Box No. 1. Srov. též KUKLÍK, J.: The Validity of the Munich Agreement and the Process of its Repudiation during the Second World War as Seen from the Czechoslovak Perspective. In SKŘIVAN, A. (ed.): *Prague Papers on History of International Relations*. Praha: Institute of World History II, 1998, s. 351.

<sup>4</sup> KELSEN, H.: *Peace Through Law*. Chapel Hill: The University of North Carolina Press, 1944, reprint 2001, s. 52.

<sup>5</sup> KELSEN, H.: *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts*. Op. cit.

<sup>6</sup> KELSEN, H.: Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public. *Recueil des Cours*, sv. 13, č. 4/1926, s. 231.

Je známou skutečností, že pro Kelsena byla suverenita právní koncept, nikoli právo předcházející, historicky podmíněný, politický fakt,<sup>7</sup> což byl naopak přístup Kelsenova ideového protivníka Carla Schmitta.

Z hlediska ryzí nauky právní není právo funkcí, výsledkem činnosti státu, existujícího jako objektivní sociální fakt. V tomto pojetí je stát zcela identifikován se svým právním řádem (*Rechtsordnung*).<sup>8</sup> V rámci mezinárodního práva ovšem stát vystupuje jako právní subjekt, ale Kelsen odmítá antropomorfní pojetí subjektivity. Naopak stát se jeví jako dílčí právní řád v rámci vyššího, mezinárodněprávního řádu.

V tomto smyslu není zásadního rozdílu mezi právem vnitrostátním a mezinárodním. Každý právní řád je podle Kelsena uzavřený a úplný. Stejně jako ve vnitrostátním právu i v právu mezinárodním musí být podle Kelsena základní norma (*Grundnorm* nebo *Ursprungsnorm*). Takovou základní normou v mezinárodním právu mělo být pravidlo *pacta sunt servanda*,<sup>9</sup> ale v pozdějších dílech se Kelsen od této myšlenky odvrátil, protože jde jen o obyčejovou normu, která je základem, ze které odvozují svou platnost smlouvy, ale nestačí jako důvod platnosti mezinárodního obyčeje. Proto ji nahradil základní normou ve znění, že státy se mají chovat tak, jak se obvykle chovaly.<sup>10</sup>

Dalším charakteristickým znakem Kelsenovy teorie je monismus ve vztahu mezinárodního a vnitrostátního práva. Nejenže Kelsen vychází z představy jednoty právního řádu, který je hierarchicky uspořádaný. Navíc ani nevidí rozdíl v povaze předmětu vnitrostátního práva a mezinárodního práva.<sup>11</sup> To je velmi moderní přístup, vzememe-li v úvahu pozdější rozvoj odvětví mezinárodního práva, která neupravují jen vztahy mezi státy, ale také další oblasti lidské činnosti, včetně vztahů státu k jednotlivcům, zejména v oblasti lidských práv, mezinárodního ekonomického práva, práva EU, atd. Ačkoli vznik a rozvoj těchto odvětví mezinárodního práva spadá až do druhé poloviny 20. století, Kelsen již ve svém kursu v Haagské akademii mezinárodního práva v r. 1932 potvrdil, že mezinárodní právo může upravovat i takové otázky, jako povinnosti státu ve vztahu ke svým občanům.<sup>12</sup>

To jsou mnohé myšlenky, které mohou být blízké dnešním teoretikům hlásícím se ke konstitucionalismu nebo konstitucionalizaci mezinárodního práva. Jak známo, Kelsen začínal jako ústavní právník a vzory a příklady z vnitrostátního práva přenášel do své teorie mezinárodního práva. Jinak řečeno, podle Kelsena, aby mohlo mít právní povahu,

---

<sup>7</sup> Viz KELSEN, H.: Les rapports de système... Op. cit., s. 253–255: „La puissance étatique n'est pas un simple fait. Simple fait, elle consisterait en une relations causale... si la puissance publique est souveraine, c'est qu'elle est la puissance suprême, celle à laquelle aucune autre n'est supérieure... Cet attribut qu'on lui reconnaît montre qu'il est impossible de voir en elle une qualité naturelle, une sorte de force physico-chimique. Car une semblable force, si elle était souveraine, ne serait pas moins qu'une *prima causa*, une cause première, la force la plus puissante d'où découlerait tout phénomène sans qu'elle eût elle-même de cause. Idée inconcevable.“

<sup>8</sup> Srov. RIGAUX, F.: Hans Kelsen on International Law. *European Journal of International Law*, sv. 9, 1998, s. 330.

<sup>9</sup> Viz KELSEN, H.: *Das Problem...* Op. cit., s. 217, 262, 284.

<sup>10</sup> Viz KELSEN, H.: *Principles of International Law*. New York: Rinehart, 1952, s. 417–418 („The states ought to behave as they have customarily behaved.“).

<sup>11</sup> Srov. KELSEN, H.: Théorie générale du droit international public. Problèmes choisis. *Recueil des Cours*, sv. 42, č. 4/1932, s. 178.

<sup>12</sup> *Ibid.*, s. 301–302.

musí mezinárodní právo splňovat stejná kritéria, jako jsou ta, která určují právní charakter státu, resp. jeho právního řádu (což je v normativistickém pojetí totéž).<sup>13</sup>

Zde se projevují určité tradiční rysy úzkého pojetí práva vycházejícího z vnitrostátních právních řádů. Pro Kelsena je totiž donucení klíčovým znakem, který odlišuje právo od jiných normativních systémů, jako je např. morálka. Právo je pro něj donucující řád (*coercive order, ordre de contrainte, Zwangsordnung*). Jinak řečeno, mezinárodní právo je skutečným odvětvím práva, jen pokud disponuje svými vlastními donucovacími prostředky. Kelsen proto hledá a nalézá odpověď v použití síly jako sankce ve vztazích mezi státy. „Mezinárodní právo je právem ve stejném smyslu jako národní právo za předpokladu, že je možné v zásadě interpretovat použití síly namířené jedním státem proti jinému buď jako sankci, nebo jako delikt.“<sup>14</sup>

Kelsen si ovšem uvědomuje, že mezinárodní společenství není uspořádáno jako státní řád, ale jako decentralizovaný řád, primitivní systém práva.<sup>15</sup> V takovém systému není použití síly centralizované, ale je realizované jednotlivými členy společenství, a to ve formě svépomoci (*self-help, Selbsthilfe*).<sup>16</sup> Taková svépomoc se uplatňuje podle pravidel stanovených tímto společenstvím, což je typické pro mezinárodní právo.

Jinak řečeno, válka a represálie jsou sankce (*Unrechtsfolge*) v mezinárodním právu, které umožňují kvalifikovat mezinárodní právo jako právní řád.<sup>17</sup> Tato myšlenka provází Kelsena od prvních prací až po dílo napsané po 2. světové válce a po přijetí Charty OSN.<sup>18</sup> Třebaže již v 30. letech řada internacionalistů odmítala teorii spravedlivé války a přiklonila se k jejímu zákazu, nebyl přístup Kelsena ojedinělý. V období po roce 1945 se ale vedení války jako svépomocného donucení (sankce) dostalo do jasného rozporu s pozitivním mezinárodním právem.

Kelsenova teorie ovšem nebyla jednoduchým odmítnutím nebo ignorováním vývoje v mezinárodním právu. Jde o poměrně propracovanou a logicky zdůvodněnou koncepci, která je postavená na teorii spravedlivé války (*bellum iustum*). Pouze spravedlivá válka může plnit funkci sankce, kdežto nespravedlivá válka je mezinárodním deliktem.

Kelsen představil své zdůvodnění teorie spravedlivé války v práci uveřejněné v době války (r. 1942), již v americké emigraci.<sup>19</sup> Předložil celkem pět argumentů pro její zdůvodnění. První z nich má překvapivě spíš sociologickou povahu, dokazuje, že již před vypuknutím 1. světové války veřejné mínění neakceptovalo volnost států uchýlit se k válce bez spravedlivého důvodu, a vlády navíc vždy zdůvodňovaly své akce jako obranné. Druhý argument Kelsen opřel o tehdejší pozitivní právo, zejm. čl. 231 Versailleské smlouvy (1919), čl. 15 odst. 7 Paktu Společnosti národů (1919) a Briand-Kelloggův pakt (1928). Další tři argumenty se pak opírají o právo primitivních společností, doktrínu *bellum iustum* od Antiky až po Grotia a pojetí mezinárodního práva jako primitivního právního řádu.

<sup>13</sup> Viz KELSEN, H.: *Principles of International Law*. Op. cit., s. 18.

<sup>14</sup> *Ibid.*, s. 18.

<sup>15</sup> Viz KELSEN, H.: *Théorie générale du droit international public*. Op. cit., s. 131–132.

<sup>16</sup> Viz KELSEN, H.: *Das Problem...* Op. cit., s. 258.

<sup>17</sup> Viz KELSEN, H.: *Théorie générale du droit international public*. Op. cit., s. 133–134.

<sup>18</sup> Viz KELSEN, H.: *Principles of International Law*. Op. cit., s. 18, 59, 401.

<sup>19</sup> KELSEN, H.: *Law and Peace in International Relations. The Oliver Wendell Holmes Lectures*. Cambridge: Harvard University Press, 1942, s. 36–55.

Kelsen se k tomu vrátil v další knize „Mír prostřednictvím práva“ z r. 1944.<sup>20</sup> Některé z těchto myšlenek se objevují i v pozdějších pracích H. Kelsena, ve kterých již reagoval systém kolektivní bezpečnosti založený Chartou OSN, ať již jde o jeho články o kolektivní bezpečnosti a kolektivní sebeobraně z r. 1948,<sup>21</sup> nebo o knihu věnovanou Chartě OSN.<sup>22</sup>

Někteří dnešní autoři se vracejí ke Kelsenově knize z r. 1944, napsané ještě před založením OSN. Jeho návrh na vytvoření „stále ligy pro udržení míru“ (*Permanent League for the Maintenance of Peace*) je oprávněně srovnáván s Kantovým spisem *K věčnému míru*.<sup>23</sup> Práce byla čtena a komentována jeho současníky. Někteří souhlasili s jeho myšlenkou na centralizaci soudního řešení mezinárodních sporů.<sup>24</sup> Jiní ovšem poukazovali na to, že i když by bylo možné uplatnit mezinárodní soudnictví na všechny spory, samo o sobě to není zárukou míru. Také upozorňovali na význam jiných, mimosoudních či politických prostředků řešení sporů.<sup>25</sup>

Podle Kelsena existuje rozdíl mezi obecným mezinárodním právem, kde převládá zásada svépomoci, včetně decentralizovaného, individuálního donucení, jež je v rukou jednotlivých států, a systémem kolektivní bezpečnosti podle Charty OSN. V případě kolektivní bezpečnosti je použití síly centralizované, na základě rozhodnutí ústředního orgánu společenství.<sup>26</sup> Centralizace použití síly (ať již v rámci státu nebo mezinárodní organizace) je však možná pouze s významným omezením. Tato výjimka se týká případu sebeobrany. Jak vysvětluje Kelsen ve svém článku, sebeobrana není totožná se svépomocí. Jedná se o zvláštní případ svépomoci proti specifickému porušení práva, a to protiprávnímu použití síly, nikoli proti jiným porušením. Sebeobrana je to minimum svépomoci, které musí být dovolené dokonce i v systému kolektivní bezpečnosti, založeném na monopolu společenství na centralizované použití síly.<sup>27</sup>

Kelsen dále připomíná, že v systému kolektivní bezpečnosti organizovaném na úplné centralizaci legitimního použití síly je sebeobrana jen výjimečnou a dočasnou mezihrou mezi aktem agrese a kolektivní donucovací akcí, kterou podnikne společenství jako sankci proti protiprávnímu použití síly. Zcela odlišný případ je tehdy, když se sebeobrana uplatní, protože kolektivní bezpečnost z nějakého důvodu nefunguje. Pak sebeobrana není výjimečným a dočasným opatřením přijatým v rámci fungujícího

---

<sup>20</sup> KELSEN, H.: *Peace Through Law*. Op. cit.

<sup>21</sup> KELSEN, H.: *Collective Security and Collective Self-Defense under the Charter of the United Nations*. *The American Journal of International Law*, sv. 42, č. 4/1948, s. 783.

<sup>22</sup> KELSEN, H.: *The Law of the United Nations. A Critical Analysis of Its Fundamental Problems*. London: Stevens & Sons, 1952.

<sup>23</sup> Srov. ZOLO, D.: Hans KELSEN: International Peace through International Law. *European Journal of International Law*, sv. 9, 1998, s. 317; SCHMÄDEL, J. von: Kelsen's Peace through Law and its Reception by his Contemporaries. *Hitotsubashi Journal of Law and Politics*, sv. 39, 2011, s. 76.

<sup>24</sup> Viz KUNZ, J. L.: *Compulsory International Adjudication and Maintenance of Peace*. *The American Journal of International Law*, sv. 38, č. 4/1944, s. 678; POTTER, P. B.: *Review*, *The American Journal of International Law*, sv. 39, č. 1/1945, s. 137 an.

<sup>25</sup> Srov. KUNZ, J. L.: Op. cit., s. 677; MORGENTHAU, H.: *The Machiavellian Utopia*. *Ethics*, sv. 55, č. 2/1945, s. 146; NIEMEYER, G.: *Review*. *Harvard Law Review*, sv. 58, č. 2/1944, s. 306.

<sup>26</sup> KELSEN, H.: *Collective Security and Collective Self-Defense*. Op. cit., s. 783–784.

<sup>27</sup> *Ibid.*, s. 784.

systému kolektivní sebeobranu, nahrazením tohoto zablokovaného systému opačným principem svépomoci.<sup>28</sup>

Je pozoruhodné, jak Kelsen již v r. 1948 prozíravě odhadl a přesně analyzoval problémy, se kterými se bude potýkat systém kolektivní bezpečnosti OSN, založený na principu jednomyslnosti (veto) stálých členů Rady bezpečnosti. Došel k tomu na základě rozboru příslušných ustanovení Charty OSN, neboť v té době ještě neexistovala významnější praxe Rady bezpečnosti. Současně porovnal tento systém podle Charty OSN s Paktem Společnosti národů. Pakt ještě nestanovil pro členy Společnosti národů povinnost zdržet se hrozby silou a zdržet se za všech okolností použití síly. Členové se pouze nesměli uchýlit k válce proti státu, který se ve sporu předloženém Radě podřídil jejím doporučením. Pakt nezaložil monopol společenství na centralizované použití síly, proto se princip svépomoci do značné míry udržel. Kelsen proto logicky dospívá k závěru, že systém Společnosti národů byl mnohem méně efektivní než systém zřízený Chartou, ovšem za předpokladu, jak dodává, že tento nový systém může vůbec fungovat.<sup>29</sup>

Jinak řečeno, ač teoreticky považuje systém podle Charty OSN za dokonalejší, Kelsen neskrývá své pochybnosti. Podle Kelsena je otevřený rozpor mezi ideologií Organizace spojených národů a její právní ústavou.<sup>30</sup> Především vidí určité nedostatky v samotné Chartě. Podle jeho pojetí, když je kolektivní bezpečnost založena na centralizaci donucovacích opatření v rukou Rady bezpečnosti a svépomoc členů je (až na sebeobranu proti agresí) vyloučena, pak ústava tohoto společenství musí stanovit postup zajišťující efektivní ochranu práv členů proti všem možným porušením. Podle Kelsena však Charta zdaleka nenaplnila tyto požadavky. Nezakládá totiž obligatorní rozhodování sporů, které mohou vzniknout mezi členy. Členské státy nejsou povinné předložit své spory Mezinárodnímu soudnímu dvoru nebo jiným mezinárodním tribunálům.<sup>31</sup>

Kelsen ovšem vidí problémy nejen v textu Charty, ale i v její aplikaci. Upozorňuje, že byť je výkon sebeobranu podle čl. 51 dovolený, pouze než Rada bezpečnosti přijme nezbytná opatření k obnovení míru, resp. než se uvede do chodu systém kolektivní bezpečnosti. Není však vyloučeno, že systém kolektivní bezpečnosti zůstane zablokovaný, protože Rada bezpečnosti není schopna plnit své funkce. To může být nejen proto, že její rozhodování o přijetí opatření k obnovení míru je podříděno právu veta stálých členů, ale také proto, že nebylo možné uzavřít zvláštní dohody o poskytnutí vojenských kontingentů Radě bezpečnosti. Pokud má kolektivní bezpečnost malou naději na fungování, pak nezbyde nic jiného než kolektivní sebeobrana. To však znamená válku, ve které se pravděpodobně obě strany budou dovolávat svého práva na sebeobranu, protože tu není žádný objektivní orgán (kromě paralyzované Rady bezpečnosti), aby rozhodl, kdo je agresorem. Může se ukázat nezbytným nahradit kolektivní bezpečnost podle Charty kolektivní sebeobranou, ale takové nahrazení, uzavírá Kelsen, by bylo krachem politického a právního systému OSN.<sup>32</sup>

---

<sup>28</sup> Ibid., s. 704–785.

<sup>29</sup> Ibid., s. 788.

<sup>30</sup> Viz KELSEN, H.: *The Law of the United Nations*. Op. cit., s. 276–277.

<sup>31</sup> KELSEN, H.: *Collective Security and Collective Self-Defense*. Op. cit., s. 789.

<sup>32</sup> Ibid., s. 795–796.



Jak je vidět, Kelsen občas používá termínů ústavy a konstitucionalismu v oblasti mezinárodního práva, ale systém Charty OSN patrně ještě nepovažuje za adekvátní ústavní model. Na rozdíl od Paktu Společnosti národů sice Charta OSN zavádí centralizaci použití síly, ale při zablokování Rady bezpečnosti a neexistenci obligatorního rozhodování sporů MSD se skrze použití sebeobrany situace vrací k předchozímu stavu obecného mezinárodního práva založeného na svépomoci.

### 3. MEZINÁRODNĚPRÁVNÍ KONSTITUCIONALISMUS

Jedním z moderních směrů nauky mezinárodního práva je mezinárodněprávní konstitucionalismus.<sup>33</sup> Možná by spíše než „moderních“ bylo třeba říci „módních“ směrů současné nauky mezinárodního práva. Tím však rozhodně nemá být *a priori* zpochybňována vědecká povaha a závažnost prací, které se zabývají koncepty mezinárodní ústavy a/nebo konstitucionalizace mezinárodního práva.

Určitým problémem je, že dosud neexistuje jednotná teorie mezinárodněprávního konstitucionalismu. Různí autoři zkoumají či postulují, jak vypadá nebo by mohla vypadat mezinárodní ústava, resp. jaké znaky naplňují konstitucionalizaci mezinárodního práva. Jak se píše v úvodu k citované knize o *Konstitucionalizaci mezinárodního práva*, cílem je vidět, jak by mohl vypadat ústavní mezinárodněprávní řád.<sup>34</sup> Tento přístup, zvolený citovanými autory, se tak staví někam mezi striktně normativní a striktně deskriptivní přístupy. Autoři tak srovnávají aktuální stav mezinárodního práva s ideou ústavy, jak je chápána v konstitucionalistickém myšlení.

To však zdaleka není jediný přístup k doktríně mezinárodní ústavy a konstitucionalismu. Jak uvádí Bardo Fassbender, lze v doktríně rozlišovat tři proudy, a to Verdrosse a jeho školu, *New Haven School* a doktrínu mezinárodního společenství.<sup>35</sup> Pro účely tohoto článku můžeme vynechat politicky orientovaný přístup k mezinárodnímu právu *New Haven School*, kterou reprezentují především Myres McDougal, Harold Lasswell a Michael Reisman.<sup>36</sup>

Naproti tomu zbývající dva směry velmi úzce souvisejí s naším tématem. Alfred Verdross byl jedním z nejvýznamnějších žáků Hanse Kelsena, ale od ryzí nauky právní se postupně přikláněl k částečně přirozenoprávnímu pohledu na mezinárodní právo. Rozhodně jej však lze považovat za jednoho ze zakladatelů mezinárodněprávního konstitucionalismu.<sup>37</sup> Jak vyplývá z jeho kursu v Haagské akademii mezinárodního práva,

<sup>33</sup> Srov. zejm. KLABBERS, J. – PETERS, A. – ULFSTEIN, G.: *The Constitutionalization of International Law*, Oxford: OUP, 2009.

<sup>34</sup> Viz KLABBERS, J.: Setting the scene. In KLABBERS, J. – PETERS, A. – ULFSTEIN, G.: *The Constitutionalization of International Law*. Op. cit., s. 4: „Our aim is to see what a constitutional international legal order could look like.“

<sup>35</sup> Viz FASSBENDER, B.: Rediscovering a Forgotten Constitution: Notes on the Place of the UN Charter in the International Legal Order. In DUNOFF, J. L. – TRACHTMAN, J. P. *Ruling the World? Constitutionalism, International Law and Global Governance*. Cambridge: CUP, 2009, s. 133.

<sup>36</sup> Viz REISMAN, W. M.: The View from the New Haven School of International Law. *Proceedings of the Annual Meeting (American Society of International Law)*, sv. 86, 1992, s. 118–125.

<sup>37</sup> Viz VERDROSS, A.: *Die Verfassung der Völkerrechtlichsgemeinschaft*. Wien – Berlin: Springer, 1926.

považoval obecné obyčejové mezinárodní právo za skutečnou mezinárodní ústavu, nikoli pouhý postulát.<sup>38</sup>

Na Verdrosse pak navázali další autoři, zejména z německého a nizozemského prostředí, jako je na prvním místě Verdrossův žák a později spoluautor Bruno Simma, považující Chartu OSN za ústavu mezinárodního společenství.<sup>39</sup> Mezi dalšími autory, kromě již dříve citovaných, lze zmínit také Eriku De Wet.<sup>40</sup>

Je dokonce možné hovořit o sblížení s doktrínou mezinárodního společenství (Herman Mosler), na kterou navázal zejména Christian Tomuschat a další němečtí autoři.<sup>41</sup>

Poněkud kritičtějším způsobem přistupuje ke konceptu mezinárodní ústavy francouzská nauka mezinárodního práva. Důkladným způsobem rozebral tento koncept zejména Pierre-Marie Dupuy, který se zvláště vymežil vůči argumentu, že Charta OSN představuje ústavu mezinárodního společenství, a to jak ve studii publikované v r. 1997,<sup>42</sup> tak i později ve svém kursu v Haagské akademii mezinárodního práva a jinde.<sup>43</sup> Dupuy sice uznává ústavní dimenze Charty OSN, ale považuje za problematické ji jednoduše označit za ústavu, na základě zjednodušující analogie s vnitrostátními právními řády. Spatřuje hlavně problém v neurčitosti až vágnosti pojmu ústava, kterým se označují různé věci v různých právních tradicích. Proto k používání konceptu ústavy v mezinárodním právu přistupuje s opatrností. Na jisté úrovni připouští, že Charta přináší určitou jednotu do mezinárodního společenství, jakož i obecné zásady, které vytvářejí substantivní jednotu mezinárodněprávního řádu, ale na druhé straně nezajišťuje takovou formální a institucionální jednotu, aby bylo namísto jí označovat za „ústavu“.

S touto kritikou pojmové neurčitosti uvnitř doktríny „konstitucionalizace“ mezinárodního práva souhlasí také Dupuyho žák, Oliver de Frouville.<sup>44</sup> Zároveň se však snaží ukázat, že koncept ústavy je užitečný k porozumění a popsání mezinárodního práva. Odkazuje přitom na staršího francouzského autora Georges Scelle, který byl současníkem H. Kelsena. Scelle je známý jako představitel sociologického směru nauky

<sup>38</sup> Viz VERDROSS, A.: Règles générales du droit international de la paix. *Recueil des Cours*, sv. 30, 1929, s. 354: „En effet, le droit des gens contient des règles coutumières bien établies qui forment une véritable constitution internationale obligeant toutes les autorités. La primauté du droit des gens, ou mieux de la constitution internationale, n'est donc pas un postulat, mais une réalité.“

<sup>39</sup> SIMMA, B.: From Bilateralism to Community Interest in International Law. *Recueil des Cours*, sv. 250, 1994, s. 258 an.

<sup>40</sup> DE WET, E.: The International Constitutional Order. *International and Comparative Law Quarterly*, sv. 55, 2006, s. 51–76.

<sup>41</sup> Srov. TOMUSCHAT, CH.: Obligations Arising for States without or against Their Will. *Recueil des Cours*, sv. 241, 1993, s. 195; FROWEIN, J.: Reactions by not directly affected States to breaches of public international law. *Recueil des Cours*, sv. 248, 1994, s. 345.

<sup>42</sup> DUPUY, P.-M.: The Constitutional Dimension of the Charter of the United Nations Revisited. *Max Planck Yearbook of United Nations*, sv. 1, 1997, s. 1–33.

<sup>43</sup> DUPUY, P.-M.: L'unité de l'ordre juridique international. Cours général de droit international public. *Recueil des Cours*, sv. 297, 2002, s. 215 an.; DUPUY, P.-M.: Ultimes remarques sur la 'constitutionnalité' de la Charte des Nations Unies. In CHEMAINE, R. – PELLET, A.: *La Charte des Nations Unies, Constitution mondiale?*. Paris: Pedone, 2006, s. 219–232.

<sup>44</sup> FROUVILLE, O. de: On the Theory of International Constitution. In ALLAND, D. – CHATAIL, V. – FROUVILLE, O. de – VIÑUALES, J. E. (eds.): *Unity and Diversity of International Law. Essays in Honour of Professor Pierre-Marie Dupuy*. Leiden: Martinus Nijhoff Publ., 2014, s. 78.



mezinárodního práva, zvaného solidarismus, ale zpravidla nebýval spojován s konstitucionalismem.

Na rozdíl od dříve zmíněných stoupců konstitucionalismu v mezinárodním právu, kteří spojují pojem ústavy až s formováním mezinárodního společenství, udržovaného nejen společnými zájmy, ale i společnými hodnotami, Scelle chápal ústavu jako jev, který je inherentní každému právnímu řádu, který zase přirozeně vzniká s existencí každé lidské společnosti. Jinak řečeno, ústava v tomto smyslu je přítomná v mezinárodním právu od jeho počátku.<sup>45</sup>

Jakkoliv Scelle a Kelsen vycházeli ze zcela odlišných teoretických základů, v určitém ohledu lze najít bod, který je spojuje. Když G. Scelle posuzoval vývoj ohledně zákazu vedení války, poznamenal, že vývoj mezinárodního práva povede nevyhnutelně k větší institucionalizaci mezinárodního řádu a může nakonec vyústit v univerzální říši nebo světovou federaci.<sup>46</sup> Ostatně také Kelsen již ve svém prvním kursu v Haagské akademii (1926) akceptoval přirovnání mezinárodněprávního řádu k pojmu *civitas maxima*.<sup>47</sup>

I když akceptujeme myšlenku, kterou O. de Frouville převzal od G. Scelle, že nějaký koncept ústavy byl v mezinárodním právu vždy přítomný, určitě bude „ústava“, jak ji prezentuje současný mezinárodněprávní konstitucionalismus, vypadat odlišně od ústavy v počátcích mezinárodního práva, v rámci Westfálského systému a ještě v době Společnosti národů. Je zřejmé, že použitelný koncept ústavy nemá nic společného s psanou a rigidní ústavou, naopak půjde o systém komplexní, otevřený a nestabilní.

Základním ústavním principem Westfálského systému je suverenita států, tedy formální rovnost svrchovaných států, výlučná teritoriální jurisdikce a nezasahování do vnitřních věcí státu. Určité základní prvky současné mezinárodní ústavy lze najít v Chartě OSN.<sup>48</sup> Patří mezi ně posun od konceptu negativního míru k pozitivnímu míru a úloha mezinárodních organizací pro zajištění podmínek pro trvalý mír. Zákaz použití síly k řešení sporů, který byl doplněn systémem kolektivní bezpečnosti. Vyhlášení univerzálních lidských práv. Narůstající centralizace pro zajištění sociálních funkcí, a to jak cestou orgánů OSN, tak vytvářením specializovaných mezinárodních organizací. Úprava vztahů OSN s regionálními organizacemi (čl. 53–54). Důraz na mírové řešení sporů, zejm. judiciální řešení sporů. Zakotvení určité hierarchie norem (čl. 103), stanovením přednosti závazků podle Charty před ostatními mezinárodními dohodami.

<sup>45</sup> Viz SCELLE, G.: *Précis de droit des gens* II, Droit constitutionnel international, Paris: Sirey, 1934, s. 7: „Toute collectivité intersociale, y compris la communauté universelle du Droit des Gens repose, comme les collectivités mieux intégrées et notamment les collectivités étatiques, sur un ensemble de règles constitutives essentielles à leur existence, à leur durée, à leur progrès. Là même où ces collectivités paraissent avoir l'organisation la plus rudimentaire, où les normes fondamentales semblent les plus indécisées et où les institutions paraissent inexistantes, une constitution au sens large, mais au sens juridique, ne s'en révèle pas moins.“

<sup>46</sup> Viz SCELLE, G.: Quelques reflexions sur l'abolition de la compétence de guerre. *Revue Générale de Droit International Public*, sv. 58, 1954, s. 22.

<sup>47</sup> Viz KELSEN, H.: Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public. Op. cit., s. 319: „L'ordre juridique international est en effet, selon un qualificatif qu'on lui a autrefois occasionnellement appliqué, une *civitas maxima*; il l'est dès aujourd'hui.“

<sup>48</sup> Srov. CRAWFORD, J.: The Charter of the United Nations as a Constitution. In CRAWFORD, J.: *International Law as an Open System*. London: Cameron May, 2002, s. 123.

Některé další nejsou sice obsažené přímo v Chartě, ale vyvinuly se souběžně nebo následně jako jejich doplněk. Nepochybně sem patří další typ hierarchie norem spojený s *jus cogens* v mezinárodním právu. V mezinárodním právu se rovněž rozvinula a zčásti kodifikovala pravidla odpovědnosti států, ale také mezinárodních organizací, jakož i individuální trestní odpovědnost v případech nejzávažnějších zločinů podle mezinárodního práva. V posledních desetiletích se pak navíc dostávají do zájmu mezinárodního práva vedle již uznávaných subjektů (státy, mezivládní organizace a jednotlivci) také nestátní aktéři,<sup>49</sup> objevují se koncepty přenesené z vnitrostátního práva, jako právní stát (*Rule of law*). Někteří autoři dokonce zdůrazňují demokratické principy.<sup>50</sup>

To však neznamená, že ústavní principy staršího mezinárodního práva byly jednoduše opuštěné ve prospěch nových. Naopak, princip suverenity je stále přítomným (a pro řadu států dokonce nejdůležitějším) principem. Spíše tak dochází k jeho upřesňování a částečné obsahové proměně, a to se zdůrazněním toho, že nejde o absolutní a faktickou moc, ale spíše o právní status, který vedle oprávnění znamená i odpovědnost či povinnost státu ve vztahu ke svým obyvatelům (jako koncept Odpovědnosti za ochranu, R2P).

Kromě toho konstitucionalistický přístup k mezinárodnímu právu musí čelit také značným výzvám, které vycházejí z fragmentace tohoto systému. V současné době je mezinárodní právo fragmentované jak na geografickém základě (nárůst počtu a síly regionálních subsystémů mezinárodního práva), tak na sektorovém principu.<sup>51</sup> V prvním případě jde o rozpor mezi regionalismem a univerzalizmem, v druhém případě o projev zmnožení produkce a specializace norem mezinárodního práva, vzniku nových odvětví a autonomních režimů (*self-contained regimes*).

V určitém smyslu může být konstitucionalismus vnímán také jako doktrinární odpověď na rizika spojená s fragmentací mezinárodního práva. Z praktického hlediska se však zdá, že spíše než „ústavní“ teorie může k systémové integraci mezinárodního práva přispět výklad a aplikace práva mezinárodními soudy a tribunály. Takový pohled není cizí ani Kelsenovi, který vysoce hodnotil roli mezinárodních soudů a kritizoval státy za neochotu jim předložit k rozhodnutí všechny jejich spory.<sup>52</sup> Nelze však zapomínat na to, že neexistuje jednotný mezinárodní soudní systém, jednotlivé mezinárodní soudní orgány jsou samostatné, založené na speciálních smlouvách či statutech.

#### 4. ODLIŠNOSTI KELSENOVY TEORIE A MEZINÁRODNĚPRÁVNÍHO KONSTITUCIONALISMU

Na první pohled by se mohlo zdát, že současný mezinárodněprávní konstitucionalismus navazuje na dílo H. Kelsena, i když nebývá zpravidla citováno moderními autory hlásícími se ke konstitucionalistickému proudu. Možná někteří pova-

<sup>49</sup> Srov. DUPUY, P.-M.: Sur les rapports entre sujets et 'acteurs' en droit international contemporain. In VOHRAH, L. C. et al. (eds.): *Man's Inhumanity to Man. Essays on International Law in honour of Antonio Cassese*. The Hague – New York: Kluwer, 2003, s. 261.

<sup>50</sup> Viz PETERS, A. Dual Democracy. In KLABBERS, J. – PETERS, A. – ULFSTEIN, G.: Op. cit., s. 263.

<sup>51</sup> Viz FROUVILLE, O. de: Op. cit., s. 98–99.

<sup>52</sup> Viz KELSEN, H.: Law and Peace in International Relations. Op. cit., s. 167.

žují Kelsena za starého a překonaného autora. Možná je to ale proto, že některé z jeho myšlenek považují v dnešní době za skoro samozřejmé. Domnívám se však, že ani dnes nelze například monistickou teorii s primátem mezinárodního práva brát za úplně samozřejmé řešení vztahu mezinárodního a vnitrostátního práva, když stále mnoho států vychází z dualistického nebo smíšeného pojetí. Tím méně to platí pro další aspekty Kelsenovy teorie mezinárodního práva. Je evidentní, že jeho pojetí státu a suverenity jakožto právem upraveného a chráněného statusu (nikoli faktického, mocensky daného statusu) je rozhodně mnohem bližší dnešním mezinárodněprávním konstitucionalistům než (například) pojetí C. Schmitta. Je tak určitým paradoxem, že v současné literatuře bývá tento autor citován častěji než Kelsen.

Rovněž Kelsenovo pojetí mezinárodního práva jako uspořádaného právního řádu je něčím, v čem může být blízký dnešnímu mezinárodněprávnímu konstitucionalismu. V určitém smyslu je konstitucionalismus odpovědí na rizika fragmentace mezinárodního práva a jeho nekontrolované de-formalizaci. Spojuje je také důraz na legalitu.

Na druhé straně nelze přehlédnout určité rozdíly mezi Kelsenem a dnešním mezinárodněprávním konstitucionalismem. Pro Kelsena je charakteristický důraz na odpovědnost a sankce v mezinárodním právu jako zcela klíčové prvky nutné pro jeho fungování jako právního řádu. Současný konstitucionalismus sice také klade důraz na odpovědnost, ale chybí její jednotné chápání. Vedle klasické odpovědnosti států (*State responsibility*) za protiprávní chování, což je dnes kodifikovaný institut obyčejového mezinárodního práva, se operuje také s odpovědností mezinárodních organizací, jednotlivců a dalších, nestátních aktérů, včetně korporací, a to odpovědností v širším smyslu (*accountability*). Důraz na sankce je také poněkud oslaben, a to nejen důrazem na řešení sporů (zejm. mezinárodní soudnictví), ale také na další mechanismy určené ke kontrole dodržování závazků (*compliance control*).

Odlíšnosti lze nalézt i v přístupu Kelsena a dnešních konstitucionalistů k institutu uznání státu. Pro Kelsena je zásadní rozlišení uznání jako politického aktu a právního aktu.<sup>53</sup> Zatímco politický akt znamená ochotu uznávajícího státu navázat normální politické a jiné vztahy s uznávaným, jde o volné uvážení státu, které může být spojené s podmínkami nebo bezpodmínečné, právní uznání je jednostranný akt, který potvrzuje, že uznávaná jednotka splňuje objektivní podmínky, aby byla státem ve smyslu mezinárodního práva, tj. subjektem práv a povinností stanovených mezinárodním právem.<sup>54</sup>

Naproti tomu u dnešních konstitucionalistů, kteří spojují právo na sebeurčení a uznání s principy demokracie a lidských práv, se zdá, řečeno z kelsenovského pohledu, že dochází právě k záměně politického a právního rozměru uznání státu. Přitom prosazení deklaratorního a bezpodmínečného uznání státu bylo významným výdobytkem moderního mezinárodního práva, dosaženým poprvé v Montevidejské úmluvě o právech a povinnostech států (1933)<sup>55</sup> a poté rozšířeným univerzálně. Znamenalo to definitivní porážku konceptu standardů civilizace, považovaných ve starším mezinárodním právu

<sup>53</sup> Viz KELSEN, H.: Recognition in International Law. Theoretical Observations. *The American Journal of International Law*, sv. 35, č. 4/1941, s. 605.

<sup>54</sup> *Ibid.*, s. 607–608.

<sup>55</sup> Viz The International Conference of American States, First Supplement, 1933–1940, s. 121.

za podmínku pro přijetí do rodiny „civilizovaných národů“ (rozuměno států).<sup>56</sup> Na tuto skutečnost není dobré zapomínat. Zdá se totiž, že často *bona fide* vnášením kritérií lidských práv a demokratických principů dochází k návratu něčeho velmi podobného „standardům civilizace“ z tradičního mezinárodního práva.

To ostatně souvisí s ještě obecnějším rozdílem mezi Kelsenem a dnešními mezinárodněprávními konstitucionalisty. I když Kelsen byl svými politickými názory levicově orientovaný liberál, svou teorii budoval jako ryzí nauku právní, důsledně oproštěnou od ideologických a politických vlivů. Naproti tomu soudobý konstitucionalismus není rozhodně hodnotově neutrální, naopak je založen na důrazu na lidská práva a demokratické principy. Jinak řečeno, neomezuje se na formální legalitu, ale jde mu také o efektivitu a legitimitu mezinárodního práva jako ústavního řádu.

Možný spor mezi Kelsenem a dnešními konstitucionalisty by se netýkal principů legality a efektivty, které by chápal jako přirozené podmínky pro fungování právního řádu, ale právě legitimacy. Jak známo, Kelsen odmítal přirozené právo, vědecké právní myšlení musí spočívat na normách pozitivního práva, bez spoléhání se na filozofické úvahy a bez vnášení politických a sociálních hodnot.<sup>57</sup>

Stejně tak by pro Kelsena byly asi těžko přijatelné koncepce *soft law*, nebo role nestátních aktérů, nebo dokonce právní pluralismus uznávající více zdrojů tvorby práva.

## 5. ZÁVĚR

Na konci tohoto zamyšlení budiž autorovi dovoleno, aby se pokusil odpovédět na otázku (možná poněkud spekulativní), co by dnes asi Kelsen řekl k mezinárodněprávnímu konstitucionalismu. Pravděpodobně by zaznamenal a ocenil rozvoj mezinárodního práva, včetně nárůstu role mezinárodních institucí a mezinárodního soudnictví. Asi by s uspokojením zaregistroval, že praxe mnoha států se přiklonila k monismu s předností mezinárodního práva. Současně by ale musel konstatovat, že některé jeho postřehy a obavy, např. ohledně fungování systému kolektivní bezpečnosti a reziduální svépomoci států, platí i po 70 letech. Patrně by připustil, že se vytváří něco jako mezinárodní ústava, ale ani dnes by nepovažoval tento proces za dokončený.

Je velmi pravděpodobné, že Kelsen by měl značné problémy s právem EU, jakkoliv by mu byla blízká centralizace a rozdělení kompetencí mezi instituce EU a obligatorní jurisdikce Soudního dvora, nemluvě ani o přednosti práva EU před vnitrostátním právem. Zdrojem problémů by ale asi mohla být snaha EU sebezprezentovat tento dílčí právní řád jako zcela autonomní, oddělený od (obecného) mezinárodního práva.

Co se týče teorií konstitucionalismu v mezinárodním právu, domnívám se, že Kelsen by se k nim asi vymezil spíše kriticky. Patrně by mu vadila jak značná vágnost a roztržičnost těchto teorií, tak vnášení politických a hodnotových kritérií do mezinárodněprávního řádu. Lze si dokonce představit, že by některé z těchto směrů označil za přirozenoprávní.

<sup>56</sup> Blíže srov. BECKER LORCA, A.: *Mestizo International Law. A Global Intellectual History 1842–1933*. New York: Cambridge University Press, 2015.

<sup>57</sup> Srov. RIGAUX, F.: Hans Kelsen... Op. cit., s. 340.

Nicméně záleží na úhlu pohledu. Někteří stoupenci konstitucionalismu v mezinárodním právu si sami kriticky uvědomují úskalí tohoto směru, že totiž konstitucionalistická interpretace mezinárodního práva by mohla nebezpečně svádět k nadměrným očekáváním. Takováto rekonstrukce reality by mohla falešně vytvářet iluzi legitimního globálního vládnutí. Podle této sebekritické reflexe si však mezinárodní a ústavní právníci uvědomují, že „konstitucionalismus“ není hotová odpověď, ale určitá perspektiva, která by mohla pomoci při kladení správných otázek rovnosti, spravedlnosti a efektivnosti.<sup>58</sup>

Z tohoto pohledu lze uzavřít, že přes určité odlišnosti není mezi učením H. Kelsenova a mezinárodněprávního konstitucionalismu nepřekonatelná propast. Pokud budeme oboje chápat nikoli jako uzavřený model, ale spíše jako určité metody určené k výkladu existujícího, platného mezinárodního práva, pak si lze z nich vybrat poučení.

Z Kelsenova učení zůstává inspirující jeho logický přístup k právnímu řádu, včetně mezinárodního práva, který vnímá jako uspořádaný celek. Důležité je i připomenutí, že právní normy nevznikají přímo ze společenské reality, ale na základě určitého normotvorného procesu, ve kterém mají rozhodující roli státy. Proto je třeba odlišovat pohled (a metody) právní vědy a politologie, resp. mezinárodních vztahů. Na druhé straně nám mezinárodněprávní konstitucionalismus připomíná vázanost všech subjektů, včetně států, normami mezinárodního práva, vzrůstající roli mezinárodních organizací a soudů, jakož i to, že mezinárodní právo není hodnotově neutrální, ale slouží k ochraně míru, spravedlnosti a lidských práv.

prof. JUDr. Pavel Šturma, DrSc.  
Univerzita Karlova, Právnická fakulta  
sturma@prf.cuni.cz

---

<sup>58</sup> Viz PETERS, A.: Conclusion. In KLABBERS, J. – PETERS, A. – ULFSTEIN, G.: Op. cit., s. 344.



## STUPŇOVITÁ STRUKTURA MEZINÁRODNÍHO PRÁVA: STRUKTURÁLNÍ ANALÝZA NAMÍSTO MYSTIKY PRAMENŮ

JÖRG KAMMERHOFER

**Abstract:** **The Hierarchical Structure of International Law: Structural Analysis, not Mysticism of the Sources of Law**

The prevalent doctrine of international law considers Article 38 of the Statute of the International Court of Justice to be an authoritative list of the sources of international law. There are, however, many theories about the sources of international law. Moreover, the traditional approach is burdened by many inconsistencies and misrepresentations. The ‘*Stufenbau*’ theory of the hierarchy of norms, founded by Hans Kelsen and Adolf Julius Merkl, is based on a legal-theoretically coherent approach and can therefore describe the complex structure of the international legal order in a more accurate manner. The *Stufenbau* theory views the legal order as a hierarchy of norms, connecting the rules and structuring them. In particular, the ‘hierarchy of legal conditionality’ explores the validity of norms and the circumstances of their formation. Legal norms can only be valid, if their creation is authorised by a higher norm and if the lower norm fulfils the requirements of the enabling provisions of the higher norm. Therefore, for every norm, there has to be a higher one, except for the highest enabling norm, which represents the positive-legal foundation of one particular legal order, the so called ‘historically first constitution’. The *Stufenbau* theory offers three variants as to how international law could be structured. We cannot say which one of these is the correct, and that would not be the aim of the structural analysis anyway. The *Stufenbau* theory and the structural analysis it enables therefore help us to understand the complexities of international law better than other legal theories.

**Keywords:** international law, sources of international law, Article 38 of the Statute of the International Court of Justice, the hierarchical theory of norms, hierarchy according to the conditions of law-making, first historical constitution

**Klíčová slova:** mezinárodní právo veřejné, prameny mezinárodního práva, článek 38 Statutu Mezinárodního soudního dvora, teorie stupňovité struktury, podmínky vytváření práva, první historická ústava

**DOI:** 10.14712/23366478.2017.21

## 1. ÚVOD<sup>1</sup>

Odborník na mezinárodní právo je nejprve konfrontován s „prameny“ mezinárodního práva a především s článkem 38 statutu Mezinárodního soudního dvora. Převládající právní nauka vidí v tomto článku autoritativní výčet právních pramenů, jinými slovy: Mezinárodní právo je přinejmenším odvozeno ze smluv, obyčejového práva a všeobecných právních zásad. Tato harmonie ovšem klame a debat o pramenech mezinárodního práva se vede spousta; nauka je navíc, nikoli překvapivě, prostoupěna protichůdnými tezemi a také do značné míry pověrami. Abychom do houštiny tradičního chápání pramenů práva vnesli trochu světla, chceme v tomto článku pohovořit o poněkud jiném přístupu: teorii stupňovité struktury právního řádu.

Odborníkovi na mezinárodní právo zde ukážeme, že pomocí této teorie je možné naplnit zvláště důslednou formu zdravého právního rozumu, neboť žádná jiná teorie práva není pro popsání struktury mezinárodního právního systému bez zkseslení vhodnější. Namísto pragmatismu, politizovaného „uznání“ a nekritického přejímání tradovaných autorit vychází teorie stupňovité struktury z právně-vědeckého ideálu čistě právní nauky a *právně-teoretického* kritického pohledu na argumenty dogmatiky. Teorie stupňovité struktury (Stufenbaulehre), jejímiž autory jsou Adolf Julius Merkl a Hans Kelsen, nám umožňuje odhlédnout od matoucí metafory pramenů a zaměřit se na *právo tvorby právních předpisů*. Žádný jiný teoretický přístup se tradičnímu porozumění pramenům neblíží více, zatímco se současně vyvarovává jeho chyb.<sup>2</sup>

Právnímu teoretikovi je na druhé straně mezinárodní právo a jeho nauka prezentována jako laboratoř pro teorii stupňovité struktury. Vznik a strukturu mezinárodního práva lze považovat za obzvláště poučný případ použití, neboť jednoduché struktury norem a učení – které obecně stále silně připomínají etatistický pozitivismus 19. století – a absence sjednocující právnické či právní kultury umožňují vidět detailnější chyby běžných teorií o pramenech práva a lépe zdůraznit výhody teorie stupňovité struktury. Nauka o mezinárodním právu ovšem také jasněji odhaluje limity průkaznosti čistě právní nauky než například rakouská nauka o ústavním právu. Vnitrostátní právní kultura může být schopna zakrýt problémy, v mezinárodním právu ovšem zeje otevřená rána.

---

<sup>1</sup> Tento příspěvek je přepracovaným německým zněním publikace: KAMMERHOFER, J.: Sources in Legal Positivist Theories. The Pure Theory's Structural Analysis of the Law. In BESSON, S. – D'ASPREMONT, J. (eds.): *The Oxford Handbook of the Sources of International Law*. Oxford, 2017, Dostupné z: <https://ssrn.com/abstract=2764238>. K teorii stupňovité konstrukce viz již: KAMMERHOFER, J.: *Uncertainty in International Law. A Kelsenian Perspective*. Abingdon, 2010; KAMMERHOFER, J.: Robert Walter. Die Normkonflikte und der zweite Stufenbau des Rechts. In JABLONER, C. et al. (eds.): *Gedenkschrift Robert Walter*. Wien, 2013; KAMMERHOFER, J.: Hans Kelsen in Today's International Legal Scholarship. In KAMMERHOFER, J. – D'ASPREMONT, J. (eds.): *International Legal Positivism in a Post-Modern World*. Cambridge, 2014.

<sup>2</sup> K různým typům teorie zdrojů podle Harta zde nelze z důvodu místa přihlídnout, k tomu viz: KAMMERHOFER, J.: Hans Kelsen in Today's International Legal Scholarship. Op. cit., s. 97–105; KAMMERHOFER, J.: International Legal Positivism. In HOFFMANN, F. – ORFORD, A. (eds.): *The Oxford Handbook of the Theory of International Law*. Oxford, 2016; KAMMERHOFER, J.: Positivistische Normbegründung. In HILGENDORF, E. – JOERDEN, J. C. (eds.): *Handbuch Rechtsphilosophie*. Stuttgart, 2017, s. 204–207.



## 2. TEORIE STUPŇOVITÉ STRUKTURY

### 2.1 „PRÁVNÍ ZDROJ“ JAKO METAFORA BRÁNÍCÍ POZNÁNÍ

Mezinárodní právníci si – stejně jako pravděpodobně všichni právníci – nejprve kladou jednu nezákladnější otázku: „Jaké právo platí?“ nebo „Jaké právo platí, pokud jde o určitou konkrétní skutkovou podstatu?“ Abychom na tuto otázku mohli odpovědět, nepotřebujeme ani absolutní důvod platnosti, ani konečnou definici „práva“. Tuto otázku bychom spíše měli vnímat alespoň na první pohled mnohem pragmatičtěji, protože se vlastně ptáme na to, kde právo „najít“: Odkud právo pochází? Jsou právní normy uplatňované účastníky řízení „skutečně“ součástí práva? Odpověď na tuto otázku se zdá být jednoduchá, neboť právo tvoří „právní prameny“ (zdroje) a předpokládané normy lze ověřit pomocí pramenů: Pokud vznikly v souladu s prameny, představují právo. Alespoň to tak vypadá. Ovšem člověk nemusí zacházet nijak hluboko do právně-filozofických úvah, aby toto chápání považoval za naivní. Prameny mohou být například pouhým „místem nálezu“, nikoli opodstatněním práva: Zdrojem poznání práva, nikoli zdrojem vzniku práva.<sup>3</sup> Člověk v nich vyhledává, aby získal autoritativní znalosti práva, aniž by toto místo samo o sobě bylo opodstatněním práva. Navzdory těmto a mnoha dalším teoretickým problémům zůstává výše položená otázka akutní.

Zvlášť závažnou a destruktivní se ukázala být metafora právních „pramenů“ („sources of law“). Představme si, že postupujeme po řece až k jejím pramenům, z nichž vyvěrá, a které se spojují a v širokém proudu plynou do údolí.<sup>4</sup> Tento obrazek v sobě skrývá velkou moc, neboť je velmi sugestivní, ovšem tím pádem také nebezpečný. Jako každá heuristika, tak i metafora pramenů stojí a padá se svým užitekem – je ale také silně omezená. V průběhu doby byla důvodem vývoje dogmatických konstruktů, které za svou existenci vděčí pouze použitému obrazu, nikoli analýze dynamické struktury právního řádu; to vedlo k závažným „zkreslením“. Sám Kelsen v „Hlavních problémech“ hovořil o jednom z těchto konstruktů, totiž že vznik práva neprobíhal právně.

Stejně jako vysvětlující disciplíny nedokážou odpovědět na poslední otázky týkající se plození a ničení bytí, jsou metafyzické povahy, tak i problém vzniku a zániku práva ... za hranicemi formálních právních úvah, je ... metajuristické povahy. ... [J]en [historicky-sociologická úvaha], nikoli však normativně-formální úvaha jurisprudence zaměřená pouze na „Má být“, může zachytit „tvorbu práva“, vznik právního „Má být“, tento metajuristický problém.<sup>5</sup>

<sup>3</sup> BULÍN, H.: Die Konstruktion des Begriffes „Rechtsquellen“ im allgemeinen und der Quellen des römischen Rechts im besonderen vom Standpunkt der Reinen Rechtslehre. In KUBEŠ, V. – WEINBERGER, O. (eds.): *Die Brünner rechtstheoretische Schule (Normative Theorie)*. Schriftenreihe des Hans Kelsen-Instituts 5. Wien, 1980.

<sup>4</sup> OPPENHEIM, L.: *International Law. A Treatise I*. Longmans, 1905, s. 20–21.

<sup>5</sup> KELSEN, H.: *Hauptprobleme der Staatsrechtlehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze*. Tübingen, 1911, s. 51, 89, 138, 181 a násl.

Ovšem při přechodu k dynamickému pohledu na právní řád,<sup>6</sup> k němuž došlo přibližně kolem roku 1920, se Kelsen tohoto názoru vzdal a spolu s Merklelem rozvinuli teorii stupňovité struktury, která na právní řád nahlíží jako na určitou stupňovitou pyramidu.<sup>7</sup> Protože však sám Kelsen uvízl v pasti metafory pramenů, budeme muset převládající nauce o mezinárodním právu prominout, že jde tak úporně v jejích stopách; načrtneme si zde krátce některá z jejích zkruslení:

- Právní prameny nejsou samy o sobě právem.
- Prameny mezinárodního práva na sobě nejsou rovnocenně a platně závislé.
- Normy těchto vzájemně nezávislých pramenů se však přesto mohou navzájem ovlivňovat nebo dokonce derogovat.
- Vytváření norem prostřednictvím rozdílných metod znamená, že jedna metoda nutně odpovídá jednomu zdroji.
- „Právní pramen“ jako producent práva (tj. zdroj původu práva) se zaměňuje s právním produktem (tj. norma mezinárodního obyčejového je součástí pramene „mezinárodní obyčejové právo“).

Tato metafora je jak příčinou právně-teoretických chyb tradiční nauky o pramenech mezinárodního práva, tak současně příznakem hlubších problémů.

## 2.2 OD PRAMENŮ MEZINÁRODNÍHO PRÁVA KE STUPŇOVITÉ STRUKTUŘE

Stupňovitá struktura je ovšem také obrazem vztahů norem právního řádu. Právní řád se na základě myšlenky hierarchické „pyramidy norem“ nejen nemění, ale nemůže být ani pouhým heuristickým prostředkem. Teorie stupňovité struktury představuje mnohem více normově-teoretický přístup, který zkoumá fungování jediného nezbytného vztahu mezi normami – *vztahu platnosti*. Teorie stupňovité struktury je produktem právní teorie a právní dogmatice má sloužit jako základ pro analýzu struktury pozitivních právních řádů. Ačkoli v moderních právních řádech obraz stupňovité pyramidy pravděpodobně postrádá na komplexnosti, není nutné odmítat právně-dogmatické výsledky vycházející z teorie stupňovité struktury, neboť jak je uvedeno výše, obraz strukturu nemění.<sup>8</sup> To proto, že myšlenka stupňovité struktury je výsledkem úvah o dynamických aspektech systémů norem, o „[těch] strukturách a systematických vztazích, které jsou předem vytyčeny pojmem práva a vykazují tudíž právní charakter“.<sup>9</sup> Kdyby tedy konstrukce z betonu vypadala spíše jako síť než jako pyramida, nebyly by tím ani dogmatika, ani právní teorie házeny přes palubu.

<sup>6</sup> PAULSON, S. L.: Zur Stufenbaulehre Merkl's in ihrer Bedeutung für die Allgemeine Rechtslehre. In WALTER, R. (eds.): *Adolf J. Merkl. Werk und Wirksamkeit. Ergebnisse eines Internationalen Symposiums in Wien (22.–23. März 1990)*. Schriftenreihe des Hans Kelsen-Instituts 14. Wien 1990, s. 41.

<sup>7</sup> Na tomto příkladu je obzvlášť patrné, že čistá právní doktrína je teorií vyvinutou společně a nikoli výhradně Kelsenovou zásluhou. Stupňovitá struktura byla především Merklelovou myšlenkou a Kelsen, Merkl a další ji dále rozvinuli, viz KAMMERHOFER, J.: Robert Walter. Die Normkonflikte und der zweite Stufenbau des Rechts. Op. cit., s. 238.

<sup>8</sup> MERKL, A. J.: Prolegomena einer Theorie des rechtlichen Stufenbaues. In VERDROSS, A. (eds.): *Gesellschaft, Staat und Recht. Festschrift für Hans Kelsen zum 50. Geburtstag*. Wien, 1931, s. 284, MerklGS I/1 s. 479 a násl.; LIPPOLD, R.: *Recht und Ordnung. Statik und Dynamik der Rechtsordnung*. Schriftenreihe des Hans Kelsen-Instituts 21. Wien, 2000, s. 386.

<sup>9</sup> BEHREND, J.: *Untersuchungen zur Stufenbaulehre Adolf Merkl's und Hans Kelsens*. Berlin, 1977, s. 11.

Strukturální analýza práva je nejvíce vědeckou metodou právního poznání; strukturální analýza nás vede přímo k stupňovité struktuře právního řádu, neboť otázka ohledně pramenů, je-li položena důsledně, se zaměřuje na to, co právo předepisuje ohledně vzniku práva. Ptáme se tedy výhradně práva na jeho vznik. Tento „autonomní“ způsob uvažování znamená, že právní věda zůstává věrna svému předmětu a akademický právník nedovolí, aby jeho disciplína splynula se sociologií, psychologií nebo teorií morálky. To vede přímo ke stavbě systému ze zmocňovacích norem a k pozitivisticky-normativistické metodě.

Teorie stupňovité struktury vychází z kategorického oddělení „je“ a „má být“; existuje pro ni právě jeden hierarchický koncept, který nutně vyplývá z myšlenky práva jako norem, jako „má být“, které je kategoricky oddělené od „je“.<sup>10</sup> Z dichotomie je-má být a tím pádem z normativismu čisté právní nauky vyplývá zaprvé, že normy představují „je“ (požadavek jejich dodržování), a zadruhé, že veškeré právo se skládá z norem. Normy mohou platit, tj. ve smyslu existence norem, „existovat“ jen tehdy, když lze jejich platnost vysvětlit existencí nějaké další normy.<sup>11</sup> Vždy je proto zapotřebí určitá norma, která by umožňovala vznik jiné normy. Norma, obrazně řečeno „vyšší“ nebo dokonce „zdroj“, umožňuje hovořit o platnosti jiné, „nižší“ normy, a tudíž je původem její „existence“. Vzniká z toho právě ono spojení, které obráceně umožňuje regres platnosti. Objektivní platnost práva vyplývá z řádu, tj. ze spojení norem do normativního řádu; je tedy systémově formální.

Tento statický vztah odvození platnosti je však lépe pochopitelný, když se dynamicky mění.<sup>12</sup> Zdrojová norma umožňuje vznik dalších norem, jejichž „existence“ z hlediska platnosti nutně vyžaduje zmocňovací ustanovení (není však dostačující), a které (proto) mohou být považovány za součást příslušného systému norem. „Neboť a pokud [norma] vznikla určitým způsobem, tj. způsobem určeným jinou normou, představuje tato norma bezprostřední opodstatnění její platnosti.“<sup>13</sup> Platí to ovšem také naopak: „Norma patří k právnímu řádu pouze proto, že je určována podle ustanovení jiné normy tohoto řádu.“<sup>14</sup> Protože je platnost dceřiné normy závislá na mateřské normě, lze hovořit o vazbě obou těchto norem; právo upravuje svůj vlastní vznik.<sup>15</sup>

Právní prameny se tak z mysteria nehybného hybatele stávají stěžejním bodem systémů norem. Když si položíme otázku, odkud pochází právo a jak má právo vznikat, ptáme se na určitou část právního řádu, hledáme zmocňovací ustanovení. Tato zmocňovací ustanovení jsou sice ústřední součástí práva, teoreticky ovšem nejsou ničím více než určitou normativní funkcí:<sup>16</sup> ty normy, které zmocňují lidi, aby vytvářeli normy.<sup>17</sup>

<sup>10</sup> BEHREND, J.: Op. cit., s. 61.

<sup>11</sup> KELSEN, H.: *Reine Rechtslehre*. Wien, 1960, s. 196.

<sup>12</sup> MERKL, A. J.: *Die Lehre von der Rechtskraft, entwickelt aus dem Rechtsbegriff. Eine rechtstheoretische Untersuchung*. Leipzig, 1923, s. 217; STOITZNER, B.: Die Lehre vom Stufenbau der Rechtsordnung. In PAULSON, S. L. – WALTER, R. (eds.): *Untersuchungen zur Reinen Rechtslehre. Ergebnisse eines Wiener Rechtstheoretischen Seminars 1985/86*. Schriftenreihe des Hans Kelsen-Instituts 11. Wien, 1986, s. 55; viz rovněž PAULSON, S. L.: Zur Stufenbaulehre Merkl's in ihrer Bedeutung für die Allgemeine Rechtslehre. Op. cit., s. 95.

<sup>13</sup> KELSEN, H.: *Reine Rechtslehre*. Op. cit., s. 228.

<sup>14</sup> Tamtéž, s. 239.

<sup>15</sup> Tamtéž, s. 73; STOITZNER, B.: Op. cit., s. 55.

<sup>16</sup> KELSEN, H.: *Allgemeine Theorie der Normen*. Wien, 1979, s. 82–84.

<sup>17</sup> KELSEN, H.: *Principles of International Law*. New York, 1952, s. 303.

„Zdroj“ je pak každé zmocňovací ustanovení, nikoli pouze některé „původní zdroje“ nebo „nezbytný původ veškerého mezinárodního práva“.

Na druhé straně, synteticky nebo konstruktivně vzato, lze na základě takového nezbytného spojení mezi dvěma normami vysledovat strukturu celého systému norem a systémy norem brát vůbec nejprve jako celek a až poté jako konglomerát pravidel.<sup>18</sup>

Právní řád není systémem rovnocenných, vedle sebe postavených právních norem, ale stupňovitou konstrukcí různých vrstev právních norem. Jejich celek je dán vztahem, který vyplývá ze skutečnosti, že platnost normy vytvořené podle jiné normy je založena na této jiné normě, jejíž vznik je určován jinými; regres, který nakonec ústí do – předpokládané – základní normy.<sup>19</sup>

Toto strukturování podle vztahu platnosti nazývá Merkl *stupňovitou strukturou podle právní podmíněčnosti*.<sup>20</sup> Vztah vzniku je hierarchický; pouze pokud jsou splněny všechny podmínky zmocňovacího ustanovení („pravidla vzniku práva“), může vzniknout norma příslušného právního řádu.<sup>21</sup> Ze spousty norem tak vzniká řád: „Aby mohl být chaos vytváření práva... vykládán jako právní vesmír, pak musí být... princip delegování... uznán jako projev společného původu“.<sup>22</sup> Poněvadž aby mohl být zvlášť důsledně zdůrazňován jen princip řádu, který je v právu již vymezen, nemůže se teorie stupňovité struktury setkávat s výčitkou idealizace práva. Stupňovitá struktura jako výraz imanentního uspořádání práva umožňuje také poznání více či méně komplexních struktur práva prostřednictvím právní vědy. Merkl nazývá tento proces „strukturální analýzou práva“, při níž jsou např. prostřednictvím vědy veřejného práva popisovány komplexní kaskády zmocňovacích norem, které jsou někdy spíše uspořádány v síti než pyramidálně.<sup>23</sup> V nauce o mezinárodním právu jsou naopak struktury pravděpodobně (ale nikoli nutně) méně složité. Stupňovitá konstrukce je tedy „výsledkem právní strukturální analýzy, jejíž cíl poznání ... je ... upozornit na ty struktury a systematické vztahy, které jsou definovány pojmem práva a vykazují tak z hlediska práva kolísavý charakter“.<sup>24</sup>

Ten, kdo se od abstraktní teorie norem přesune k odborné právní analýze konkrétních právních řádů, ten rychle zjistí, že proti naprosté rozmanitosti skutečných nebo možných normativních *obsahů* stojí relativně omezený počet *forem* regulí.<sup>25</sup> Tyto takzvané „právní formy“ jsou předmětem intenzivních diskusí v sekundární literatuře; základní myšlenka čisté právní nauky s největší pravděpodobností odpovídá názor Roberta Wal-

<sup>18</sup> LIPPOLD, R.: Op. cit., s. 402.

<sup>19</sup> KELSEN, H.: *Reine Rechtslehre*. Op. cit., s. 228; viz rovněž MERKL, A. J.: Prolegomena einer Theorie des rechtlichen Stufenbaues. Op. cit., s. 257 = WRS s. 1317, MerklGS I/1 s. 443.

<sup>20</sup> MERKL, A. J.: Prolegomena einer Theorie des rechtlichen Stufenbaues. Op. cit., s. 276 = WRS s. 1340, MerklGS I/1 s. 468; WALTER, R.: *Der Aufbau der Rechtsordnung. Eine rechtstheoretische Untersuchung auf Grundlage der Reinen Rechtslehre*. Graz, 1964, s. 60; STOITZNER, B.: Op. cit., s. 55–56. Stupňovitou konstrukci podle derogační síly nelze v tomto příspěvku diskutovat.

<sup>21</sup> KELSEN, H.: *Reine Rechtslehre*. Op. cit., s. 239; LIPPOLD, R.: Op. cit., s. 399; BEHREND, J.: Op. cit., s. 16–17.

<sup>22</sup> MERKL, A. J.: *Die Lehre von der Rechtskraft, entwickelt aus dem Rechtsbegriff. Eine rechtstheoretische Untersuchung*. Op. cit., s. 210.

<sup>23</sup> ÖHLINGER, T.: *Der Stufenbau der Rechtsordnung. Rechtstheoretische und ideologische Aspekte*. Wien, 1975, s. 17.

<sup>24</sup> BEHREND, J.: Op. cit., s. 11; viz rovněž STOITZNER, B.: Op. cit., s. 51.

<sup>25</sup> ZB MERKL, A. J.: *Die Lehre von der Rechtskraft, entwickelt aus dem Rechtsbegriff. Eine rechtstheoretische Untersuchung*. Op. cit., s. 207–209; Merkl, Prolegomena 252 = WRS 1311, MerklGS I/1 437.

tera: „Důvodem určení formy právních předpisů je pravidlo jejich vzniku; stejnou formu mají ty právní předpisy, které byly vytvořeny podle stejného pravidla vzniku.“<sup>26</sup> Pro tradiční nauku o mezinárodním právu by tyto právní formy představovaly pravděpodobně všechny normy, které pocházejí ze stejného zdroje. Podle tohoto chápání by tedy bylo celé mezinárodní obyčejové právo právní formou, neboť všechny příslušné normy byly vytvořeny na základě téže zmocňovací normy. Ovšem právě ve složitých právních řádech – avšak za určitých okolností také v řádech s jednodušší strukturou, jako je mezinárodní právo – může analýza struktury zmocňovacích norem dospět k výsledku, který je na hony vzdálen zjednodušujícímu tradičnímu chápání hierarchie pramenů a norem.<sup>27</sup> Skutečné pozitivní podmínky vzniku práva mohou být v rozporu s předpokladem sledu různých právních forem.<sup>28</sup>

### 2.3 ORTODOXNÍ NAUKA O PRAMENECH MEZINÁRODNÍHO PRÁVA

V úvodu byly zmíněny některé problematické postoje ortodoxní nauky o pramenech; čtyři nejdůležitější budou krátce popsány v této části a budou podrobeny kritice z pohledu teorie stupňovité struktury. Jako příklad ortodoxní doktríny může sloužit příspěvek Rüdiger Wolfruma k pramenům mezinárodního práva v „Max Planck Encyclopedia of Public International Law“.<sup>29</sup>

1. Externalita. V dogmatických spisech, jako je ten Wolfrumův, se tento symptom nachází jen skrytě, např.: „[I]nternational law is constituted by legally binding norms, stemming from different sources. The term ‚sources‘ refers to ... the process and procedure through which binding rules of international law ... are generated.“ (překlad: Mezinárodní právo tvoří právně závazné normy pocházející z různých pramenů. Termín „zdroje“ odkazuje na ... proces a postup, pomocí něhož jsou závazná pravidla mezinárodního práva... vytvářena.)<sup>30</sup> Prameny jsou tedy „mechanisms ... for the development of the international normative order“, (mechanismy... pro rozvoj mezinárodního normativního řádu)<sup>31</sup> „metody“, „projevy“ nebo „postupy“.<sup>32</sup> Z tohoto důvodu

<sup>26</sup> WALTER, R.: *Der Aufbau der Rechtsordnung. Eine rechtstheoretische Untersuchung auf Grundlage der Reinen Rechtslehre*. Op. cit., s. 55; viz rovněž STOITZNER, B.: Op. cit., s. 57, 81–82 (FN 57).

<sup>27</sup> LIPPOLD, R.: Op. cit., s. 393.

<sup>28</sup> WIEDERIN, E.: Die Stufenbaulehre Adolf Julius Merkl's. In GRILLER, S. – RILL, H. P. (eds.): *Rechtstheorie: Rechtsbegriff–Dynamik–Auslegung*. Wien, 2011, s. 92–100; ÖHLINGER, T.: *Der Stufenbau der Rechtsordnung. Rechtstheoretische und ideologische Aspekte*. Wien, 1975, s. 16–17.

<sup>29</sup> WOLFRUM, R.: Sources of International Law. In WOLFRUM, R. (eds.): *Max Planck Encyclopedia of Public International Law IX*. Oxford, 2012.

<sup>30</sup> Tamtéž, s. 300 RZ 6.

<sup>31</sup> Tamtéž, s. 310 RZ 58.

<sup>32</sup> PELLET, A.: Article 38. In ZIMMERMANN, A. – TOMUSCHAT, CH. – OELLERS-FRAHM, K. (eds.): *The Statute of the International Court of Justice*. Oxford, 2006, s. 700–701 RZ 75, FN 149–150; FITZMAURICE, G. G.: Some Problems Regarding the Formal Sources of International Law. In ASBECK, F. M. van et al. (eds.): *Symbolae Verzijl. Présentées au Prof. J. H. W. Verzijl à l'occasion de son LXX-ième anniversaire*. Den Haag, 1958, s. 154; SCHWARZENBERGER, G.: *International Law*. London, 1960, s. 24; JENNINGS, R. Y. – WATTS, A. (eds.): *Oppenheim's International Law*. London, 1992, s. 23; SHAW, M. N.: *International Law*. Cambridge, 2014, s. 49–51; STREBEL, H.: Quellen des Völkerrechts als Rechtsordnung. *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, sv. 36, 1976, s. 302–303; VIRALLY, M.: The Sources of International Law. In SØRENSEN, M. (eds.): *Manual of Public International Law*. London, 1968, s. 120.

jsou prameny buď postupy, jejichž pomocí vzniká právo,<sup>33</sup> nebo „formální“ pomocné prostředky k uznání práva (oproti důkazním prostředkům), nebo obojí – převládající nauka je v každém případě přesvědčena, že se nejedná o právní normy ani pravidla,<sup>34</sup> že existují jaksi mimo nebo vně práva, ať jako výsadní entita nebo jako prostředek ke zjištění práva.<sup>35</sup> Toto pojetí vidí prameny „pouze jako empirický popis postupů, během nichž obvyklým způsobem vznikají normy, které jsou pravidelně dodržovány... resp. brány jako zavazující“.<sup>36</sup> Zastánci ortodoxní nauky o mezinárodním právu si obvykle neuvědomují právně teoretické implikace svých postojů nebo si je nedovozují, proto lze o důvodech pouze spekulovat, např. možná rozdíl mezi právními prameny a opodstatněním mezinárodního práva: „The sources of the rules of law, while therefore distinct from the basis of law, are nevertheless necessarily related to the basis of the legal system as a whole.“ (překlad: „Prameny právních pravidel, ačkoli se odchylují od právního základu, nicméně nutně souvisejí se základy právního systému jako celku.“)<sup>37</sup> Přestože se připouští, že „source of a rule of law is ... to be found in the process ... from which it *derives its legal validity*“ (překlad: „pramen právního pravidla lze ... nalézt v procesu... z něhož vyplývá jeho právní platnost“),<sup>38</sup> není tím míněno, že je vhodné se zastávat opaku.

2. Rovnost důležitosti. Pro Wolfruma neexistuje (s výjimkou *ius cogens*) hierarchie pramenů.<sup>39</sup> Zdroje nelze najít na různých místech mezinárodního právního řádu, nacházejí se na jednom určitém místě.<sup>40</sup> Proto se nemohou podílet na hierarchii norem, jsou stejné a rovnocenné a stejným způsobem odděleny od (hmotných) právních pravidel. Podřízené prameny (chápané jako produkt), např. určitá usnesení Rady bezpečnosti OSN, jsou rovnocenné mezinárodněprávním smlouvám a mezinárodnímu obyčejovému právu,<sup>41</sup> ačkoli zmocňovací norma usnesení se jednoznačně nachází ve smlouvě, konkrétně v Chartě OSN.

<sup>33</sup> PELLET, A.: Op. cit., s. 777 RZ 277.

<sup>34</sup> BOS, M.: The Recognized Manifestations of International Law. A New Theory of “Sources”. *German Yearbook of International Law*, sv. 20, 1977, s. 10–11; CASSESE, A.: *International Law*. Oxford, 2005, s. 153; GIHL, T.: *The Legal Character and Sources of International Law*. Scandinavian Studies in Law 1, 1957, s. 83; HULSROJ, P.: Three Sources – no River. A Hard Look at the Sources of Public International Law with Particular Emphasis on Custom and “General Principles of Law”. *Zeitschrift für öffentliches Recht*, sv. 54, 1999, s. 234; VERDROSS, A. – SIMMA, B.: *Universelles Völkerrecht*. Berlin, 1984, s. 323–324.

<sup>35</sup> K poslední variantě: D’ASPROMONT, J.: *Formalism and the Sources of International Law. A Theory of the Ascertainment of Legal Rules*. Oxford, 2011.

<sup>36</sup> FASTENRATH, U.: *Lücken im Völkerrecht. Zu Rechtscharakter. Quellen, Systemzusammenhang, Methodenlehre und Funktionen des Völkerrechts*, Berlin, 1991, s. 86.

<sup>37</sup> JENNINGS, R. Y. – WATTS, A. (eds.): *Oppenheim’s International Law*. London, 1992, s. 23; viz rovněž: MENON, P. K.: *An Enquiry into the Sources of Modern International Law*. *Revue de Droit International, de Sciences Diplomatiques et Politiques* 64, 1986, s. 181; CORBETT, P. E.: The Consent of States and the Sources of the Law of Nations. *British Year Book of International Law*, sv. 6, 1925, s. 20–30; VAN HOOFF, G. J. H.: *Rethinking the Sources of International Law*. Deventer, 1983.

<sup>38</sup> JENNINGS, R. Y. – WATTS, A. (eds.): *Oppenheim’s International Law*. London, 1992, s. 23.

<sup>39</sup> WOLFRUM, R.: Op. cit., s. 301 RZ 11; viz rovněž PELLET, A.: Op. cit., s. 778–780 RZ 282–288; SHAW, M. N.: *International Law*. Cambridge, 2014, s. 87–88.

<sup>40</sup> Viz JENNINGS, R. Y. – WATTS, A. (eds.): Op. cit., s. 15, s. 23; FITZMAURICE, G. G.: Op. cit., s. 154.

<sup>41</sup> BOS, M.: Op. cit., s. 10–11.



3. Možnost derogace. Pokud s běžnou doktrínou mezinárodního práva přijmeme rovnocennost pramenů mezinárodního práva, dá se očekávat, že bude zastáván názor, že normy z různých pramenů se nemohou dotýkat. Opakem je případ: „International law sources form a unity and, as such, influence and supplement each other. ... The relationship between the sources is to be established on a case-by-case basis“ (překlad: „Prameny mezinárodního práva tvoří celek a jako takové se navzájem ovlivňují a doplňují. Vztah mezi zdroji je třeba stanovit vždy případ od případu.“)<sup>42</sup> Vztah mezi paralelní, vzájemně nezávislou platností smlouvy a obyčejce<sup>43</sup>, rozvinutý v rozsudku Mezinárodního soudního dvora v případě Nikaraguy, se zploští na možnost vzájemné derogace.

4. Forma. Metody vytváření norem se někdy stávají prameny mezinárodního práva jednoduše proto, že je možné normy takto vytvářet, jako například smluvní právo prostřednictvím synallagmatické dohody nebo obyčejové právo prostřednictvím praxe. Wolfrum tvrdí, že protože „[a] variety of mechanisms are available in international law to gain consent, uphold consent, or to ensure that a norm under consideration meets the principles of fairness, equity, and justice“ (překlad: „[a] v mezinárodním právu je k dispozici řada mechanismů pro získání souhlasu, potvrzení souhlasu nebo zajištění toho, aby uvažovaná norma splňovala principy čestnosti, slušnosti a spravedlnosti“),<sup>44</sup> jsou tyto postupy pro vytváření mezinárodního práva vhodné a každý takový postup představuje zdroj práva.

#### 2.4 KRITIKA A REKONSTRUKCE

Na tomto místě by bylo možné uvést více než čtyři zmíněné symptomy, ovšem tyto jsou pro problematiku typické a jsou rozebírány v následující kritice. Rozhodující doktrína snad vychází z toho, že se „objevilo“ hmotné mezinárodní právo, aniž by byl samotný tento proces nějak právně regulován, neboť mezinárodní právo nezná žádnou psanou ústavní listinu a sama myšlenka ústavy mezinárodního práva je odmítána.<sup>45</sup> Situaci dnešní nauky o mezinárodním právu lze potud srovnat s německou naukou o státním právu z počátku 19. století.<sup>46</sup> Vzhledem k tomu, že přinejmenším smlouva, obyčejové právo a všeobecné právní principy se považují za původní zdroje mezinárodního práva, a nejsou tedy upravovány jinými normami, zdá se, že jejich vznik je věcí politiky nebo státní filozofie a nikoli práva. Myšlenka, že prameny práva jsou samy právem a že ústavy jsou v souladu s právem, byla populární v německy hovořících zemích až v průběhu 19. století – i zde je nauka o mezinárodním právu spíše izolovaná vesnici v „provincii vzdálené od centra myslí“.<sup>47</sup>

Ovšem i když jsou motivy převládající nauky srozumitelné, postoj díky tomu není přijatelnější. Ten, kdo vidí právní prameny jako něco jiného než právo, tj. jako normy,

<sup>42</sup> WOLFRUM, R.: Op. cit., s. 311, 300 RZ 60, 6.

<sup>43</sup> *Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Merits, Rozsudek ze dne 27. června 1986, ICJ Reports (1986)14 (95, 96 RZ 177, 179).

<sup>44</sup> WOLFRUM, R.: Op. cit., s. 300 RZ 4.

<sup>45</sup> D'AMATO, A. A.: *The Concept of Custom in International Law*. Ithaca, 1971, s. 91.

<sup>46</sup> ZB STOLLEIS, M.: *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland II: Staatsrechtslehre und Verwaltungswissenschaft 1800–1914*. München, 1992, s. 99–102.

<sup>47</sup> KELSEN, H.: *Reine Rechtslehre*. Op. cit., s. IV.

ten musí být schopen postavit se námitkám, že podporuje určitou libovolnost, neboť právo pak může vzniknout každou „metodou“, pokud je pro proponenta přijatelná. Další námitka je založena na kategorickém oddělení „Je“ a „Má být“. Pokud by šlo právo zredukovat na skutečnosti, nemohly by být normy rozpoznány, nemohlo by se o nich mluvit a vůbec by nebylo možné si je představit v mysli.<sup>48</sup> Smysl příkazu „sedni si!“ by byl nesrozumitelný. Ten, kdo uznává zakazovací nebo rozkazovací normy, ovšem přesně toto dělá: jsou „něčím“, co se *má* dodržovat, *pokyny* k chování, které ovšem podle okolností ve skutečnosti dodržovány nejsou. Proč by měly být zmocňovací normy uznávány jinak než normy chování? Pokud mají být ideály něco kategoricky jiného než realita, pak by musel být vznik norem upravován normami, neboť pokud by normy utvářely pouze skutečnosti, pak by se obě kategorie překrývaly. Skutečné postupy jsou samozřejmě součástí vzniku práva – zmocňovací normy předepisují např. průběh voleb nebo publikaci ve sbírce zákonů – ovšem nepředstavují dostatečnou podmínku pro vznik práva. Politologicky řečeno je *obsah* právních norem spolurozhodován zcela neprávními faktory: Z násilnění je zakázáno v neposlední řadě proto, že takové chování je z morálního hlediska považováno za zavrženíhodné; řídit motorová vozidla pod vlivem alkoholu je zakázáno, protože je žádoucí předcházet dopravním nehodám. Tyto motivy ovšem nejsou opodstatněním těchto zákazů.

Jestliže jsou prameny právního řádu považovány za nutně rovnocenné, pak se myšlenka nutnosti vyvyšuje nad vědecko-právní analýzu „skutečné“ pozitivně-právní struktury tohoto právního řádu. Je dobře možné, že smlouva, obyčejové právo a všeobecné právní principy jsou také „rovnocenné“, ovšem není to nutně tak. Tím, že teorie stupňovité struktury staví do popředí vědecko-právní analýzu zmocňovacích norem pozitivního práva, pomáhá nám rozpoznat, že je otázkou konkrétní úpravy pozitivního práva, jak jsou prameny mezinárodního práva uspořádány, a úkolem právní dogmatiky je zjistit, jak, kde a jaké zmocňovací normy platí v mezinárodním právu, a jaké normy na jejich základě vznikly nebo mohou vzniknout. A fortiori to platí pro otázky derogace, neboť bez vztahu podřízenosti neexistuje žádný vztah platnosti ani mezi dvěma zmocňovacími normami, ani mezi normami, které vznikly na jejich základě. V zásadě<sup>49</sup> proto pro rovnocenné zdroje platí, že neexistují žádné vztahy derogace.

### 3. STUPŇOVITÁ STRUKTURA V MEZINÁRODNÍM PRÁVU

Při přechodu od právní teorie k právně-teoreticky informované dogmatice mezinárodního práva má být nyní na základní problém obyčejového práva v oblasti mezinárodního práva použita teorie stupňovité struktury: v porovnání s národními právními řády relativně větší nejistota ohledně toho, jak je tvořeno nejvyšší zdrojové právo. Tímto způsobem lze sice „vyřešit“ jen několik problémů, ovšem přinejmenším může být otázka položena „čistěji“, tj. takovým způsobem, aby teorie a pozitivní právo nebyly vzájemně míchány, aby vědecké metody, které spolu nejsou vzájemně sladěny, nebyly

<sup>48</sup> KELSEN, H.: *Allgemeine Theorie der Normen*. Op. cit., s. 49.

<sup>49</sup> Srov. ovšem KAMMERHOFER, J.: *Uncertainty in International Law. A Kelsenian Perspective*. Op. cit., s. 139–194.



házeny do jednoho hrnce, a aby politické preference nebyly vydávány za zájmy o poznání. Z tohoto důvodu je třeba se v následující části věnovat některým dopadům teorie stupňovité struktury na úpravu nejvyšších zmocňovacích norem mezinárodního práva.

Relevanci tohoto problému pro každodenní právně dogmatickou práci může ilustrovat stručný příklad. Odborníci na mezinárodní právo se ptají, za jakých předpokladů vzniká mezinárodní obyčejové právo. Vzorec: „*usus plus opinio iuris* rovná se zvykové právo“ je známý, ovšem ani na této velmi abstraktní úrovni nepanuje jednotu. Existují důležité hlasy, které by se jednoho nebo druhého prvku vzdaly. I když se to považuje za scestné a jak praxe, tak rovněž právní přesvědčení jsou brány jako nezbytné, není jisté, co je právě nyní nutné pro naplnění dvou podmínek skutkové podstaty. Převládající naukou a stálou judikaturou například je, že pro vznik obyčejového práva je relevantní „verbální praxe“, např. vyjadřování stanovisek, smlouvy z oblasti mezinárodního práva nebo rezoluce OSN. Mělo by zůstat nerozhodnuto, zda je tomu tak. Relevantní je, k jakému typu argumentace nauky patří. Otázka akademického právníka by měla znít: „Jak je uspořádáno pravidlo vzniku mezinárodního obyčejového práva?“ Metodicky špatný je postup ortodoxní doktríny, která spadá do nekritického „empirismu“ a jejíž argumenty se pohybují v kruhu. Verbální praxe je relevantní, *protože* se na ně všichni – včetně soudů – spoléháme: „[T]he above authorities (výše uvedené autority) [které verbální praxi upírají právní relevanci] cannot support their views on State practice with State practice“ (nemohou podpořit své názory na státní praxi *pomocí* státní praxe).<sup>50</sup>

Jak je uvedeno výše, ortodoxní doktrína je toho názoru, že právní prameny jsou pouhými „metodami“ nebo „postupy“ k vytváření práva a že jsou založeny na faktech: pouze z chování a akceptace se určuje, jak právo vzniká. Pokud je však mezinárodní právo normou, pak i jeho zdroje musejí být právními normami. Právo určuje na jedné straně podmínky skutkové podstaty pro vznik práva (tedy např. „*usus a opinio*“), ovšem na druhé straně také počet, hierarchické postavení a vztah mezi prameny mezinárodního práva. Jednalo by se o určité meta-meta-právo vzniku pramenů. Platí tedy, že je třeba najít takové pravidlo vzniku práva, které upozorňuje na to, jak vznikají „nejvyšší“ zmocňovací normy.<sup>51</sup>

Teorie stupňovité struktury dala této nejvyšší úrovni pozitivních norem dva názvy: jednak „materiální ústava“,<sup>52</sup> a jednak „historicky první ústava“ – v každém případě jde o základní pozitivní normy právního řádu, zde: mezinárodního práva.<sup>53</sup> Úlohou nauky o mezinárodním právu je tudíž „analýza pozitivních právních zásad ústavy mezinárodního práva“<sup>54</sup>.

<sup>50</sup> VILLIGER, M.: *Customary International Law and Treaties. A Manual on the Theory and Practice of the Interrelation of Sources*. Den Haag, 1997, s. 19–20.

<sup>51</sup> RUB, A.: *Hans Kelsens Völkerrechtslehre. Versuch einer Würdigung*. Zürich, 1995, s. 312–313.

<sup>52</sup> KELSEN, H.: *Reine Rechtslehre*. Op. cit., s. 228; viz rovněž: ALEXI, R.: Hans Kelsens Begriff der Verfassung. In PAULSON, S. L. – STOLLEIS, M. (eds.): *Hans Kelsen. Staatsrechtslehrer und Rechts theoretiker des 20. Jahrhunderts*. Tübingen, 2005, s. 333.

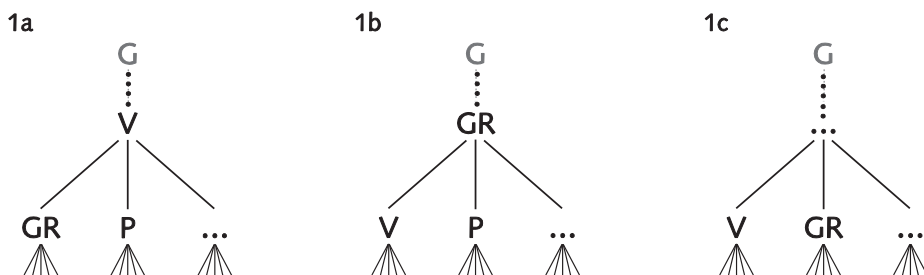
<sup>53</sup> KUNZ, J. L.: The “Vienna School” and International Law. *New York University Law Quarterly Review*, sv. 11, 1934, s. 412.

<sup>54</sup> MÉTALL, R. A.: Skizzen zu einer Systematik der völkerrechtlichen Quellenlehre. *Zeitschrift für öffentliches Recht*, sv. 11, 1931, s. 421.

### 3.1 ZDROJOVÁ ARCHITEKTURA MEZINÁRODNÍHO PRÁVA

Jak by tedy mohla být taková stupňovitá konstrukce mezinárodního práva strukturována? V mezinárodním právu jsou hranice našeho právního uznání daleko užší, než je tomu v oblasti vnitrostátního práva. Vycházíme-li arguendo z toho, že ortodoxní názor je pravdivý přinejmenším do té míry, pokud podle článku 38 Statutu Mezinárodního soudního dvora existují smlouva, obyčejové právo a všeobecné právní zásady. Logicky existují tři možnosti, jak by tyto tři prameny mohly být ve stupňovité konstrukci uspořádány.

1. Jeden z pramenů je původní a ten nejvyšší, ostatní zdroje jsou z něho odvozeny. Zmocňovací normy ostatních se nacházejí v těch normách, které podle nich byly vytvořeny.<sup>55</sup> Mohlo by se jednat o smluvní právo, ovšem taková ústavní smlouva jednoduše neexistuje. Ani samotná Charta OSN ani Statut Mezinárodního soudního dvora tuto funkci nevykonávají, zejména proto, že článek 38 upravuje pouze rozhodné právo pro soud, nikoli veškeré zdroje mezinárodního práva. Vrchol hierarchie pramenů by mohl tvořit také zvykové právo, jak v každém případě zastával Kelsen v roce 1952.<sup>56</sup> Zmocňovacími normami, např. pro mezinárodněprávní smlouvy (*pacta sunt servanda*), by tak vždy byly samy normy obyčejového práva. *Opinio iuris* se pro to možná dá najít, ovšem k vytvoření tohoto typu norem je zapotřebí také *usus*. Je ovšem velmi pochybné, zda skutkovou podstatu zmocnění – Má být – lze skutečně zachytit prostřednictvím faktické pravidelnosti jednání (praxe).<sup>57</sup>



Obrázek 1: Varianta 1 – Zdroj mezinárodního práva je nejvyšší.<sup>58</sup>

2. Skutečné mezinárodní ústavní právo, pozitivní zmocňovací norma, stojí nad všemi prameny mezinárodního práva, například ve formě mezistátního konsenzu, o němž hovoří Verdross:<sup>59</sup> „Vedl... v hodině zrození mezinárodního práva... k uznání smluv, obyčejového práva a všeobecných právních zásad jako... formálních způsobů vzniku

<sup>55</sup> RUB, A.: *Hans Kelsens Völkerrechtslehre. Versuch einer Würdigung*. Zürich, 1995, s. 337.

<sup>56</sup> KELSEN, H.: *Principles of International Law*. Op. cit., s. 418.

<sup>57</sup> KAMMERHOFER, J.: *Uncertainty in International Law. A Kelsenian Perspective*. Op. cit., s. 72–74.

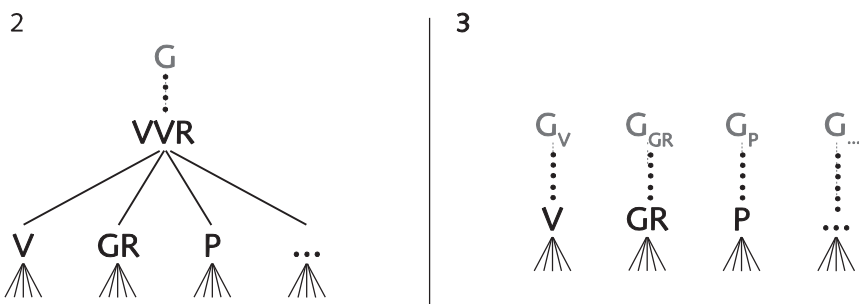
<sup>58</sup> Legenda ke všem obrázkům: G: Grundnorm > základní norma, V: Völkervertragsrecht > mezinárodní smluvní právo, GR: Völkergewohnheitsrecht > mezinárodní obyčejové právo, P: allgemeine Rechtsprinzipien > všeobecné právní zásady, ...: další zdroje, VVR: Völkerverfassungsrecht, N<sub>A, B, ...</sub>: Verhaltensnormen.

<sup>59</sup> VERDROSS, A. – SIMMA, B.: *Universelles Völkerrecht*. Berlin, 1984, s. 324.

mezinárodního práva.<sup>60</sup> První normy mezinárodního práva by tedy „nevznikly ani na základě formální ústavní smlouvy, ani prostřednictvím opakované praxe mezinárodního práva, nýbrž na základě neformálního konsenzu mezi tehdejšími mocipány“,<sup>61</sup> který by ovšem nepředstavoval „žádný hypotetický útvar, nýbrž soustavu norem, které *skutečně* tvoří základ mezinárodnímu obyčejovému právu i formálnímu smluvnímu právu“.<sup>62</sup> Je pravda, že Verdross nepovažuje konsenzus za opodstatnění mezinárodního práva,<sup>63</sup> dalo by se však arguendo pro zde sledovaný účel předpokládat, že to tak je. Konsenzus by pak byl skutkovou podstatou nejvyšší pozitivní normy mezinárodního práva, a tudíž takzvanou „historicky první ústavou“ mezinárodního práva.<sup>64</sup> Tato formulace se zdá pro mezinárodní právo neobvyklá, ovšem Kelsenovy úvahy jsou zakotveny v ústavní debatě a tento terminus technicus se vžil. Kelsen ji objasňuje v rámci regresi platnosti takto:

[Z]eptáme-li se na důvod platnosti norem, které upravují vznik obecných norem... dostaneme se možná ke starší státní ústavě; to znamená: platnost stávající státní ústavy odůvodňujeme tím, že vznikla podle ustanovení předcházející státní ústavy prostřednictvím ústavní změny ústavy...; a tím pádem [se dostaneme] nakonec k historicky první státní ústavě, kterou již nelze odvodit z další [pozitivní] normy, státní ústavy, která vstoupila v platnost... revolučním procesem...<sup>65</sup>

Historicky první ústava je hierarchicky nejvyšší *pozitivní* normou pozitivního systému norem. Není spojena s žádnou další pozitivní zmocňovací normou a její platnost je předpokládána prostřednictvím základní normy<sup>66</sup>. Tato historicky první ústava je zdůrazňována i v mezinárodním právu, neboť je nezbytnou součástí každého právního řádu a z právního hlediska určuje zdroje práva. Teoreticky by fungovala i druhá varianta, je zde však jeden právně-dogmatický problém, neboť bychom museli nejprve dokázat, že taková norma byla skutečně vytvořena. Jak by ovšem bylo možné dokázat, že takový akt vůle vůbec existoval? Zdá se nemožné a také nepravděpodobné, že by společenství



Obrázek 2: Varianta 2 – Pozitivní ústavní norma nad zdroji; varianta 3 – Každý zdroj je vlastním právním řádem.

<sup>60</sup> Tamtéž, s. 324.

<sup>61</sup> VERDROSS, A.: *Die Quellen des universellen Völkerrechts*. Freiburg, 1973, s. 20.

<sup>62</sup> Tamtéž, s. 20–21.

<sup>63</sup> VERDROSS, A. – SIMMA, B.: *Universelles Völkerrecht*. Op. cit., s. 327.

<sup>64</sup> KELSEN, H.: *Principles of International Law*. Op. cit., s. 411.

<sup>65</sup> KELSEN, H.: *Reine Rechtslehre*. Op. cit., s. 203.

<sup>66</sup> MÉTALL, R. A.: Op. cit., s. 421.

států přibližně v době uzavření Vestfálského míru výslovně nebo implicitně dosáhlo konsenzu ohledně vzniku původních norem mezinárodního práva (tedy pramenů mezinárodního práva). Bez důkazu pozitivivity ovšem nemůžeme vycházet z pozitivní ústavní normy.

3. Třetí varianta je nejpravděpodobnější, teoreticky nejzajímavější, ovšem není nejestetičtější. Pokud mezi zdroji mezinárodního práva neexistuje žádný vztah platnosti, pak spolu tyto zdroje také nejsou propojeny. Tyto tři zdroje nejsou ve stejném vztahu vzniku ani hierarchickém vztahu a nejsou součástí téže stupňovité konstrukce.<sup>67</sup> To by znamenalo, že když hovoříme o „mezinárodním právu“, máme na mysli nikoli jeden, ale tři (nebo více) právních řádů. Pojem „mezinárodní právo“ by pak neoznačoval *jeden* právní řád; nejednalo by se o výsledek strukturální analýzy platného práva, ale o empirickou klasifikaci skupiny právních řádů.

### 3.2 MŮŽE BÝT ZÁKLADNÍ NORMA SPOJUJÍCÍM PRVKEM?

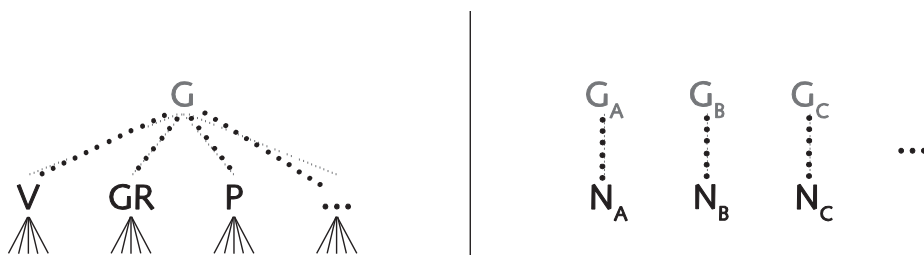
Jsou-li tedy zdroje mezinárodního práva všechny rovnocenné a nezakládají-li se na sobě ani na společné ústavě, pak neexistuje žádný vztah platnosti a třetí varianta je jediným zbývajícím řešením. Může ryzí nauka právní v tomto případě „zachránit“ jednotu mezinárodního právního řádu, nebo je nutné se omezit na konstatování její fragmentace? Jestliže tedy strukturální analýza vztahů platnosti vede k výsledku, že zdroje nejsou propojené, například jestliže vznik smluv v oblasti mezinárodního práva nebyl zmocněn pozitivní normou, pak musí být – *pacta sunt servanda* – předpokládána základní norma, aby bylo vůbec možné uznat smluvní právo jako normy. Základní norma, „která ustanovuje jednotu celé řady norem tím, že představuje základ pro platnost všech norem náležejících k tomuto řádu“,<sup>68</sup> tedy současně vylučuje všechny normy, které k právnímu řádu nepatří. Jako epistemický mechanismus – všichni předpokládají, i nevědomky, základní normu, jestliže uznávají něco jako normy – základní norma neurčuje obsah pozitivního právního řádu, ale řídí se naopak podle obsahu nejvyšší pozitivní normy, tj. historicky první ústavy. Není pozitivní normou, která nařizuje, co by mělo právo být, ale to, co se děje, když něco uznáváme jako normu. V normo-ontickém smyslu nic nevytváří – pouze nám pomáhá uznávat. Proto základní norma také nemůže spojovat dvě nejvyšší pozitivní normy – tedy např. „*pacta sunt servanda*“ a „*consuetudines sunt servanda*“ – do jednoho jediného řádu norem, neboť „se omezuje na zřízení autority pro vydávání právních předpisů, a je proto koncepčně již podle svého obsahu jen singulární“. <sup>69</sup> Proto také nemůže tvořit spojovací prvek tam, kde pozitivní právo žádný nepředpokládá. Akademičtí právníci nemohou spojovat dva systémy norem tím, že si nad nimi představí spojující a sjednocující základní normu.

<sup>67</sup> Možná: KELSEN, H.: *Das Problem der Souveränität u. die Theorie des Völkerrechtes. Der soziologische u. der juristische Staatsbegriff*. Mohr, 1928, s. 106–107.

<sup>68</sup> KELSEN, H.: *Reine Rechtslehre*. Op. cit., s. 197. Viz rovněž MÉTALL, R. A.: Op. cit., s. 416; BEHREND, J.: Op. cit., s. 68–69; WALTER, R.: *Der Aufbau der Rechtsordnung. Eine rechtstheoretische Untersuchung auf Grundlage der Reinen Rechtslehre*. Op. cit., s. 47; 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. 92–93.

<sup>69</sup> BEHREND, J.: Op. cit., s. 28.

Zcela myslitelný je ovšem i opačný pohled a z velké části je také slučitelný s čistou právní doktrínou. Je pravda, že i z tohoto pohledu je pro uznání norem nezbytná základní norma, tu však lze přijmout na libovolném místě stupňovité struktury.<sup>70</sup> Proto si lze představit také základní normu, která je zřízena velmi komplexně a vzdáleně připomíná „rule of recognition“ (překlad: pravidlo uznání) Herberta Harta. Do základní normy by také mohl být zahrnut celý obsah příslušných zmocňujících norem. V případě mezinárodního obyčejového práva by se jednalo o nauku dvou prvků, časové, kvalitativní a kvantitativní předpoklady, definice opinio iuris a mnohé další. Lze tak rekonstruovat rovněž pozici ortodoxní nauky o pramenech, která představuje zdroje mezinárodního práva jako pouhá fakta; tuto pozici v každém případě podporuje krajní případ toho nejjednoduššího myslitelného systému norem. V tomto myšlenkovém experimentu by platila jen přesně jedna pozitivní norma – např. člověk, který ještě nikdy předtím neformuloval žádný příkaz, by nyní jinému nařizoval, aby vstal – a tato norma by byla uznatelná jako norma pouze tehdy, pokud by byla předpokládána tomu odpovídající základní norma. V tomto případě by podmínky pro vznik pozitivní normy byly začleněny do základní normy a nejvyšší pozitivní norma by nebyla zmocňovací normou, nýbrž normou chování.



Obrázek 3: Vlevo – Komplexní základní norma tvoří spojovací prvek; Vpravo – Mezní případ, kdy každá jednotlivá norma představuje vlastní systém norem.

Je dobře možné, že místo, kde se ve struktuře (údajně) stupňovité konstrukce předpokládá základní norma, je libovolné a že tato svoboda přispívá k fragmentaci myšlenky systému norem, resp. právní věda nabízí pro utváření strukturální analýzy velkou svobodu.<sup>71</sup> Přesto nemůže žádný z obou popsaných strategických postupů systém mezinárodního práva platně sjednotit, když nelze prokázat pozitivně právní spojení. Úlohou právní vědy je uznat pozitivní právo takové, jaké „je“, nikoli takové, jaké by „mohlo být“ – k tomu patří, že základní norma jako *předpoklad uznání* nemůže být náhradou za pozitivně právní vztah platnosti. I v samotném mezním příkladu nejjednoduššího systému norem by se obsah základní normy řídil podle pozitivních norem. Norma A by pak měla základní normu A, ale již další norma chování (norma B) by měla základní normu B a nikoli obecnou verzi základní normy, která by sjednocovala podmínky vzniku pro normu A a B.

<sup>70</sup> KAMMERHOFER, J.: *Uncertainty in International Law. A Kelsenian Perspective*. Op. cit., s. 193.

<sup>71</sup> Tamtéž, s. 187–193, s. 235.

#### 4. ZÁVĚR

Ústava mezinárodního práva, nejvyšší úroveň stupňovité konstrukce je spekulativní. Ovšem ani „anything goes“ (překlad: všechno jde) tu neplatí. Zde zvlášť platí, že je třeba pracovat metodicky čistě; čistá právní nauka zde není překonána teorií právní vědy. Myšlenka omezit právní vědu na to, aby na jedné straně co možná nejpřesněji popisovala a analyzovala pozitivní normy určitého systému norem a na druhé straně tyto normativistické poznatky nemíchala s empirickými, psychologickými nebo politologickými, není ani jednoduchá ani nevede k pohodlným řešením. O to však čisté právní nauce ani nejde: Naši disciplínu chápe jako analytickou, zkoumavou a vědeckou. Právní věda – nikoli všichni právníci – by měla upozorňovat na problémy a analyzovat je; „řešit“ je může jen velmi omezeně. V žádném případě se necítí povolána zbavovat politiku rozhodování prostřednictvím aplikace elitářského „právníckého práva“. Je výhodné přesáhnout pohodlné předpoklady ortodoxní dogmatiky mezinárodního práva a neopustit přitom základ pozitivního práva. Teorie stupňovité struktury jako teoretického základu strukturální analýzy pozitivního práva nám pomáhá vidět mezinárodní právo jasněji se všemi jeho „slabinami“ a „mezerami“ – a právě tyto přesnější vědomosti a jasnější vhled do struktury práva jsou pro pokrok právní vědy stěžejní. Jinak by nám každodenní operace aplikace práva zůstaly zcela nevyhnutelně záhadou. A není trocha půstu, konec obžerství argumentů a metod cenou, kterou bychom měli být akademickým právníkům ochotni zaplatit za lepší znalosti našeho předmětu?

Dr. Jörg Kammerhofer, LL. M  
University of Freiburg, Faculty of Law  
joerg.kammerhofer@jura.uni-freiburg.de

## PRÁVO EU A STÁTNÍ PRÁVO VE SVĚTLE NAUKY O HIERARCHICKÉM USPOŘÁDÁNÍ

MICHAEL POTACS

**Abstract:** **The EU Law and National Law in the Light of the Hierarchical Theory**

The hierarchical theory of norms, which is attributed to Kelsen and his pupil Merkl, states that all legal orders share the same, pyramid like structure, with constitutional law on top and individual legal acts on the bottom. Merkl differentiates two basic hierarchical structure models – hierarchy according to the conditions of law-making and hierarchy according to the derogatory power. In the international law theory, Kelsen preferred monism to explain the relationship between national and international law as opposed to dualism. Yet, when confronted with the hierarchical theory, dualism appears to be the better fit, since national and international law arise from different sources and even though they are certainly connected in many ways, neither has direct derogatory power over the other, nor constitutes a direct condition of the existence or applicability of the other. However, the above cannot be used to explain the relationship between European and national law – upon viewing the relationship from the hierarchical theory point of view, we come to the conclusion that even though European and national law are not part of the same hierarchical structure according to the conditions of law making, European law has the superior position in the hierarchy according to the derogatory power. This unique position is further supported by the fact that European law is primarily applied by the member states and their bodies, which gives the member states' courts a certain measure of control. The hierarchical theory therefore proves that European law does truly represent 'a new legal order of international law', as the European Court of Justice states.

**Keywords:** the hierarchical theory of norms, hierarchy according to the conditions of law-making, hierarchy according to the derogatory power, monism, relationship between national and international law, relationship between European and national law

**Klíčová slova:** nauka o hierarchickém uspořádání, hierarchické uspořádání podle souvislosti vzniku, hierarchické uspořádání podle derogatorní síly, monismus, vztah mezi vnitrostátním a mezinárodním právem, vztah mezi právem EU a vnitrostátním právem

**DOI:** 10.14712/23366478.2017.22

### I. ÚVOD

Za zakladatele nauky o hierarchickém uspořádání právního řádu je považován Adolf Julius Merkl,<sup>1</sup> který byl žákem Hanse Kelsena. Základní myšlenkou nauky o hierarchickém uspořádání je odhalit u všech pozitivních právních řádů společnou základní strukturu. Podle toho vykazují všechny pozitivní právní řády hierarchickou struk-

<sup>1</sup> WALTER, R.: *Der Aufbau der Rechtsordnun.* Wien, 1974, s. 53; KUCSKO-STADLMAYER, G.: *Der Beitrag Adolf Merkl's zur Reinen Rechtslehre.* In WALTER, R. (eds.): *Schwerpunkte der Reinen Rechtslehre.* Schriftenreihe des Hans Kelsen-Instituts 18. Wien, 1992, s. 110.



туру zasahující v rámci státního práva od ústavy přes běžné zákony až po individuální právní akty, jako jsou rozsudky a rozhodnutí státní správy.<sup>2</sup> Tímto způsobem je s touto naukou o hierarchickém uspořádání spojena představa „pyramidového“<sup>3</sup> rozvrstvení pozitivních právních řádů. Hans Kelsen zařadil nauku o hierarchickém uspořádání do své Ryzí nauky právní, a dokonce ji popsal jako její „podstatnou součást“<sup>4</sup>. Jak v prvním, tak i ve druhém vydání „Ryzí nauky právní“ věnuje Hans Kelsen hierarchickému uspořádání právního řádu vlastní kapitolu, jejíž ústřední věta zní: „Právní řád tedy není systém rovnocenných, na stejné úrovni vedle sebe stojících právních norem, nýbrž hierarchickým uspořádáním různých vrstev právních norem.“<sup>5</sup>

S integrací do systému Ryzí nauky právní se hierarchické uspořádání rozšířilo současně také o mezinárodní rozměr.<sup>6</sup> Protože v Ryzí nauce právní zastával Hans Kelsen „monistický“ názor, podle kterého vnitrostátní právo a mezinárodní právo tvoří jeden celek. Proti tomuto monistickému názoru je možné někdy namítat, k čemu se ještě bude vracet. Avšak nemělo by se přehlížet, že spojení mezi státním právem a právem EU je velmi výrazně jiné než tradiční vztah mezi vnitrostátním a mezinárodním právem. Na základě toho se budeme dále věnovat otázce, zda a do jaké míry se vztah mezi státním a evropským právem podřizuje hierarchickému uspořádání podle Ryzí nauky právní a zda je možné jej takto objasnit.

## II. NAUKA O HIERARCHICKÉM USPOŘÁDÁNÍ

Abychom se mohli této otázce dále věnovat, musíme se nejprve o něco blíže podívat na nauku o hierarchickém uspořádání právního řádu a její principiální nosnost pro výklad pozitivních právních řádů. Merklovo hierarchické uspořádání v rámci úvah stanoví, že si pozitivní právní řády samy upravují jak tvorbu, tak použitelnost a rušení vlastních právních norem. Na základě toho rozlišujeme mezi hierarchickým uspořádáním podle souvislostí vzniku a stupňovitým uspořádáním podle derogatorní síly. Je ovšem nutné poukázat, že se Kelsen ve svých pracích stále věnoval pouze hierarchickému uspořádání podle souvislostí vzniku.<sup>7</sup> Představa nauky o hierarchickém uspořádání bez odkazu na hierarchické uspořádání podle derogatorní síly by však byla neúplná, a proto se v následujících úvahách budeme zabývat i tímto aspektem modelu hierarchického uspořádání. Navíc Kelsen hierarchické uspořádání podle derogatorní síly sice nikdy výslovně nepřijal, ale také nikdy nezpochybnil. Především je ovšem třeba ukázat, že hierarchické uspořádání podle derogatorní síly by mohlo přispět k vy-

<sup>2</sup> Základy MERKL, A. J.: *Prolegomena einer Theorie des rechtlichen Stufenbaus*. FS Kelsen: Wien, 1931, s. 263.

<sup>3</sup> KOLLER, P.: *Theorie des Rechts*. Wien, 1997, s. 121; RAZ, J.: *The Concept of a Legal System*. Oxford, 1997, s. 98.

<sup>4</sup> KELSEN, H.: Adolf Merkl zu seinem siebzigsten Geburtstag am 23. März 1960. *Zeitschrift für öffentliches Recht*, 1959/60, s. 313.

<sup>5</sup> KELSEN, H.: *Reine Rechtslehre*. 1. Aufl. Leipzig, Wien, 1934, s. 74; KELSEN, H.: *Reine Rechtslehre*. 2. Aufl. Wien, 1960, s. 228.

<sup>6</sup> K tomu viz WIEDERIN, E.: Die Stufenbaulehre Adolf Julius Merkl's. In GRILLER, S. – RILL, H. P.: *Rechtstheorie. Rechtsbegriff – Dynamik – Auslegung*. Wien, New York, 2011, s. 85.

<sup>7</sup> Tamtéž, s. 105.



světlení vztahu mezi státním právem a právem EU, a proto nesmí být z následujících pojednání vynecháno. Co si ale nyní můžeme konkrétně představit pod stupňovitým uspořádáním podle souvislostí vzniku na straně jedné a stupňovitým uspořádáním podle derogatorní síly na straně druhé?

#### A. HIERARCHICKÉ USPOŘÁDÁNÍ PODLE SOUVISLOSTÍ VZNIKU

Představa hierarchického uspořádání podle souvislostí vzniku nebo podle právních podmínek vychází z názoru, že si pozitivní právní řády v rámci svých systémů samy upravují podmínky platnosti právních norem (a tím i jejich existenci<sup>8</sup>). Kelsenovými slovy platí právní norma v pozitivním právním řádu, „protože a pokud byla vytvořena stanoveným způsobem, to znamená způsobem uvedeným v jiné normě“.<sup>9</sup> Podmínky platnosti normy jsou stanoveny jinými normami dotčeného právního řádu. Za předpokladu, že je možné rozdělit rozmanitý právní materiál na vytvářející a vytvořené právo, přičemž vytvářející právo samo o sobě představuje právo vytvořené jinou normou právního řádu. Postavení právní normy vůči jiné právní normě se v tomto hierarchickém systému stanoví podle podmínek vzniku. Norma je tedy vůči jiné normě nadřazená, jestliže představuje podmínku jejího vzniku. Takto je možné v pozitivních právních řádech rozeznávat různé stupně vytvářeného a vytvářejícího práva.

Samozřejmě je třeba rovněž poukázat na to, že se tento obrázek stupně vytvářejících podmínek vzniku norem při bližším pohledu přeci jen trochu liší. Je tedy nejprve třeba stanovit, že je možné graduálně rozlišit právní podmínky vzniku norem. Bude-li jedna právní norma „absolutní“ podmínkou jiné normy, může být nižší právní norma vytvořena celkově pouze s dodržením vyšší normy, a tím získat platnost (tzn. „existenci“) v rámci právního systému. Právní řády však často předpokládají, že budou nejprve platit i protiprávně vytvořené normy. V takových případech jsou nadřazené normy pouze „relativní“ podmínkou vzniku nižších norem, protože protiprávně vytvořené normy sice platí, ale kvůli svým vadám mohou být v rámci právního systému (například rozhodnutím soudu) zrušeny. Byl to znovu Merkl, kdo upozornil na tento „chybový kalkul“<sup>10</sup> pozitivních právních řádů, se kterým je ale také třeba přímo počítat v rámci významového schématu hierarchického uspořádání podle souvislostí vzniku.

Především je ale třeba uvážit, že souvislosti vzniku norem jsou při přesnějším zkoumání mnohohrstvé a složité. Tak je tomu například u ústavní podmínky vzniku zákona o zveřejňování zákonů prostřednictvím určitých publikačních orgánů. Současně je ale takový zákon o zveřejňování zákonů rovněž podmínkou vzniku pro vytvoření norem ústavy.<sup>11</sup> Tento příklad ukazuje, že nadřazení a podřízení norem právního řádu může být skutečně rozmanité. Věc se ještě zkomplikuje, zamyslíme-li se nad tím, že zákon o zveřejňování zákonů musí být také dodržován, když bude třeba změnit samotný tento zákon. Není však jakýchkoliv pochyb, že podmínky pro vznik normy stanoví vždy

<sup>8</sup> K platnosti jako specifické „existenci“ norem viz KELSEN, H.: *Reine Rechtslehre*. Op. cit., s. 9 a násl.

<sup>9</sup> Tamtéž, s. 228.

<sup>10</sup> MERKL, A. J.: *Die Lehre von der Rechtskraft*. Wien – Leipzig, 1923, s. 293.

<sup>11</sup> K tomu viz WALTER, R.: Op. cit., s. 62.

jiná (nadřazená) norma.<sup>12</sup> Občas mohou právní ustanovení sama určovat podmínky své platnosti.

Nakonec je třeba se ještě zamyslet nad tím, že individuální právní akty (například listina vydaná spolkovým prezidentem) mohou být podmínkou platnosti obecných právních aktů (jako jsou zákony). To zpochybňuje představu hierarchického uspořádání, které má absolutní tvar pyramidy a sahá od relativně abstraktních norem (jako je ústava) ke stále konkrétnějším normám až po jednotlivá nařízení, jako jsou rozsudky a akty státní správy.<sup>13</sup> Při důkladné úvaze tedy představují podmínky vzniku právního řádu slovy Andráse Jakaba „složitě monstrum“<sup>14</sup>, které je podle názoru Josepha Raze lepší popsat jako „stromovou strukturu“<sup>15</sup> („stromový diagram“) než jako model pyramidového hierarchického uspořádání.

Ale je představa hierarchického uspořádání podle souvislostí vzniku, resp. právní podmíněnosti norem, touto námitkou skutečně narušena? Tuto pochybnost bych chtěl popřít, protože model pyramidového hierarchického uspořádání nabízí instruktážní popis typických souvislostí vzniku norem pozitivních právních řádů. Tento model je bezpochyby zjednodušením, přesto by mohl poskytnout typologickou charakteristiku pozitivního práva,<sup>16</sup> a proto by také neměl být bez dalšího odmítán.

## B. HIERARCHICKÉ USPOŘÁDÁNÍ PODLE DEROGATORNÍ SÍLY

Tímto se dostávám ke druhému prvku nauky o hierarchickém uspořádání, hierarchickému uspořádání podle derogatorní síly. Východiskem této úvahy je okolnost, že je samotným pozitivním právem regulován nejen vznik, ale i účinnost vůči ostatním normám. Pozitivní právo zejména rovněž také samo upravuje, jak dalece bude jedna norma omezovat účinnost a platnost druhé normy, nebo zda ji může úplně zrušit. Bude-li jedna norma oproti druhé v takovém postavení, bude jí „nadřazená“. Již z dosud uvedeného vyplývá, že lze vyvodit různé stupně derogatorní síly, které sahají od úplného zrušení přes dočasné pozastavení platnosti až po omezené odstranění nebo změnu.<sup>17</sup> V každém případě vychází tento model z představy, že jsou pozitivní právní řády stupňovitě uspořádány na základě účinnosti vlastních norem.

K tomuto modelu hierarchického uspořádání je rovněž třeba poznamenat, že se při bližším zkoumání může jevit jako celkem diferencovaný. Tak sice mohou v mnoha právních řádech ústavní ustanovení rušit běžné zákony nebo umožnit jejich zrušení či změnu soudním rozhodnutím. V takovém případě uplatňují ústavní zákony nad běžnými zákony svou derogatorní sílu. Ve většině právních řádů však i protiústavní zákony platí

<sup>12</sup> Výstižně JAKAB, A.: Probleme der Stufenbaulehre. *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, sv. 91, 2005, s. 346.

<sup>13</sup> Viz k tomu podrobně kritické závěry v ÖHLINGER, T.: *Der Stufenbau der Rechtsordnung*. Wien, 1975, s. 15 a násl.

<sup>14</sup> JAKAB, A.: Op. cit., s. 348.

<sup>15</sup> RAZ, J.: *The Concept of a Legal System*. Oxford, 1997, s. 98, pozn. 1.

<sup>16</sup> Výstižně STOITZNER, B.: Die Lehre vom Stufenbau der Rechtsordnung. In PAULSON, S. L. – WALTER, R. (eds.): *Untersuchungen zur Reinen Rechtslehre*. Schriftenreihe des Hans Kelsen-Instituts 11. Wien, 1986, s. 58.

<sup>17</sup> WALTER, R.: Op. cit., s. 57; MAYER, H.: Die Theorie des rechtlichen Stufenbaus. In WALTER, R. (ed.): *Schwerpunkte der Reinen Rechtslehre*. Schriftenreihe des Hans Kelsen-Instituts 18. Wien, 1992, s. 43.

a jsou prosazovány až do svého zrušení nebo prohlášení o nepoužitelnosti, takže potud mají zákony oproti ústavě derogatorní přednost.<sup>18</sup> Zákony mohou v pozitivních právních řádech také často minimálně principiálně měnit nebo alespoň omezovat smlouvy nebo rozsudky, z čehož vyplývá, že zákony disponují oproti smlouvám nebo rozsudkům vyšší derogatorní silou. Takové zásahy zákonodárce do státně-právního zřízení jsou ovšem jasně omezeny,<sup>19</sup> čímž je tato derogatorní síla opět relativizována.

Ale nakonec ani tyto námitky nejsou dostatečné k tomu, abychom se zcela vzdali hierarchického uspořádání podle derogatorní síly jakožto názorného modelu. Protože i tento model hierarchického uspořádání vyjadřuje charakteristiku, kterou pozitivní právní řády přinejmenším typicky vykazují. Málo na tom mění i to, že je toto hierarchické uspořádání v různých právních řádech vyjádřeno rozdílně, a ne vždy nabízí jednoznačný obvyklý obrázek „schodiště“.

### C. DÍLČÍ VÝSLEDEK

Jako dílčí výsledek je tedy možné uvést, že se pozitivní právní řády typicky vypadají jako stupňovitá struktura podle souvislosti vzniku, resp. podle právní podmíněnosti, a podle derogatorní síly. Tento typický obrázek je ovšem v různých právních řádech vyjádřen rozdílně, přičemž model hierarchického uspořádání není vždy bezchybně dodržován. Představa hierarchického uspořádání slouží jako typologický model pro vysvětlení struktury právních řádů, ale přesto není dostatečná.

## III. ZÁKLADNÍ KONCEPCE STÁTNÍHO A MEZINÁRODNÍHO PRÁVA

Tím se v dalším kroku dostáváme k otázce, zda je model hierarchického uspořádání ve svých dvou vyjádřeních vhodný také k objasnění vztahu vnitrostátního a mezinárodního práva. K tomu lze zaprvé zaujmout „monistické“ stanovisko, podle kterého jsou vnitrostátní a mezinárodní právo jeden celek, a zadruhé „dualistické“ stanovisko, podle něhož se v případě vnitrostátního a mezinárodního práva jedná o dva různé právní řády. Jak již bylo uvedeno, Kelsen se hlásil k monistickému vysvětlení tohoto vztahu a státní a mezinárodní právo považoval za jeden celek.<sup>20</sup> Jím uváděnou argumentaci bychom se zde neměli blíže zabývat,<sup>21</sup> protože je předmětem jiných pojednání tohoto shromáždění.

V této souvislosti bych se chtěl omezit na otázku, zda a do jaké míry lze ozřejmit vztah státního a mezinárodního práva ve smyslu nauky o hierarchickém uspořádání.

<sup>18</sup> STOITZNER, B.: Op. cit., s. 68.

<sup>19</sup> ÖHLINGER, T.: Op. cit., s. 25.

<sup>20</sup> K tomu blíže například KELSEN, H.: *Reine Rechtslehre*. Op. cit., s. 328 a násled.

<sup>21</sup> Obširně například GRILLER, S.: *Völkerrecht und Landesrecht – unter Berücksichtigung des Europarechts*. In WALTER, R. – JABLONER, C. – ZELENY, K. (eds.): *Hans Kelsen und das Völkerrecht*. Schriftenreihe des Hans Kelsen-Instituts 26. Wien, 2004, s. 83; POTACS, M.: *Das Verhältnis zwischen der EU und ihren Mitgliedstaaten im Lichte traditioneller Modelle*. *Zeitschrift für öffentliches Recht*, sv. 65, č. 1/2010, s. 117; oproti tomu RILL, H. P.: *Internationales, supranationales und nationales Recht – eine Einheit*. In *GedS Walter*. Wien, 2013, s. 679.

Samozřejmě bychom se přitom neměli ztratit monisticko/dualistické debatě, protože existence nebo neexistence hierarchického uspořádání dovoluje úplné zpětné závěry na adekvátní pochopení vztahu mezi státním a mezinárodním právem. Přesto by zde měly být vedeny diskuse výlučně s ohledem na nauku o hierarchickém uspořádání, z čehož je pak samozřejmě také možné získat i určitá stanoviska pro debatu monismus/dualismus.

Budeme-li se zabývat základním vztahem mezi mezinárodním a státním právem podle souvislostí vzniku, zakládají se mezinárodní a státní právo na principiálně odlišných právních zdrojích. Pro mezinárodní právo se uvádí právní prameny podle čl. 38 odst. 1 Statutu MSD a rovněž smlouvy a ustanovení mezinárodních organizací. Systémy státního práva naproti tomu v rámci ústavních systémů obsahují vlastní pravidla pro vytváření a platnost právních norem. Vznik a platnost norem v rámci jednotlivých systémů (včetně chybového kalkulu) stanoví mezinárodní a státní právo v zásadě nezávisle na sobě.

Mezinárodní právo si samozřejmě může nárokovat, že bude podmínkou pro právo-platnost státního práva. Vnitrostátní platnost právní normy nakonec závisí na tom, zda tento mezinárodněprávní požadavek odpovídá vnitrostátnímu právnímu řádu. Vnitrostátní právo stanoví, zda bude nařízení odporující mezinárodnímu právu přesto platit ve státním právu, nebo-zdali je bude možné v rámci státního práva alespoň napadnout. Lze proto říci, že mezinárodní a státní právo vykazují principiálně rozdílné hierarchické uspořádání podle souvislostí vzniku.

Stejně tak se představuje základní vztah mezi vnitrostátním a mezinárodním právem při hierarchickém uspořádání podle deklaratorní síly. Účinnost mezinárodněprávních norem vůči jiným mezinárodněprávním normám se v zásadě stanoví výlučně také podle mezinárodního práva, zatímco se účinnost norem státního práva vůči jiným normám státního práva řídí výhradně státním právem. Jistě by mohla mezinárodněprávní norma vznést požadavek, že by měla jí nějaká odporující státní norma pozbýt účinnosti, nebo by měla být některou státní instancí odstraněna. I zde ovšem záleží výlučně na vnitrostátním právu, zda a v jakém rozsahu se státní zřízení tomuto požadavku mezinárodního práva také přizpůsobí. Mezinárodní a státní právo tedy v zásadě rovněž vykazují rozdíly hierarchického uspořádání podle derogatorní síly. Je třeba zdůraznit, že tyto principiální rozdíly v hierarchickém uspořádání rovněž hovoří pro „dualistickou základní koncepci“<sup>22</sup> mezi státním a mezinárodním právem.

Rovněž je ovšem třeba se zamyslet nad tím, že se státní zřízení rozličným způsobem (například „transformací“ nebo „adopcí“<sup>23</sup>) „otevírají“ mezinárodnímu právu a požadavky mezinárodního práva mohou získat i vnitrostátní platnost. To se projevuje prostřednictvím takzvaných „inkorporačních klauzulí“ (nebo „otevřacích klauzulí“) státních ústav, kterými je mezinárodní právo implementováno do vnitrostátních právních řádů, kde pak působí. Podle míry jednotlivých „otevření“ pomocí těchto inkorporačních klauzulí je pak určeno, jakou sílu bude mít spojení mezinárodního a státního práva, na jehož základě se pak může vytvořit hierarchické uspořádání mezi mezinárodním a státním právem. Proto se nyní podíváme blíže na příklad vztahu mezi evropským a státním právem.

<sup>22</sup> POTACS, M.: *Rechtstheorie*. Wien, 2015, s. 118.

<sup>23</sup> K tomu např. taměž, s. 116.

## IV. HIERARCHICKÉ USPOŘÁDÁNÍ STÁTNÍHO PRÁVA A PRÁVA EU

### A. POŽADAVEK PRÁVA EU

Ve smyslu představené „dualistické základní koncepce“ mezinárodního a státního práva je přitom třeba nejprve rozlišovat mezi nárokem unijního práva na straně jedné a jeho převzetím do právního řádu členských států na straně druhé. Unijní právo je stejně jako další mezinárodní právní řády určeno tím, že samo stanoví podmínku platnosti svých norem. K tomu patří také zřízení Evropského soudního dvora (ESD), který unijní právo vybavilo zásadní kompetencí k tvorbě práva a pozoruhodným chybovým kalkulem.<sup>24</sup> Díky tomu dal Soudní dvůr unijnímu právu zvláštní vyjádření, které rovněž určuje hierarchické uspořádání mezi státním právem a právem EU.

Jak ESD naposledy znovu uvedl ve svém posudku k přistoupení Unie k Evropské úmluvě o ochraně lidských práv a základních svobod, „vytvořily zakládající smlouvy Unie, na rozdíl od běžných mezinárodně-právních smluv, konkrétně jeden nový, vlastními orgány disponující právní řád, v jehož prospěch se příslušné členské státy Unie ve stále větším rozsahu omezily svá práva na suverenitu a jehož právními subjekty jsou nejen státy, ale i jejich občané“.<sup>25</sup> Charakteristickým znakem tohoto „nového právního řádu“<sup>26</sup> je podle názoru Evropského soudního dvora to, že si na základě unijního práva sám („autonomně“) upravuje i účinnost spadající do vnitrostátní sféry, a je proto ve svém nároku na platnost „nezávislý na zákonodárství členských států“<sup>27</sup>. Podle jeho sebeuvědomění jsou účinky unijního práva určovány výhradně jeho vlastními kritérii.<sup>28</sup>

To se týká především bezprostřední vykonatelnosti unijního práva ve vnitrostátní sféře. Povinnost státních orgánů k bezprostřednímu vykonávání unijních právních předpisů (jak primárního, tak sekundárního práva) rovněž určuje jejich účinky na subjekty podléhající právu, a to výlučně podle kritérií práva EU. Toto bezprostředně vykonatelné unijní právo si navíc vyhrazuje vlastní nárok na přednost před stávajícím vnitrostátním právem. Podle judikatury ESD se přitom přesto nejedná o přednost platnosti, kdy by stávající vnitrostátní právo ztrácelo svou platnost, a tím – podle Kelsenovy terminologie – jako norma svou „specifickou existenci“<sup>29</sup>.

Navíc si unijní právo oproti stávajícímu vnitrostátnímu právu vyhrazuje pouze tu přednost použití, kdy jsou státní předpisy sice „potlačeny“, ale nadále platí, takže je nadále zachována i jejich „specifická existence“. Zcela v tomto smyslu nezpůsobil konflikt mezi státním právem a právem EU, také slovy ESD, to, že by vnitrostátní předpis „neexistoval. V této situaci je vnitrostátní soud navíc povinen tento předpis (poznámka: pouze) nepoužít“.<sup>30</sup> Měl-li by se odstranit konflikt s unijním právem (například zrušením nebo změnou předpisu EU), pak by byl také vnitrostátní předpis opět použitelný.

<sup>24</sup> Viz například POTACS, M.: Das Verhältnis zwischen der EU und ihren Mitgliedstaaten im Lichte traditioneller Modelle. Op. cit., s. 290 a násl.

<sup>25</sup> Posudek ESD 2/13 (Úmluva o ochraně lidských práv a základních svobod), bod odůvodnění 157.

<sup>26</sup> Posudek ESD 2/13 (Úmluva o ochraně lidských práv a základních svobod), bod odůvodnění 158.

<sup>27</sup> Rozsudek ESD 26/62 (*van Gend & Loos*), 1963 Sb., 3, bod odůvodnění 10.

<sup>28</sup> ÖHLINGER, T. – POTACS, M.: *EU-Recht und staatliches Recht*<sup>5</sup>. Wien, 2014, s. 53.

<sup>29</sup> KELSEN, H.: *Reine Rechtslehre*. Op. cit., s. 9 a násl.

<sup>30</sup> ESD, věc C-10/97 až C-22/97 (*IN.CO.GE.90 Srl*), 1998 Sb., I-6307, bod odůvodnění 3.

Jaký nárok tedy vznáší načrtnuté unijní právo proti státnímu právu s ohledem na nauku o hierarchickém uspořádání? Odpověď na tuto otázku se bude vždy lišit podle jednotlivých druhů hierarchického uspořádání: S ohledem na hierarchické uspořádání podle souvislostí vzniku (nebo právní podmíněnosti) je třeba zvážit, že se platnost (tzn. „existence“) státní normy i z perspektivy práva EU řídí výlučně kritérii státního práva. Také při rozporu mezi státním právem a právem EU zůstává stávající státní právo nadále v platnosti. Dodržování unijního práva tedy rovněž není podmínkou vzniku státního práva. Stejně dobře by bylo možné prohlásit, že na základě nároku unijního práva nevzniká s ohledem na „hierarchické uspořádání podle souvislostí vzniku“ žádný vztah nadřazenosti práva EU nad státním právem.<sup>31</sup>

Jinak se jeví posouzení s ohledem na „hierarchické uspořádání podle derogatorní síly“. Zde si právo velmi dobře nárokuje přednost před státním právem. I když se přitom jedná pouze o „přednost použití“. Přesto jsou podle nauky podle „hierarchickém uspořádání podle derogatorní síly“ uznávány různé stupně derogace. Jak již bylo uvedeno, přednost nevzniká teprve tehdy, když může jedna norma zcela zrušit jinou. Přednost může být podle „hierarchického uspořádání podle derogatorní síly“ odůvodněna již pouhým „pozastavením platnosti“ jiné normy. Podle vlastního nároku nemá tedy právo EU oproti státnímu právu ve smyslu nauky o hierarchické struktuře sice přednost podle „hierarchického uspořádání podle souvislostí vzniku“, nicméně ji požívá podle „hierarchického uspořádání podle derogatorní síly“.

Je třeba zdůraznit, že tento názor odpovídá stanovisku ESD, podle kterého unijní právo představuje „nový řád mezinárodního práva“<sup>32</sup>, resp. „samostatný právní řád“<sup>33</sup>. Z hlediska tradičního mezinárodního práva také není unijní právo řešeno proto, že je pomocí „hierarchického uspořádání podle derogatorní síly“ spojeno se státním právem. Naproti tomu právo EU neprovedlo kvalitativní skok ke státnímu právu, protože oproti právu členských států nedisponuje „hierarchickým uspořádáním podle souvislostí vzniku“, které je charakteristickým znakem vnitrostátních řádů.

## B. PŘEBÍRÁNÍ DO STÁTNÍHO PRÁVA

Toto znázornění vztahu státního práva a práva EU by však bylo neúplné, kdyby nezahrnovalo také vnitrostátní perspektivu. Účinku, který si nárokuje, může právo EU dosáhnout pouze tehdy, když se státní právo unijnímu právu odpovídajícím způsobem „otevře“ pomocí „příkazu k provedení práva“. K tomu je třeba především poznamenat, že se zásadní „otevření“ členských států vůči účinkům nárokovaných EU provádí ratifikací smluv o EU včetně jejich protokolů. Je rovněž třeba zdůraznit, že toto otevření vůči unijnímu právu není v žádném ze členských států zcela bez výhrad.

Protože zaprvé mají některé členské státy (jako například Německo v článku 23 ústavy) ve svých ústavách zakotveny takzvané „integrační bariéry“, které určitým způsobem

<sup>31</sup> Viz již POTACS, M.: *Zum Rang des Gemeinschaftsrechts gegenüber staatlichem Recht*. FS Laurer: Wien, New York, 2009, s. 190.

<sup>32</sup> ESD věc 26/62 (*van Gend & Loos*), 1963 Sb., 3, bod odůvodnění 10.

<sup>33</sup> ESD věc 6/64 (*Costa/ENEL*), 1964 Sb., 1141, bod odůvodnění 8.



brání neomezenému přebírání právních aktů unijních orgánů (včetně ESD).<sup>34</sup> Zadruhé členské státy ratifikovaly a do svých právních řádů převzaly unijní právo se zcela konkrétním obsahem. Právní akty orgánů EU, které se od tohoto obsahu výrazně odchyľují, již nemusí být do tohoto „otevření“ členských států zahrnuty. Unijní právo jistě přiznává i orgánům EU (zejména ESD) určitý „chybový kalkul“, díky němuž mohou být jako „akty za hranicí pravomoci“ kvalifikována pouze těžká a evidentní porušení.<sup>35</sup>

Je rovněž ale třeba zamyslet se nad tím, že se unijní právo na státní úrovni provádí pomocí orgánů členských států. Zda unijní orgán předkládá „akt za hranicí pravomoci“, musí proto nakonec posoudit i nejvyšší soudy členských států. Všechny členské státy tedy prostřednictvím vlastních soudů disponují vůči právním aktům Unie, včetně těch pocházejících od ESD, určitou „kontrolní výhradou“. Český ústavní soud<sup>36</sup> se již jednou působivě proti ESD vyjádřil v právní věci *Landtová*. Tím se ovšem alespoň do určité míry relativizuje i hierarchické uspořádání podle derogatorní síly mezi unijním a státním právem. I v případech, kdy je unijní právo oproti státnímu nadřazené, tedy přesto nakonec spočívá rozsah tohoto hierarchického uspořádání opět v rukou soudů členských států, a nikoliv v rukou ESD s centrální příslušností pro dodržování unijního práva.

## V. ZÁVĚREČNÁ POZNÁMKA

Tím se dostávám na konec svého výkladu, který bych nyní chtěl stručně shrnout: Nauka o hierarchickém uspořádání poskytuje instruktážní obrázek o typické struktuře pozitivních právních řádů. Ale tato nauka může také poskytnout náhled na vztah mezinárodního a vnitrostátního práva, že pro tento vztah v zásadě není charakteristické ani hierarchické uspořádání podle souvislosti vzniku, ani hierarchické uspořádání podle derogatorní síly. Hierarchické uspořádání je ale postačující zejména pro výklad vztahu státního a evropského práva, kdy dokáže názorně vysvětlit zvláštní charakteristiku EU.

Mezi právem EU a státním právem sice neexistuje žádné hierarchické uspořádání podle souvislosti vzniku, nicméně je velmi dobře možné vyvodit hierarchické uspořádání podle derogatorní síly. Díky derogatorní síle vůči státnímu právu získává unijní právo takovou charakteristickou vlastnost, která je odlišuje od tradičního mezinárodního práva a která mu slovy ESD propůjčuje charakter „samostatného právního řádu“. Od společného právního řádu charakteristického pro stát ovšem státní a evropské právo odděľuje hierarchické uspořádání podle souvislosti vzniku a „kontrolní výhrada“ vnitrostátních soudů. Nauka o hierarchickém uspořádání tím celkově objasňuje, že právo EU a státní právo ještě nejsou natolik propojeny, aby nabízely typický obrázek zcela jednotného právního řádu.

Univ.-Prof. DDr. Michael Potacs  
Institut für Österreichisches und Europäisches Öffentliches Recht  
michael.potacs@wu.ac.at

<sup>34</sup> K tomu ÖHLINGER, T. – POTACS, M.: Op. cit., s. 52 a násl.

<sup>35</sup> Tamtéž, s. 53.

<sup>36</sup> Rozsudek ze dne 14. 2. 2012, Pl. ÚS 5/12. K tomu VINCZE, A.: *Das tschechische Verfassungsgericht stoppt den EuGH, Europarecht*, 2013, s. 194.





## O STRÁŽCI ÚSTAVY A PODSTATĚ PRÁVA – SPOR HANSE KELSENA A CARLA SCHMITTA

VERONIKA BÍLKOVÁ

**Abstract:** **On the Guardian of the Constitution and the Essence of Law – A Dispute between Hans Kelsen and Carl Schmitt**

At the turn of the 1920s and 1930s, a debate about who should be the guardian of the constitution took place in the Weimar Republic. The main protagonists of this debate were the Austrian legal philosopher Hans Kelsen and the German jurist and political theorist Carl Schmitt. The article sums up, and critically assesses, the positions that the two authors held in the debate. It also draws attention to more general differences in the legal and political theory of Kelsen and Schmitt, relating for instance to their views on the nature of law or on the concept of statehood. The article shows that the questions that the two authors debated almost a century ago remain topical even today.

**Keywords:** Kelsen, Schmitt, international law, State, sovereignty, Constitution

**Klíčová slova:** Kelsen, Schmitt, mezinárodní právo, stát, suverenita, Ústava

**DOI:** 10.14712/23366478.2017.23

Na přelomu 20. a 30. let minulého století se v německé právní nauce rozhořel spor o to, kdo představuje strážce ústavy Výmarské republiky.<sup>1</sup> Spor proti sobě postavil rakouského právního teoretika a zakladatele tzv. ryzí nauky právní, Hanse Kelsena, který v té době působil na univerzitě v Kolíně nad Rýnem, a německého právníka a politického myslitele Carla Schmitta, jenž učil v Bonnu a později v Mnichově. I když přímým předmětem sporu byly otázky německého ústavního práva a uspořádání moci ve Výmarské republice, jeho podstata byla hlubší. Kelsen a Schmitt se totiž nerozcházel jen v názoru na to, jaký je správný výklad článku 48 Výmarské ústavy či jak tato ústava vymezuje postavení říšského prezidenta. Lišili se ve svých základních ideových východiscích, v chápání práva či v názoru na podstatu státnosti. Rozdíly stály v pozadí obecnější diskuse, kterou spolu Kelsen a Schmitt dlouhodobě, byť mnohdy spíše nepřímě, vedli. Tento příspěvek nabízí krátké shrnutí a zhodnocení jak sporu o strážce ústavy, tak obecnější diskuse, jejichž témata, jak uvidíme, zdaleka nejsou jen záležitostmi právní historie, ale uchovávají si svou relevanci dodnes.

<sup>1</sup> Pro překlad jednotlivých spisů do angličtiny též VINX, Lars: *The Guardian of the Constitution: Hans Kelsen and Carl Schmitt on the Limits of Constitutional Law*. Cambridge University Press, 2015. Pro komentáře sporu viz např. BAUME, Sandrine: Les sources légitimes de la juridiction constitutionnelle. La réplique de Hans Kelsen à Carl Schmitt. *Giornale di Storia Costituzionale*, sv. 1, č. 11/2006, s. 177–191; BEAUD, Olivier – PASQUINO, Pasquale: *La controversa sur « le gardien de la Constitution » et la justice constitutionnelle: Kelsen contre Schmitt*. Paris: Panthéon-Assas Paris II, 2017.

## DVĚ FÁZE SPORU O STRÁŽCE ÚSTAVY

Spor o to, kdo je ve Výmarské republice strážcem ústavy, započal v roce 1929, kdy Kelsen uveřejnil článek ve sborníku *O povaze a rozvoji ústavního soudnictví*.<sup>2</sup> Článek, který vycházel z příspěvku předneseného na konferenci Asociace německých učitelů veřejného práva konané o rok dříve, hájil myšlenku ústavního soudnictví a právě ústavní soud v něm byl označen za garanta dodržování ústavy. Na text o dva roky později reagoval Schmitt ve svém spise *Strážce ústavy*.<sup>3</sup> Spis vyznívá vůči Kelsenovi kriticky, Schmitt v něm ústavní soudnictví odmítl a za strážce ústavy (nyní již přímo s použitím tohoto termínu) označil říšského prezidenta. Kelsen odpověděl v témže roce článkem *Kdo by měl být strážcem ústavy?*,<sup>4</sup> ve kterém se naopak vyjádřil nesouhlasně ke Schmittovu přístupu.

Oba autoři v té době již patřili k zavedeným a veřejně známým právním teoretikům. Hans Kelsen<sup>5</sup> (nar. 1881 v Praze) vstoupil do povědomí širší veřejnosti jako jeden z autorů ústavy Rakouské republiky z roku 1920 a duchovní otec a v letech 1920–1929 rovněž soudce rakouského ústavního soudu, který se obecně pokládá za nejstarší soud svého typu ve světě.<sup>6</sup> Pro odborné právní kruhy byl pak Kelsen znám jako zakladatel tzv. ryzí nauky právní, která – zjednodušeně řečeno – chápe právo jako hierarchický systém, v němž normy odvozují svou platnost od norem vyšších a na vrcholu normativní pyramidy se nachází tzv. základní norma (*Grundnorm*). Kelsen svůj náhled na právo vyložil ve své habilitační práci z roku 1911 a dále v sérii spisů převážně z 20. let (*Problém suverenity a teorie mezinárodního práva* – 1920, *O podstatě a hodnotě demokracie* – 1920, *Sociologické a právní pojetí státu* – 1922, *Rakouské veřejné právo* – 1923, *Obecná teorie státu* – 1925, *Problém parlamentarismu* – 1925, *Filozofické základy přirozeného práva a právního pozitivismu* – 1928). Klíčové Kelsenovo dílo, *Ryzí nauka právní*, bylo naopak publikováno až v roce 1934.

Carl Schmitt<sup>7</sup> (nar. 1888 v Plettenbergu) na sebe upozornil několika právně-politickými spisy z 20. let, kdy působil na univerzitách v Greifswaldu, Bonnu a Mnichově. Mezi nejznámější z nich patřily *O diktatuře* z roku 1921, ve kterém Schmitt analyzoval politický systém Výmarské republiky a zdůrazňoval význam úřadu říšského prezidenta, v němž, s ohledem na výjimečné pravomoci přiznané mu ústavou, viděl onoho „diktátora“ (výraz měl ovšem pozitivní konotace). O rok později vydal Schmitt *Politickou teolo-*

<sup>2</sup> Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit. Überprüfung von Verwaltungsakten durch die ordentlichen Gerichte. Verhandlungen der Tagung der Deutschen Staatsrechtslehrer zu Wien am 23. und 24. April 1928. Mit einem Auszug aus der Aussprache, Augsburg, 1929, s. 30–84.

<sup>3</sup> SCHMITT, C.: *Der Hüter der Verfassung*. Mnichov, 1931.

<sup>4</sup> KELSEN, H.: Wer soll der Hüter der Verfassung sein?. *Die Justiz*, sv. 6, 1931, s. 576–628.

<sup>5</sup> Viz též BOHÁČKOVÁ, Renata: *Život a dílo prof. Dr. jur. Dr. Hanse Kelsena*. Brno: Masarykova univerzita, 1994.

<sup>6</sup> Nejstarší ústavou, která počítala s institucí ústavního soudu, byla ústava Československa z roku 1920 (vstup v platnost 2. února 1920). Ústavní soud ale v Československu reálně vznikl až v listopadu 1921. Naopak rakouský ústavní soud vznikl již v roce 1919, byť pravomoci realizovat ústavní přezkum zákonů získal až na základě ústavy z roku 1920 (vstup v platnost 10. října 1920).

<sup>7</sup> Viz též LUKÉŠ, Pavel: Carl Schmitt. *Sborník prací Filozofické fakulty Brněnské univerzity*. B46, 1999, s. 89–100; DOBEŠ, Jan: Carl Schmitt mezi vědou a prorocstvím. *Dějiny – teorie – kritika*, č. 1/2009, s. 56–79; CROCE, Mariano – SALVATORE, Andrea: *The Legal Theory of Carl Schmitt*. Routledge, 2013; SUR, Serge (ed.): *Carl Schmitt, Concepts et usages*. Paris: Biblis, 2014.

gii, která začíná známým a často citovaným výrokiem, podle něžž „*suverénem je ten, kdo rozhoduje o výjimečném stavu*“. Spis dále upoutal tvrzením, že veškeré pojmy moderní teorie státu jsou vlastně jen sekularizované teologické koncepty. Další práce vyšly ve 30. letech (*Pojem politična* – 1932) a po druhé světové válce (*Nomos der Erde* – 1950, *Teorie partyzána* – 1963). Schmitt odmítal Kelsenův normativistický přístup a klonil se dílem k decisionismu, dílem k tzv. teorii konkrétních řádů, o nichž bude řeč později.

Spor na přelomu 20. a 30. let se týkal konkrétních aspektů politického uspořádání Výmarské republiky, především pak otázky, který z ústavních (či jiných) orgánů má dohlížet na dodržování ústavy, resp. má toto dodržování zajišťovat. Kelsen tvrdil, že strážcem ústavy má být, podle rakouského vzoru, ústavní soud.<sup>8</sup> Naopak Schmitt soudil, že tuto úlohu může reálně zastávat jedině říšský prezident (v dané době Otto von Hindenburg). Odlišné pozice se odvíjely od toho, jak oba autoři chápali roli ústavního soudnictví a soudů obecně.

Kelsen vycházel z tzv. teorie stupňovité výstavby právního systému (Stufenbau), která chápe právní řád státu jako jednotnou normativní soustavu, jež má základ v ústavní listině (zde Výmarské ústavě z roku 1920). Na tvorbě a aplikaci jednotlivých právních norem, které tuto soustavu tvoří, se podílejí zástupci legislativní, exekutivní i soudní moci. Ačkoli se jejich role v mnohém liší, všichni ve své činnosti (legislativa při přijímání zákonů, exekutiva při jejich aplikaci, soudy při rozhodování případů) disponují určitou diskrecí. Cestou vzhůru normativní pyramidou, směrem k ústavním normám, míra diskrece stoupá, jedná se ale o rozdíl kvantity, nikoli kvality. Právní normy nikdy nejsou zcela určité, proto i rozhodování běžného sporu např. v oblasti občanského práva zahrnuje uvážení. „*Každý právní konflikt*,“ napsal Kelsen v roce 1931, „*je [...] konfliktem zájmů, respektive moci, každý právní konflikt je proto současně politickou kontroverzí a každý konflikt, ať už je to konflikt zájmů, moci či politiky, může být rozhodnut coby právní spor*.“<sup>9</sup> Z politické povahy práva Kelsen vyvozuje, že ústavní spory se svou povahou nijak významně neliší od jiných právních sporů. Není proto důvod, proč by měly být *a priori* vyňaty ze soudního přezkumu. Daný přezkum, realizovaný specializovanou soudní institucí, je naopak ideálním nástrojem ochrany ústavy.

Schmitt s tímto názorem nesouhlasil. Mezi běžným a ústavním soudnictvím je podle něho zásadní kvalitativní rozdíl. Zatímco běžné soudy právo aplikují, ústavní soud by jej – s ohledem na vágnost ústavní úpravy a komplikovanost otázek, jež na této rovině vyvstávají – musel nutně vytvářet, resp. dotvářet. Tím by si soudní orgán uzurpoval roli, která podle teorie dělby moci náleží zákonodárci. Ani zákonodárce, alespoň v kontextu Výmarské republiky, ale není vhodným orgánem strážení ústavy. Je totiž podle Schmitta příliš rozdělen stranickými zájmy, a není proto schopen hájit zájem celospolečenský a vyjadřovat obecnou vůli (ve smyslu Rousseauovy *volonté générale*). To může udělat jen někdo, kdo stojí mimo běžné politické pŕtky a představuje neutrální či čtvrtou moc

<sup>8</sup> Výmarská ústava s ústavním soudem nepočítala, na úrovni některých říšských zemí nicméně instituce podobné ústavnímu soudu existovaly. Návrhy na zřízení říšského ústavního soudu vznesli během 20.–30. let vedle Kelsena zejména Heinrich Triepel a Gerhard Anschütz. Více viz BÉGUIN, Jean-Claude: *Le Controle de la constitutionnalité des lois en République fédérale d'Allemagne*. Paris: Economica, 1982, s. 20.

<sup>9</sup> KELSSEN, Hans: Wer soll der Hüter der Verfassung sein?. Cit. dle KELSSEN, Hans: *Qui doit être le gardien de la Constitution ?*. Paris: Michel Houdiard, 2006, s. 76.

ve státě.<sup>10</sup> Dané postavení přiřkl Schmitt říšskému prezidentovi, který byl na základě Výmarské ústavy volen v přímé volbě, a svou legitimitu tak čerpal nezprostředkovaně od voličů. Právě prezident byl podle Schmitta ztělesněním národní jednoty, a jeho úkolem proto bylo dbát o tuto jednotu a bránit ji i cestou mimořádných, tj. mimoústavních, nástrojů.

Kelsen daný názor zpochybňoval s tím, že prezident nemůže působit jako nezávislá síla, pokud mu Výmarská ústava přiznává silné pravomoci, jež z něj činí aktivního účastníka politického procesu ve státě. Reálný vliv prezidenta byl navíc posílen ve 30. letech, kdy vládní kabinet nebyly schopny získat podporu většiny parlamentu a opíraly se čistě o podporu prezidenta (tzv. prezidentské kabinet). Ten *de facto* nahradil parlament rovněž v oblasti normotvorby, protože klíčovým pramenem práva ve Výmarské republice se od roku 1930 stala exekutivní nařízení podepsovaná prezidentem, jež byla přijímána na základě článku 48 Výmarské ústavy.

Toto ustanovení sehrálo důležitou úlohu v další fázi sporu o strážce ústavy, která již neměla jen teoretický rozměr. Týkala se totiž reálného případu, který ve Výmarské republice vyvstal v roce 1932. V červenci toho roku došlo k tzv. úderu na Prusko (Preussenschlag), během něhož prezident von Hindenburg vydal nařízení, jež umožnilo vládě konzervativního kancléře Franze von Papena převzít kontrolu nad spolkovou zemí Prusko a nahradit její vládu říšským komisařem. Nařízení se opíralo o článek 48 Ústavy a vycházelo z obou jeho úvodních odstavců – z odst. 2, který zdůvodňoval přijetí mimořádných opatření závažným narušením či ohrožením veřejné bezpečnosti či pořádku, i z odst. 1, jenž mluvil o neplnění povinností uložených spolkové zemi ústavou či říšskými zákony. Krok byl oficiálně odůvodněn nepokojí, k nimž v Prusku docházelo a které zahrnovaly ozbrojené střety mezi stoupenci NSDAP, komunisty a dalšími politickými silami. Obecně se ale soudí, že v pozadí byla snaha von Papena získat kontrolu nad zemí, jejíž vládu dosud řídili sociální demokraté, a připravit v ní půdu pro nástup NSDAP, k čemuž následně skutečně došlo.<sup>11</sup>

Pruská vláda předala případ Státnímu soudu (Staatsgerichtshof) se sídlem v Lipsku, který byl Výmarskou ústavou zmocněn k řešení konfliktů mezi říšskou vládou a spolkovými zeměmi. Schmitt v kauze vystupoval jako jeden z právních zástupců federální vlády, Kelsen se do případu přímo nezapojoval, stál ale na straně Pruska. Státní soud rozhodl dne 25. října 1932 a jeho závěry neuspokojily ani jednu stranu (a také ani Schmitta, ani Kelsena). Federální vládě dal soud za pravdu v tom, že byla oprávněna reagovat na porušení či ohrožení veřejné bezpečnosti a pořádku (podle odst. 2 článku 48) a učinit tak způsobem, který byl zvolen, tj. nahrazením vlády komisařem. Protistrana, Prusko, naopak uspěla v tom, že soud odmítl, že by z její strany došlo k neplnění povinností

<sup>10</sup> Koncept nezávislé či čtvrté moci převzal Schmitt od francouzského liberálního filozofa Benjaminu Constanta, který jeho pomocí charakterizoval postavení panovníka v konstituční monarchii. Viz CONSTANT, Benjamin: *Principes de politique applicables à tous les gouvernements représentatifs et particulièrement la Constitution actuelle de la France*. Paris: Alexis Eymery, 1815.

<sup>11</sup> Když v roce 1933 úřad federálního komisaře pro Prusko převzal Hermann Göring, měl hlavní propagandista NSDAP Joseph Goebbels poznamenat, že von Papen vyčistil Prusko od levicových elementů tak dokonale, že tam pro nacisty nezbyla žádná práce. Viz MOMMSEN, Hans: *Germans Against Hitler: The Stauffenberg Plot and Resistance Under the Third Reich*. Překlad do angličtiny Angus McGeoch, London: I. B. Tauris, 2009, s. 543.

uložených ústavou či říšskými zákony (podle odst. 1 článku 48). Soud také potvrdil, že přijatá opatření, coby reakce na mimořádnou událost, mohou mít pouze dočasný charakter. Kelsen i Schmitt rozhodnutí svorně kritizovali, každý ale, vcelku nepřekvapivě, z jiného důvodu. Kelsen byl toho názoru, že soud měl nařízení zcela zrušit pro jeho rozpor s ústavou. Schmitt se naopak domníval, že neměl ve sporu vůbec rozhodovat, protože soudní moci nepřísluší vměšovat se do politických sporů.

V roce 1933 převzali v Německu moc nacisté. Pro Kelsena to, s ohledem na jeho židovský původ, znamenalo nedobrovolný odchod z německého akademického prostředí a z Německa jako takového. Po krátkém pobytu v Ženevě a v Praze přesídlil v roce 1940 do USA, kde strávil zbytek života (především na Kalifornské univerzitě v Berkeley). Schmitt si naopak po roce 1933 v Německu kariéru polepšil. Z univerzity v Mnichově se nejprve na čas přesunul do Kolína nad Rýnem a následně až do konce války působil v Berlíně. Po roce 1945, coby člověk s puncem sympatizanta nacismu, byl nucen stáhnout se z akademického i veřejného života. Odešel do rodného Plettendorfu, kde se právem a politickou vědou dále zabýval coby soukromá osoba.

## ZHDNOCENÍ SPORU O STRÁŽCE ÚSTAVY

To, že Schmitt v roce 1933 na univerzitě v Kolíně nad Rýnem nahradil Kelsena, mohlo působit jako jeho symbolické vítězství ve sporu (či mimo něj). Poválečný vývoj ovšem vyzněl dosti jinak – zatímco Kelsen se stal jedním z nejznámějších právních teoretiků světa, Schmitt byl na dlouhá desetiletí téměř zapomenut a i dnes, přes oživení zájmu o jeho názory v posledních letech, na něm ulpívá stigma člověka, který si zadal s nacismem. Rovněž ústavní systém Německa vytvořený po roce 1945 je bližší Kelsenově představě – zahrnuje samostatný Spolkový ústavní soud, který patří mezi nejvýznamnější instituce svého druhu ve světě, naopak německý prezident má hlavně reprezentativní úlohu a jeho pravomoci jsou značně omezené (čímž by zřejmě vyhovoval Schmittově představě neutrální čtvrté moci lépe než silný prezident Výmarské republiky). Necháme-li stranou historické souvislosti a zaměříme se výlučně na obsah sporu, je výsledek méně jednoznačný. Obě pozice mají své slabiny, které dobře popsali už Kelsen a Schmitt (každý vůči tomu druhému) a různí autoři později.<sup>12</sup>

Kelsen vycházel ze stavu, ve kterém všechny instituce řádně fungují, právní řád je obecně přijímán a akceptován a zbývá jen dojasnit některé otevřené otázky ústavní úpravy. To je úloha pro experty, ústavní soudce, kteří dojasnění v konkrétním případě provedou a jejich pozice bude respektována. Vzhledem k tomu, že hlavním úkolem ústavy je vymezit hranice výkonu státní moci a zavést pravidla její dělby, je důležité řešit všechny konflikty uvnitř tohoto rámce. Orgán rozhodující ústavní spory se tak musí pohybovat v mezích daných ústavou, byť uvažování, jímž disponuje, mu umožňuje vzít v úvahu mimoprávní skutečnosti. Ústavní, resp. právní systém je ale prostorem, mimo

<sup>12</sup> Viz např. DYZENHAUS, David: “Now the Machine Runs Itself”: Carl Schmitt on Hobbes and Kelsen. *Cardozo Law Review*, sv. 16, 1994, s. 1–19; DYZENHAUS, David. Kelsen, Heller and Schmitt: Paradigms of Sovereignty Thought. *Theoretical Inquiries in Law*, sv. 16, č. 2/2015, s. 337–366.

něž nelze jít. Opuštění právního základu by znamenalo likvidaci nejen práva, ale též státu, která Kelsenovi splývá s právem v jedno.

Co dělat v případech, kdy významné politické síly v zemi stávající právní rámec odmítají, již Kelsen neuvádí. Obdobně u něho chybí hlubší reflexe toho jak postupovat, pokud soudy včetně ústavního rozhodnou, ti, kterých se kauza týká, např. exekutiva, ale rozhodnutí odmítnou respektovat. Kelsenův model tedy může dobře fungovat za běžné situace, kdy v zemi panuje aspoň minimální konsensus na nastavení základních parametrů právního a politického systému. Pokud tento konsensus chybí, resp. zmizí, jak tomu bylo v Německu ve 30. letech a jak je tomu dnes, jak se zdá, v rostoucím počtu zemí, včetně některých z našeho regionu, dostává se model do potíží, na něž nenabízí jasná řešení.

Schmittův model je naopak primárně zaměřen na mimořádné situace. Ono známé „*suverén je ten, kdo rozhoduje o výjimečném stavu*“, neodhaluje, kdo je suverén, odkazuje ale na těžiště Schmittova zájmu. To tvoří, na rozdíl od Kelsena, situace, kdy ústavní a právní systém nefunguje tak, jak byl zamýšlen, a hrozí jeho zhroucení. Schmitt má za to, že v takovém případě právo mizí a zůstává jen stát, coby předprávní politická a sociální jednotka. Obnovu práva tak nelze realizovat v rámci práva, ale jedině mimo něj, ne s pomocí normy, ale prostřednictvím politických rozhodnutí.<sup>13</sup> Ta musí přijmout aktér, který ztělesňuje politickou jednotu národa a který určí opatření, jež umožní tuto jednotu zachovat, resp. obnovit. Takto popsany výjimečný stav je přitom odlišný od stavu anarchie či chaosu, neboť „*v něm existuje řád, byť se nejedná o řád právní*“.<sup>14</sup>

Zatímco Kelsen vytěšňuje mimořádný stav, Schmitt se naopak nezajímá o stav řádný. „*Výjimka*“, píše v *Politické teologii*, „*je zajímavější než pravidlo. Pravidlo nedokazuje nic; výjimka dokazuje všechno.*“<sup>15</sup> Hranice mezi pravidlem a výjimkou, resp. mezi řádným a mimořádným stavem, přitom není dána *a priori*. Určuje ji ten, kdo rozhoduje o výjimečném stavu, tedy suverén. Jeho rozhodování tak zahrnuje nejen určení toho, jaká opatření v mimořádné situaci nasadit, ale i kdy tato situace nastane. To dává suverénovi obrovskou, prakticky neomezenou moc. Schmitt to nechápal jako problém, navíc se domníval, že určité meze suverénově moci dá jednak to, že jeho rozhodnutí musí být vnímáno a přijato jako legitimní ze strany většiny národa, jednak to, že sám je součástí určitého konkrétního řádu (viz později), jehož hodnoty a náhledy reprezentuje. Důsledky stavu, kdy se „suverén“ vyváže z působení běžných pravidel a dá se mu, *de iure* či *de facto*, absolutní moc, měl Schmitt možnost vidět již za svého života. V současné době, kdy se opět v některých zemích objevují tendence posilovat postavení určitých ústavních činitelů, typicky hlavy státu, je téma opět aktuální. A Schmittova teze, že takový stav je vlastně v pořádku, bude připadat jako přesvědčivý asi jen málokomu.

Jak upozorňuje Dyzenhaus, zajímavý alternativní přístup ke Kelsenovi a Schmittovi nabídl jiný právní teoretik Výmarské republiky a shodou okolností také rodák z území blízkého dnešní ČR, Hermann Heller. Heller (nar. 1891 v Těšíně) zemřel v relativně

<sup>13</sup> Skutečnost, že právní rozhodování má v sobě u Kelsena vždy politický prvek, poněkud zmenšuje rozdíl mezi jeho a Schmittovou pozicí.

<sup>14</sup> SCHMITT, Carl: *Political Theology, Four Chapters on the Concept of Sovereignty*. University of Chicago Press, 1985, s. 15.

<sup>15</sup> Tamtéž.



nízkém věku 42 let, před dopsáním svého hlavního díla (*Státověda*), a proto se nikdy nestal příliš známý. V roce 1927 ale uveřejnil spis *Suverenita: příspěvek k teorii státního a mezinárodního práva*,<sup>16</sup> ve kterém se vyjádřil k řadě otázek, jež následně rezonovaly ve sporu mezi Kelsenem a Schmittem.

Heller se domníval, že ne všechny situace lze řešit v rámci běžného právního řádu – v tom souhlasit se Schmittem. Na rozdíl od něj ale měl za to, že mimořádnou situaci nelze vnímat zcela mimoprávně. Suverénem pro něj není ten, kdo rozhoduje o výjimečném stavu, ale ten, kdo „rozhoduje o normální situaci v souladu s psanou či nepsanou ústavou, a protože standardně podporuje platnost této ústavy, je schopen činit další rozhodnutí. Pouze ten, kdo rozhoduje ústavním způsobem o normální situaci, je také schopen rozhodovat právně o výjimečné situaci, a to i když rozhoduje contra legem“.<sup>17</sup> Heller tak připouštěl, že mimořádné situace mohou vyžadovat mimořádná, resp. mimoprávní řešení, současně ale odmítal, že by ten, kdo tato řešení přijímá, sám stál zcela mimo právní rámec.

Oproti Kelsenovi a Schmittovi si navíc Heller nemyslel, že za strážce ústavy lze označit jeden specifický orgán. V kontextu Výmarské republiky např. mimořádná opatření přijímal podle článku 48 Ústavy prezident, jeho diskrece ale byla omezena pravomocí parlamentu opatření následně zrušit a mocí lidu vyjádřenou skrze volby a plebiscity. Další, tentokrát materiální pojistkou pak byly určité „hodnoty, které daná kultura považuje za hodnoty ústavní, za právní základ sociální spolupráce“.<sup>18</sup> Tyto hodnoty, přetavené v základní právní principy – zjevně blízké tomu, co bychom dnes označili za materiální ohnisko ústavy – platí za všech okolností, včetně výjimečného stavu, a stanovují mantinely toho, kam až můžou strážci ústavy zajít. Heller tedy má „plán“ pro situace obvyklé i mimořádné, umožňuje suverénovi překročit hranice platného práva, ale nedává mu úplnou volnost a snaží se všechny významné aktéry ve státě propojit systémem „brzd a protiváh“. Takový přístup může nakonec působit vyváženěji i reálněji než oba modely, které jsme si představili výše.

## DISKUSE O PODSTATĚ PRÁVA A O VZTAHU PRÁVA A STÁTU

Kelsen a Schmitt se nerozházeli jen v názoru na to, kdo by měl být strážcem ústavy ve Výmarské republice. Velmi odlišná byla též jejich obecná ideová východiska a chápání podstaty a role práva.<sup>19</sup> O těchto tématech vedli debatu, mnohdy spíše nepřímou, nejen v období před druhou světovou válkou, ale též v následujících desetiletích. Vzhledem k bohatosti díla, které oba autoři vytvořili, i k proměnám, jimiž jejich názory postupně prošly, není možné na tomto místě provést kompletní srovnání jejich názorů, sekci je tak třeba brát jen jako jakýsi úvod do tématu.

<sup>16</sup> HELLER, Hermann: *Die Souveränität: Ein Beitrag zur Theorie des Staats- und Völkerrechts*. Berlin a Lipsko: Walter de Gruyter, 1927.

<sup>17</sup> Tamtéž, s. 127, cit. in DYZENHAUS, David: Kelsen, Heller and Schmitt. Op. cit., s. 352.

<sup>18</sup> DYZENHAUS, David: Kelsen, Heller and Schmitt. Op. cit., s. 354.

<sup>19</sup> Viz též SUGANAMI, Hidemi: Understanding sovereignty through Kelsen/Schmitt. *Review of International Studies*, sv. 33, 2007, s. 511–530; PINELLI, Cesare: The Kelsen/Schmitt Controversy and the Evolving Relations between Constitutional and International Law. *Ratio Juris*, sv. 23, č. 4/2010, s. 493–504.

V *Politické teologii* rozlišil Schmitt dva přístupy k právu – normativismus a decisionismus. Ve spise *O třech typech právního myšlení*<sup>20</sup> vydaném v roce 1934 k nim dodal ještě přístup třetí, týkající se konkrétních řádů. Každý autor podle Schmitta spadá pod některý z těchto přístupů. „Každý právník, který vědomě či nevědomě zakládá svou práci na pojmu práva, pojímá toto právo buď jako pravidlo, nebo jako rozhodnutí, nebo ještě jako konkrétní řád.“<sup>21</sup> Obdobnou volbu realizují údajně také národy, které mají tendenci podřizovat se buď neosobní normě, nebo určitému vůdci, popř. konkrétnímu řádu.

Normativismus ve Schmittově pojetí chápe právo coby soubor norem tvořící systém, který jako celek vychází z tzv. základní normy (grundnorm). V tomto přístupu „pouze zákon, nikoli potřeby stávající a neustále se měnící situace nebo dokonce lidské volby, mohou „vládnout“ či „přikazovat“.“<sup>22</sup> Decisionismus naopak za základ práva považuje ony lidské volby, resp. rozhodnutí konkrétní autority. Jak uváděl již Thomas Hobbes „auctoritas, not veritas facit legem“. Schmitt k tomu dodává, že v decisionismu „suverénní rozhodnutí vychází z normativní nicoty a konkrétního nepořádku“.<sup>23</sup> Nemůže tomu být jinak, protože toto rozhodnutí řád a právo teprve konstituuje. Konkrétní řád, dodaný do klasifikace později, se od prvních dvou přístupů liší v tom, že jeho základní jednotkou není jednotlivec, ale sociální skupina, sdružení či instituce. Právo v tomto přístupu vyvěrá z již existujícího sociálního uspořádání: „právní normy, pravidla, nařízení a rozhodnutí musejí vyrůstat z vnitřního způsobu života každého konkrétního řádu a odpovídat jeho hodnotám a potřebám. [...] právo musí vždy zahrnovat institucionální složku, ale musí být širší a pružnější, aby odráželo existující, ale stále se vyvíjející sociální realitu.“<sup>24</sup>

Kelsen byl podle Schmitta typickým představitelem prvního přístupu, normativismu, proti čemuž by zřejmě sám mnoho nenamítal.<sup>25</sup> Schmitt bývá označován za decisionistu a je pravda, že jeho postoj ve spisech z 20. let a ve sporu o strážce ústavy takové klasifikaci odpovídal. Např. v *Politické teologii* Schmitt napsal, že rozhodnutí suveréna je rozhodnutím „nezaloženým na důvodech či diskusi, nevyžadujícím ospravedlnění, [...] je to absolutní rozhodnutí vytvořené z ničeho“.<sup>26</sup> Na počátku 30. let ale Schmitt svůj postoj změnil a po vymezení třetího přístupu opřeného o konkrétní řád se přiklonil právě k němu.<sup>27</sup> Přístup byl inspirován právním institucionalismem, který počátkem 20. století zavedli Francouz Maurice Hauriou a Ital Santi Romano.<sup>28</sup> Spolu s nimi pova-

<sup>20</sup> SCHMITT, Carl: *On the Three Types of Juristic Thought*. Praager, 2004. Viz též DAVIDOVA, Marina L.: The Main Types of Professional Juridical Thinking. *Revista da Faculdade de Direito*, sv. 60, č. 3/2015, s. 91–101.

<sup>21</sup> SCHMITT, Carl: *On the Three Types of Juristic Thought*. Op cit., s. 43.

<sup>22</sup> Tamtéž, s. 49.

<sup>23</sup> Tamtéž, s. 62.

<sup>24</sup> Tamtéž, s. 20.

<sup>25</sup> Pro zajímavost lze podotknout, že za normativistický národ považoval Schmitt Židy coby „národ, který bez území, bez státu a bez církve, existuje pouze v ‚právu‘“. Tamtéž, s. 45.

<sup>26</sup> SCHMITT, Carl: *Political Theology*. Op cit., s. 66.

<sup>27</sup> Viz též CROCE, Mariano: Does legal institutionalism rule out legal pluralism? Schmitt's institutional theory and the problem of the concrete order. *Utrecht Law Review*, sv. 7, č. 2/2011, s. 42–59.

<sup>28</sup> Vice viz MILLARD, Eric: Hauriou et la théorie de l'institution. *Droit et Société*, sv. 30/31, 1995, s. 381–412; a FONTANELLI, Filippo: Santi Romano and *L'ordinamento giuridico*: The Relevance of a Forgotten



žoval Schmitt za základ práva instituce coby „*usazené zvyky, které si zaslouží ochranu, protože tvoří etický a etnický matrix společnosti*“.<sup>29</sup> Oproti oběma románským autorům měl Schmitt za to, že takový matrix může být v každé společnosti pouze jeden. A právo je zde proto, aby tento matrix strážilo proti hrozbě relativizace a pluralizace hodnot a potřeb. Je jeden matrix, jedno právo, jeden národ, jeden stát a taky jedno hnutí a jeden vůdce, kteří národ a stát řídí. Není pak divu, že se Schmitt ve 30. letech přiklonil k nacismu, který tomuto schématu dobře odpovídal.

Právě řečené souvisí s dalším obecným rozdílem mezi Kelsenem a Schmittem, možná dokonce tím nejobecnějším. Rozdíl se týká vztahu mezi normativním a reálným světem, mezi Kantovým *Sollen* a *Sein*.<sup>30</sup> Kelsen, následuje v tomto řadu moderních autorů včetně Humea, Webera či právě Kanta, chápal obě oblasti jako striktně oddělené. Zatímco svět normativity se řídí zákony přičítání (*Zurechnung*), svět fakticity ovládají zákony kauzality (*Müssen*). Oba světy „*stojí jeden vedle druhého, oddělené nepřekonatelnou propastí*“.<sup>31</sup> Schmitt se naopak domníval, že žádná taková propast neexistuje. Normativita a fakticita jsou spojeny prostřednictvím institucí, zejména té klíčové – státu. Stát ve svém právu kodifikuje již zmíněné usazené zvyky, čímž z normálního dělá normativní. Následně pak normativní vymáhá, aby zůstalo normálním.

Stát byl vůbec pro Schmitta klíčovou jednotkou, a to nejen ve vztahu k vlastnímu obyvatelstvu, ale rovněž na mezinárodní úrovni. Schmitt se hlásil k vestfálskému pojetí mezinárodního řádu, opřenému o národní státy. Ty pro něj byly nositeli určitých předem daných práv a povinností, zejména práva vést válku proti entitě, která je určena jako nepřítel. Z tohoto důvodu také Schmitt odmítal úpravu směřující k zákazu útočné války, resp. obecněji k zákazu použití síly v mezinárodních vztazích. Stavěl se také proti stíhání představitelů nacistického Německa za zločin agrese, resp. v dobové terminologii zločiny proti míru. Naopak proti stíhání za válečné zločiny a zločiny proti lidskosti nic zásadního nenamítal, protože ty nesměřovaly proti základnímu právu suverénního státu, právu vyhlásit válku podle vlastního uvážení.

Popření tohoto práva vyvolá podle Schmitta nástup totální války, kterou povede lidstvo jako celek, přesněji lidé a státy osobující si právo mluvit jménem lidstva, proti entitám považovaným za nepřátele lidstva. Válka jako duel sobě rovných, byť zrovna znesvářených států se změní ve válku jako nástroj postihu určitých států či jiných entit, které nerespektují univerzální zájmy a hodnoty. Jak ukazuje třeba tažení proti tzv. Islámskému státu, tato prognóza Schmittovi vcelku vyšla. Nevyšel mu naopak předpoklad, že takové války budou výrazně krutější a zbavené jakéhokoli respektu k nepříteli. Tento předpoklad možná částečně platí ve vztahu k nepříteli jako kolektivnímu celku, jeho dopady na individuální rovině, vůči jednotlivcům bojujícím za nepřátele, ale výrazně zmírňuje trend humanizace mezinárodního práva, který zavedl určité minimální standardy chování vztahující se na všechny jednotlivci (základní lidská práva, minimální

---

Masterpiece for Contemporary International, Transnational and Global Legal Relations. *Transnational Legal Theory*, sv. 2, č. 1/2011, s. 67–117.

<sup>29</sup> CROCE, Mariano: Does legal institutionalism rule out legal pluralism?. *Op cit.*, s. 50.

<sup>30</sup> Více viz CURCÓ COBOS, Felipe: La polémica Kelsen-Schmitt: un debate jurídico en torno a la Modernidad, *Diánoia*, sv. 58, č. 71/2013, s. 79–103.

<sup>31</sup> KELSEN, Hans: *Hauptprobleme des Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze*. Tübingen, 1923, cit. in tamtéž, s. 88.

standards platné za ozbrojených konfliktů aj.).<sup>32</sup> Pro Schmitta by ovšem tento vývoj, omezující právo státu nakládat nejen s cizími, ale i s vlastními občany podle libosti, byl nejspíše stejně špatný jako změna povahy války.

Kelsen se na danou oblast díval odlišně.<sup>33</sup> Oproti Schmittovi nebyl esencialista, nemyslel si tedy, že stát má pevně danou a v čase a prostoru neměnnou podstatu. Stát pro něj představoval právní kategorii – v právu zakotvenou a právem vymezenou. Konkrétní obsah státnosti tak vždy vyplývá z momentálně platných norem mezinárodního práva. Válka, resp. použití síly může být v jednu dobu dovolené a v jinou zakázané, aniž by to mělo vliv na podstatu státu. Vliv tato změna naopak má na povahu mezinárodního práva. Na rozdíl od některých starších pozitivistů nepovažoval Kelsen mezinárodní právo jen za pozitivní morálku (Austin), nebo vnější právo státu (Jellinek), ale za reálný, byť zatím spíše primitivní právní systém. Na základě analogie s vnitrostátním právem byla podle něho pro existenci jakéhokoli právního systému nezbytná přítomnost sankcí, resp. nástrojů donucení (zde svým způsobem esencialistou byl). V mezinárodním právu tyto nástroje vedle svépomoci zahrnují právě nasazení síly proti narušiteli veřejného pořádku. Proto Kelsen trval na tom, že „*kdokoli odmítá teorii spravedlivé války, popírá současně právní povahu mezinárodního práva*“.<sup>34</sup>

V době, kdy se mluví o krizi státu a přehodnocování konceptu státní suverenity, je tato debata opět relevantní. Je stát entitou s pevně daným obsahem, nebo se jeho vymezení a role mohou časem měnit? Znamená suverenita nezávislost a volnost rozhodování, nebo je naopak spojena s odpovědností a povinností respektovat určitá základní pravidla mezinárodního řádu? Má být použití síly ponecháno na úvaze jednotlivých států, nebo je lepší rozhodování v této věci centralizovat? Schmitt by se přiklonil k první variantě odpovědi, Kelsen k variantě druhé. Každý čtenář si sám za sebe může posoudit, který postoj je mu bližší.

## ZÁVĚR

Hans Kelsen a Carl Schmitt patří mezi nejvýznamnější právní teoretiky 20. století. Oba se zabývali otázkami ústavního a mezinárodního práva, tyto otázky ale zodpovídali značně odlišně. Rozdíly přístupu se projevíly jak ve sporu o to, kdo by měl být strážcem ústavy Výmarské republiky, tak v obecnější diskusi o podstatě práva a povaze státnosti. Ve sporu vedeném na přelomu 20. a 30. let hájil Kelsen ideu ústavního soudnictví, jež dbá na dodržování platného práva, zatímco Schmitt podporoval myšlenku silného prezidenta, který je oprávněn přijímat rozhodnutí nevázaná platným právním rámcem. V obecnější diskusi vystupoval Kelsen jako stoupenec normativismu. Právo pro něj byl autonomní, hierarchicky vystavěný normativní systém, v němž se platnost jednotlivých norem odvozovala od norem vyšších až k výchozí základní normě.

<sup>32</sup> Viz MERON, Theodor: *The Humanization of International Law*. Leiden – Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2006.

<sup>33</sup> Vit RIGAUX, François: Hans Kelsen on International Law. *European Journal of International Law*, sv. 9, 1998, s. 325–343.

<sup>34</sup> KELSEN, Hans: *The Legal Process and International Order*. London: Constable & Company, 1935, s. 13.

Schmitt se nejprve hlásil k decisionismu, který vidí zdroj práva v politickém rozhodnutí, a následně, ve 30. letech, se přiklonil k teorii tzv. konkrétního řádu, v rámci níž právo odráží sociálně-institucionální základ společnosti, její usazené zvyky.

Nelze říci, že by spor o strážce ústavy či obecnější diskuse skončily jasným vítězstvím jednoho z protagonistů. Nejspíše to ani nebylo možné, protože Kelsen a Schmitt zkrátka nabízejí dva odlišné pohledy na právo, stát i svět kolem nás jako takový. Oba pohledy mají svá pozitiva, ale i svá rizika. Kelsen od práva očekává snad až příliš a nevěnuje dost pozornosti případům jeho možného selhání. Schmitt naproti tomu právo podřizuje politické moci, resp. usazeným zvykům, a zbavuje ho tak reálné autonomní síly. První pohled může vyústit v nadměrný formalismus, druhý v obhajobu opresivního režimu. S oběma těmito jevy mají přitom evropské státy z posledních desetiletí bohatou zkušenost a oba představují pro Evropu, i svět širěji, hrozbu též v dnešní době. Diskuse mezi Kelsenem a Schmittem proto netvoří jen zajímavou epizodu právních dějin. Svou relevanci si uchovává dodnes – i vzhledem k otevřenému závěru, který dobře ukazuje, že nastolené otázky nemají jednoznačná řešení, a proto je třeba se k nim, v novém kontextu, vždy znovu vracet.

Doc. JUDr. PhDr. Veronika Bílková, Ph.D., E.MA  
Univerzita Karlova, Právnická fakulta  
bilkova@prf.cuni.cz



## POLEMIKA O STRÁŽCI ÚSTAVY V KONTEXTU SOUČASNÝCH DEBAT O DĚLBĚ MOCI

PAVEL ONDŘEJEK\*

**Abstract:** **Dispute over the guardian of the constitution in the context of current debates about the separation of powers**

A defence of the institution of constitutional judiciary appears as an important part throughout the works of Hans Kelsen. A model of constitutional review which won recognition in the constitutions of Czechoslovakia and Austria in the 1920th was clearly inspired by that author. A question of how to overcome a tension between a legislator and constitutional courts remains very topical at present times as well. The article outlines a dispute over the guardian of the constitution between two remarkable lawyers of the pre-World War II. period – Hans Kelsen and Carl Schmitt. Finally, the article expounds current discourse dealing with the question of position and role of constitutional courts. In the article, the author argues for judicial minimalism and passivist decision-making.

**Keywords:** guardian of the constitution, constitutional review, constitutional courts, legislator, decisional minimalism, judicial passivism

**Klíčová slova:** strážce ústavy, ústavní přezkum, ústavní soudy, zákonodárce, minimalismus v soudním rozhodování, soudcovský pasivismus

**DOI:** 10.14712/23366478.2017.24

Tvrzení, že *Hans Kelsen* je géniem, jehož myšlenky jsou inspirativní i na počátku 21. století, není přehnané.<sup>1</sup> Je však také pravdou, že ryzí nauka právní, jejímž byl hlavním představitelem, již v současné právní filozofii rozvíjena není. Současný pohled na právo je poznamenán jednak návratem některých autorů k přirozenoprávním doktrínám po druhé světové válce, zejména k univerzalitě lidských práv, a dále rozmachem právně sociologických směrů ovlivňujících i právní pozitivismus.<sup>2</sup> *Kelsen* svými úvahami, např. o demokracii nebo podmínkách platnosti pozitivního práva, ovlivnil a stále ovlivňuje řadu autorů, a to nejen právních pozitivistů.

\* Odborný asistent na katedře teorie práva a právních učení Právnické fakulty UK v Praze. Příspěvek vznikl v rámci programu Progres Q04 s názvem Právo v měnícím se světě. Za připomínky děkuji Janě Ondřejkové, která téma role soudů zpracovává v připravované monografii s názvem Vnější limity soudcovské interpretace a argumentace. Praha: Leges, v tisku.

<sup>1</sup> KRAWIETZ, Werner: Hans Kelsen – Ein normativer Mastermind des Rechts und der Rechtstheorie für das 21. Jahrhundert. *Rechtstheorie*, sv. 38, 2007, s. 33–98.

<sup>2</sup> Srov. nedávnou polemiku reflektující trvalý spor iuspozitivismu a non-pozitivismu: PŘIBÁŇ, Jiří: Lesk a bída právního pozitivismu. In PŘIBÁŇ, Jiří – HOLLÄNDER, Pavel a kol.: *Právo a dobro v ústavní demokracii. Polemické a kritické úvahy*. Praha: Sociologické nakladatelství, 2011, s. 27–34. HOLLÄNDER, Pavel: Vážně jsme už všichni pozitivisté? In PŘIBÁŇ, Jiří – HOLLÄNDER, Pavel a kol.: *Právo a dobro v ústavní demokracii. Polemické a kritické úvahy*. Praha: Sociologické nakladatelství, 2011, s. 35–41.

Jednu z významných stránek jeho díla představuje obhajoba instituce ústavního soudu, tedy modelu ústavního přezkumu, který se pod *Kelsenovým* vlivem prosadil ve dvacátých letech minulého století v ústavách Rakouska a rovněž Československa. V této své teorii *Kelsen* mimo jiné usiluje o překonání napětí mezi zákonodárnou a soudní mocí,<sup>3</sup> což je otázka, která je i v dnešní době stále aktuální (nikoliv pouze v anglosaském prostředí, kde se popisuje jako protivěštinový problém – *countermajoritarian difficulty*).<sup>4</sup>

Druhou stránkou *Kelsenovy* teorie ústavního přezkumu je obhajoba ústavních soudů jakožto optimálních strážců ústavy, což je teze, kterou propracoval v polemice s německým právním filozofem *Carlem Schmittem*. Právě přiblížení této polemiky se budu věnovat v úvodu svého příspěvku. V návaznosti na prezentaci *Kelsenových* myšlenek se pokusím zhodnotit, které z jeho argumentů ob stojí v současných debatách o dialogu mezi zákonodárcem a ústavními soudy.

Již v úvodu je vhodné připomenout, že idea ústavního soudnictví, potažmo role ústavních soudů, se vyvíjí současně s rozvojem veřejného práva.<sup>5</sup> V tomto příspěvku budu vycházet z teze, že idea ústavního přezkumu vykazuje jednak určitou kontinuitu s myšlenkami, na nichž byl tento přezkum založen, na straně druhé však je rovněž poznamenán vývojem ústavního práva od poloviny minulého století.<sup>6</sup>

## POLEMIKA HANSE KELSENA S CARLEM SCHMITTEM O STRÁŽCI ÚSTAVY

V roce 1928 vystoupil *Hans Kelsen* na sněmu Spolku německých státovědců (*Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*) s obhajobou existence speciálního ústavního soudu, jehož pravomocí by bylo rušit zákony a jiné právní předpisy pro rozpor s ústavou.<sup>7</sup> Modelem pro Německo měl samozřejmě být rakouský ústavní soud, jehož soudcem v té době *Kelsen* byl a jehož pomáhal jako spolutvůrce rakouské ústavy vytvářet. Komplexní zpracování argumentů přednesených na výše uvedeném fóru *Kelsen* sepsal ve stati o podstatě a vývoji ústavního soudnictví (*Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit*),<sup>8</sup> na kterou *Schmitt* reagoval spisem *Strážce ústavy* (*Der Hüter*

<sup>3</sup> VINX, Lars: *Hans Kelsen's Theory of Law. Legality and Legitimacy*. Oxford: Oxford University Press, 2007, s. 145.

<sup>4</sup> Poprvé byla tato teze komplexně představena v klasickém díle: BICKEL, Alexander: *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics*. 2. vyd., New Haven, London: Yale University Press, 1962.

<sup>5</sup> K tématu proměn veřejného práva, kterému se není možné zde věnovat, odkazují na jinou svou práci: ONDŘEJEK, Pavel: Proměny veřejného práva a jejich vliv na ochranu lidských práv. *Jurisprudence*, sv. 24, č. 3/2015, s. 30–35.

<sup>6</sup> Podobně M. Antoň uvádí, že „snaha vykládat dnešní postavení ústavních soudů prostřednictvím *Kelsenových* myšlenek představuje ... překážku správného přístupu k doktrinárnímu zkoumání judikatury Ústavního soudu a omezuje rámec její kritické reflexe.“ ANTOŇ, Marek: Současné ústavní soudnictví. Nepravý dědic Hanse Kelsena? *Jurisprudence*, sv. 26, č. 2/2017, s. 36.

<sup>7</sup> VINX, Lars: *The Guardian of the Constitution. Hans Kelsen and Carl Schmitt on the Limits of Constitutional Law*. Oxford: Oxford University Press, 2015, s. 7.

<sup>8</sup> KELSEN, Hans: *Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit. Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, č. 5/1929, s. 30–88. Opětovně publikováno v: KLECATSKY, Hans –

der Verfassung) z roku 1931,<sup>9</sup> po němž následovala kritická *Kelsenova* recenze této knihy.<sup>10</sup> Pro čtenáře jsou přístupné anglické překlady těchto textů (v případě *Schmittovy* knihy jejích hlavních kapitol) v monografii editované *Larsem Vinxem*.<sup>11</sup>

K vyvrcholení polemiky o strážci ústavy došlo pod vlivem konkrétní dějinné události: dekretu říšského prezidenta *Hindenburga* ze dne 20. října 1932 vydaného podle článku 48 Výmarské ústavy. Na základě dekretu byl kancléř *von Papen* zmocněn sám sestavit novou pruskou vládu, která nahradila stávající, vzešlou z voleb. Důvodem, podle všeho však zástupným, k vydání prezidentského dekretu byly nepokoje a střety mezi komunisty, nacisty a policií ve městě Altona.<sup>12</sup> Článek 48 Výmarské ústavy umožňoval říšskému prezidentovi vydat dekret k obnovení veřejné bezpečnosti a pořádku v případě jejího závažného porušení nebo ohrožení.<sup>13</sup>

Pruská vláda napadla tento prezidentský dekret před Státním soudem (*Staatgerichtshof*), celkově však neuspěla. Státní soud rozhodl již 25. října 1932, že Prusko sice neporušilo závazky k Říši, a proto říšská vláda nemůže převzít veškeré pravomoci pruské vlády trvale, nicméně opatření dekretu bylo odůvodněno ochranou veřejné bezpečnosti.<sup>14</sup> Toto rozhodnutí Státního soudu (před nímž vystupoval jako zástupce říšské vlády *Carl Schmitt* a na straně Pruských sociálních demokratů neméně významný právník *Hermann Heller*) znovu oživilo debatu o úloze soudů a říšského prezidenta v německém ústavním systému.<sup>15</sup>

Pro bližší věcné seznámení se základními argumenty pro fungování ústavního soudnictví je však třeba připomenout východiska obecné *Kelsenovy* teorie, které se začaly systematictěji v jeho díle projevovat zejména od 2. vydání jeho práce *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre* v roce 1923.<sup>16</sup> Nejvýznamnější je jeho úsilí o vytvoření ryzí nauky právní, které „se chce omezit pouze na poznání, vztahující se k právu, a vyloučit z okruhu tohoto poznání vše, co nepřínáleží k onomu předmětu... Ryzí nauka právní chce oprostít právní vědu od všech prvků, jež jsou cizí jejímu předmětu. To je její základní

---

MARCIC, René – SCHAMBECK, Herbert (eds.): *Die Wiener rechtstheoretische Schule. Schriften von Hans Kelsen, Adolf Merkl, Alfred Verdross*. II. svazek, Wien: Verlag Österreich, 2010, s. 1485–1532 (z poslední uvedené republikace budu vycházet).

<sup>9</sup> SCHMITT, Carl: *Der Hüter der Verfassung*. Berlin: Dunckler & Humblot, 1931.

<sup>10</sup> KELSEN, Hans: Wer soll der Hüter der Verfassung sein? *Die Justiz*, sv. 6, 1931, s. 576–628.

<sup>11</sup> VINX, Lars: *The Guardian of the Constitution. Hans Kelsen und Carl Schmitt on the Limits of Constitutional Law*. Oxford: Oxford University Press, 2015. Níže budu citovat anglické překlady výše uvedených Schmittových a Kelsenových děl v uvedené monografii Larse Vinxe.

<sup>12</sup> K dobovému kontextu případu, včetně politických motivů jeho aktérů, viz např. DYZENHAUS, David: *Legality and Legitimacy. Carl Schmitt, Hans Kelsen und Hermann Heller in Weimar*. Oxford: Clarendon Press, 1997, s. 2 a násl. VINX, Lars: *The Guardian of the Constitution...* Op. cit., s. 1 a násl.

<sup>13</sup> Čl. 48 odst. 2 Ústavy Německé říše (Výmarské ústavy) z 11. srpna 1919 zní:

„V případě, že je narušována nebo ohrožena veřejná bezpečnost a pořádek, říšský prezident může na území celé Říše přijmout nutná opatření a přiměřeně zakročít pomocí ozbrojené moci.“ Citován český překlad v: VLČEK, Eduard – SCHELLE, Karel: *Dokumenty ke studiu moderních dějin státu a práva*. II. díl, Brno: Masarykova univerzita, 1994, s. 61.

<sup>14</sup> VINX, Lars: *The Guardian of the Constitution...* Op. cit., s. 4.

<sup>15</sup> Podrobněji k tomuto rozhodnutí srov. též DYZENHAUS, David: *Legality and Legitimacy...* Op. cit., s. 32–37.

<sup>16</sup> PAULSON, Stanley L.: Introduction. In PAULSON, Stanley L. – LITSCHESKI PAULSON, Bonnie (eds.): *Norms and Normativity. Critical Perspectives on Kelsenian Themes*. Oxford: Clarendon Press, 1998, s. xxiv.

*metodologický princip*.<sup>17</sup> Ponechme stranou v tuto chvíli debatu, nakolik se v samotném *Kelsenově* díle lze zcela obejít bez otázek fakticity.<sup>18</sup>

Druhým významným momentem je převzetí a rozpracování teorie o stupňovité výstavbě právního řádu, s níž původně přichází *Kelsenův* žák *Adolf Merkl*. Podle ní každá právní norma vzniká na základě zmocnění právní normy vyšší právní síly.<sup>19</sup> Garance legality podle *Kelsena* neznamená pouze zajistit soulad jednotlivých rozhodnutí soudů a správních orgánů se zákony, nýbrž i soulad normativních právních aktů, zejména zákonů, s ústavou.<sup>20</sup> Právě soudní a správní rozhodnutí jsou v pojetí zastánců normativní teorie individuální normy, které vznikají jako konkretizace norem obecných (zejména těch obsažených v zákoně).<sup>21</sup> *Hans Kelsen* se předně staví kriticky k tomu, aby řešení na straně jedné právních a na straně druhé politických otázek bylo spojováno s konkrétními institucemi. Toto je hlavní argument *Schmitta*, proč by měl prezident, jako politický orgán, řešit výjimečné situace a nenechávat řešení na soudu, který k politickému řešení otázek nemá dostatek legitimacy. Oproti vývoji v Evropě, kde právní regulace postupně proměňuje tradiční minimální stát, poukazuje *Schmitt* na americkou judikaturu Nejvyššího soudu z přelomu 19. a 20. století.<sup>22</sup>

Podle *Kelsena* nelze procesy tvorby a aplikace práva zcela odlišovat. I při rozhodovací činnosti soudů nebo správních orgánů jsme podle *Kelsena* svědky tvorby práva, kdy tyto orgány musejí řešit otázky explicitně v právu neupravené.<sup>23</sup> *Schmittova* představa, že soudy pouze mechanicky aplikují právní normy dané zákonodárcem, podle *Kelsena* neobstojí.

Pokud jde o formu ochrany ústavnosti, za jediný skutečně efektivní nástroj *Kelsen* považuje zrušení jakéhokoliv aktu, který by se ústavě přičil.<sup>24</sup> Toto zrušení však nevnímá jako zásah do zákonodárné moci, nýbrž jako výkon legislativní pravomoci, která je přenesena na soud. Soud se tedy stává negativním zákonodárcem, na rozdíl od parlamentu, který je zákonodárcem pozitivním.<sup>25</sup> K odůvodnění soudního zásahu do

<sup>17</sup> KELSEN, Hans: *Ryzí nauka právní. Metoda a základní pojmy*. (překl. V. Chytil). Brno – Praha: Orbis, 1933, s. 7.

<sup>18</sup> Julius Stone například poukazuje na vymezení platnosti právního systému skrze efektivitu: „Přestože platnost a efektivita jsou dva zcela odlišné pojmy, existuje přesto mezi nimi velmi důležitý vztah. Norma je považována za platnou pouze za předpokladu, že náleží do systému norem, řádu, který je celkově efektivní. Tedy, efektivita je podmínka, nikoliv důvod platnosti. Norma není platná, protože je efektivní, je platná, pokud řád, ke kterému náleží, je celkově efektivní.“ KELSEN, Hans: *General Theory of Law and State*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1949, s. 41–42. Z tohoto *Kelsenova* předpokladu *Stone* dovozuje, že otázka platnosti je alespoň částečně závislá na faktickém stavu (celkové efektivitě právního systému) – viz *STONE, Julius: Legal System and Lawyers' Reasoning*. Sydney: Maitland Publications Pty., Ltd., 1968, s. 104.

<sup>19</sup> VINX, Lars: *The Guardian of the Constitution...* Op. cit., s. 7.

<sup>20</sup> KELSEN, Hans: *Wesen und Entwicklung...* Op. cit., s. 1487.

<sup>21</sup> K individuálním normám řadí *Kelsen* i právní jednání (zejména v soukromém právu), kterým si účastníci vlastní stanovují individuální normy (opět v mezích stanovených zákony). Podrobněji viz KELSEN, Hans: *Ryzí nauka právní...* Op. cit., s. 35 a násl.

<sup>22</sup> SCHMITT, Carl: *Der Hüter der Verfassung...* Op. cit., s. 78. Jak známo, rovněž americký Nejvyšší soud však od roku 1936 přestal rušit právní předpisy upravující soukromoprávní vztahy a překonal tak období charakterizované přístupem Nejvyššího soudu v případě *Lochner v. New York* 198 U.S. 45.

<sup>23</sup> KELSEN, Hans: *Wesen und Entwicklung...* Op. cit., s. 1486.

<sup>24</sup> *Ibid.*, s. 1502.

<sup>25</sup> *Ibid.*, s. 1505–1506. O „legislativní funkci soudnictví“ hovoří *H. Kelsen* i v *Obecné teorii práva a státu*, když kromě funkce negativního zákonodávce zde řadí i precedenční působení soudních rozhodnutí – KELSEN, Hans: *General Theory of Law and State...* Op. cit., s. 272.



legislativy později přidává i argument historický. Ve své *Obecné teorii státu a práva* z roku 1949 *Kelsen* uvádí, že ústavní přezkum je výrazem nedůvěry v zákonodárnou a výkonnou moc a naopak důvěry v soudnictví, které získalo atribut nezávislosti na panovníkovi. Zdroj nedůvěry tento autor vnímá v dědictví absolutismu, v němž panovník vykonával přímo zákonodárnou i výkonnou moc. Z toho důvodu se podle *Kelsena* zrodilo přesvědčení, že ochránci individuálních práv mohou být v ústavním státě pouze soudy.<sup>26</sup>

Jak již bylo uvedeno výše, *Schmitt* s *Kelsenovými* závěry zásadně nesouhlasí. Existují tři linie argumentace, které *Schmitta* přivádějí k závěru, že strážcem ústavy v uvedeném případě by měl být říšský prezident, nikoliv soud. První představuje odmítnutí ústavních soudů jako orgánů ve své podstatě nedemokratických, kterým rozhodování sporů, o jejichž řešení nepanuje shoda, nemůže být svěřeno.<sup>27</sup> *Schmitt* hovoří o nebezpečí vzniku druhé komory parlamentu, obsazené nikým nevolenými úředníky, kteří nemohou být navíc odvoláni. Z těchto úředníků – soudců – by se stala aristokracie v talárech.<sup>28</sup>

Druhým argumentem, který připomíná *David Dyzenhaus*, je odlišování normálního a výjimečného stavu. I kdyby v běžných poměrech soudy rozhodovaly právní spory, výjimečná situace, o kterou v daném případě šlo, vyžaduje politické řešení, které je na rozhodnutí prezidenta.<sup>29</sup>

Třetí argument spočívá v existenci silného postavení prezidenta, legitimovaného přímou volbou, který je sice orgánem politickým, nikoliv však nutně spojeným s konkrétní politickou stranou. Proto je vhodnější k řešení politických konfliktů nejen než soud, ale i než parlament, který se stranickým haštežením dostává do politické paralýzy.<sup>30</sup> Nutnost silnějšího postavení politických orgánů státu zdůvodňuje svým odlišováním minimálního a totálního státu. Zatímco v devatenáctém století stát nezasahoval do ekonomiky, náboženství a soukromého života, ve století dvacátém je to stát, který organizuje hospodářství, sociální zabezpečení, a stále více i kulturu a vše, co se týká společnosti.<sup>31</sup>

Přechod od charakteristiky totálního státu k nutnosti silného prezidenta jako strážce ústavy je poměrně obtížně vysledovatelný a je i předmětem *Kelsenovy* kritiky.<sup>32</sup> V prvé řadě je třeba zmínit, že přímo volený prezident je podle *Schmitta* vhodným reprezentantem lidu jakožto homogenního útvaru, který zakládá stát (a tedy i jeho právní řád).<sup>33</sup> Zdá se, že klíčové pro *Schmitta* v jeho zdůvodnění silného postavení prezidenta

<sup>26</sup> KELSEN, Hans: *General Theory of Law and State*... Op. cit., s. 281.

<sup>27</sup> VINX, Lars: Introduction... Op. cit., s. 9.

<sup>28</sup> SCHMITT, Carl: *Der Hüter der Verfassung*... Op. cit., s. 156.

<sup>29</sup> DYZENHAUS, David: States of Emergency. In ROSENFELD, Michel – SAJÓ, András (eds.): *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*. Oxford: Oxford University Press, 2012, s. 449.

<sup>30</sup> VINX, Lars: Introduction... Op. cit., s. 10.

<sup>31</sup> SCHMITT, Carl: *Der Hüter der Verfassung*... Op. cit., s. 78–79. Avšak jak správně poznamenává H. Kelsen, liberální stát devatenáctého století se zrodil jako reakce na absolutistický, a tedy rovněž totální, stát (KELSEN, Hans: Wer soll der Hüter der Verfassung sein... Op. cit., s. 1556).

<sup>32</sup> Podle Kelsena je možné vést různé spory o podobu garance ústavnosti (má-li být preventivní nebo represivní, jakou roli má hrát osobní odpovědnost těch, kteří protiústavní úpravu schválili, atd.). Jedna věc však z povahy věci musí být dle tohoto autora zřejmá všem: pravomoc kontrolovat ústavnost nemůže být svěřena těm orgánům, které zároveň mají této kontrole podléhat. Jedná se o projev zásady, že nikdo nemá být soudcem ve své vlastní věci. (KELSEN, Hans: Wer soll der Hüter der Verfassung sein... Op. cit., s. 1534).

<sup>33</sup> DYZENHAUS, David: *Legality and Legitimacy*... Op. cit., s. 118.

je jím vnímaná krize parlamentarismu a nevýhody soudů při řešení politických otázek, přičemž instituce říšského prezidenta zbývá jako poslední a podle *Schmitta* nejméně kontroverzní. Vedle toho se však rovněž zdá, že model komisařské diktatury (jejímž příkladem je například diktátor – *magistratus extraordinarius* – v období římské republiky) je *Schmittovi* při řešení politických krizí ve státě blízký. Tuto skutečnost však *Hans Kelsen* přímo nekritizuje, neboť se chce, dle vlastních slov, zaměřit na normativní stránku a logiku takovéto ústavy, nikoliv na související politické otázky.<sup>34</sup>

Ponechme proto stranou popis preferencí obou autorů k jednotlivým institucím, zaměřme se nyní na otázku, jak se *Kelsen* vypořádává s kritikou, že soudy nemají legitimitu na zasahování do politiky. Podle *Vinx* je třeba *Kelsenovu* teorii ústavního přezkumu číst v souvislosti s jeho teorií demokracie. Pro funkci ústavních soudů je klíčové respektovat hierarchicky uspořádaný právní systém, jakož i pravomoci, které byly soudům svěřeny a které soudy, stejně jako jiné orgány, nemohou překračovat. Přitom však *Kelsen* uznává, že hodnocení ústavnosti je při vágní formulaci ústavních textů často předmětem neshody. Domnívám se tedy, že ani *Kelsenovo* úsilí o propojení záruk ústavnosti a demokracie jednoznačně nevyvrací klíčové argumenty kritiků (včetně *Schmitta*), že existuje riziko, že se ústavní soudy stanou „náhradním suverénem“, budou-li jejich soudci ústavě přisuzovat vlastní význam.<sup>35</sup> Řešení nespátřuji ani v *Kelsenově* apelu na ústavní soudy, aby svá rozhodnutí neopíraly o vágní pojmy, jako je spravedlnost, rovnost, svoboda.<sup>36</sup>

Naopak, roli ústavních soudů popisovanou *Kelsenem* lze hodnotit jako ne zcela jasnou, neboť na jedné straně mají být optimálními strážci ústavy, protože jsou k tomu lépe vybaveny než orgány rozhodující primárně na základě politických úvah (prezident, vláda, parlament), na straně druhé se však konstatuje, že každé rozhodnutí vzešlé z nikoliv pouze mechanicky aplikovaného zákona s sebou nese nutnost diskrece soudů, a tedy jejich politické rozhodnutí.<sup>37</sup> Jak správně upozorňuje *Dyzenhaus*, je skutečně sporné, zda lze sjednotit obsahovou inherentně politického rozhodování soudců s kritikou politicky rozhodujícího prezidenta.<sup>38</sup>

## ÚSTAVNÍ PŘEZKUM ZÁKONŮ A ROLE SOUDNÍ MOCI V SOUČASNOSTI

Úloze soudů v demokratickém státě spočívající v triadickém modelu řešení sporů je věnováno množství historické i recentní odborné literatury.<sup>39</sup> Postavení soudní

<sup>34</sup> KELSEN, Hans: Wer soll der Hüter der Verfassung sein... Op. cit., s. 1572–1573.

<sup>35</sup> VINX, Lars: *Hans Kelsen's Theory of Law*... Op. cit., s. 156–157.

<sup>36</sup> KELSEN, Hans: Wer soll der Hüter der Verfassung sein... Op. cit., s. 1549–1550 a komentář k této pasáži v: VINX, Lars: *Hans Kelsen's Theory of Law*... Op. cit., s. 164.

<sup>37</sup> Shodně VINX, Lars: *Hans Kelsen's Theory of Law*... Op. cit., s. 148. Jak jsem poukázal výše, relativizace striktního odlišování právních otázek jako úlohy soudů a politických otázek jako úlohy zákonodárce stojí v jádru *Kelsenovy* obrany vůči kritice ze strany C. Schmitta.

<sup>38</sup> DYZENHAUS, David: *Legality and Legitimacy*... Op. cit., s. 122.

<sup>39</sup> Na počátku 21. století téma judicializace politiky popisoval např. A. Stone Sweet a M. Shapiro: STONE SWEET, Alec: *Governing with Judges. Constitutional Politics in Europe*. Oxford: Oxford University Press,

moci při řešení sporů o právo mezi dvěma stranami však nelze ztotožňovat s ústavním přezkumem zákonů. Zde je role soudů odlišná, nedochází v pravém smyslu k aplikaci práva na konkrétní skutkový stav, nýbrž o přezkum právních otázek. Je však třeba se ptát, zda jsou soudy skutečně výlučnými orgány, které by se kontrolou ústavnosti měly zabývat. Autoři odpovídající kladně na tuto otázku odkazují zejména na argumenty podané *Johnem Marshall*em v případě *Marbury versus Madison*,<sup>40</sup> které podle *Stephena Breyera* spočívaly na třech myšlenkách: 1) klíčové roli ústavy jakožto právního předpisu nejvyšší právní síly, 2) odbornosti soudu a 3) potřebě zabránit nikterak neomezenému zákonodárci.<sup>41</sup>

Přestože význam ústavního soudnictví jako takového již v současných liberálních demokraciích není zpochybňován, kritické názory se místy objevují ve vztahu ke konkrétním rolím, které na sebe ústavní soudy berou, pokud jde o například o rozhodování otázek, které by měly být předmětem politiky a měly by náležet buď přímo lidu anebo demokraticky zvoleným orgánům. Tak například *Ran Hirschl* vnímá příklon k juristokratici,<sup>42</sup> *Victor Ferreres Comella* sice uznává, že evropský model koncentrovaného ústavního soudnictví plnil důležitou roli pro prosazení koncepce právního státu, avšak v současném heterarchickém modelu vládnutí v Evropě je oslabován posilováním role obecných soudů oproti soudům ústavním.<sup>43</sup> Typickým příkladem představuje pravomoc nižších soudů předkládat předběžné otázky k Soudnímu dvoru Evropské unie, čímž mohou zpochybňovat judikaturu nejvyšších soudních instancí ve státě.

V této části se pokusím srovnat argumenty příznivců a odpůrců silné role ústavního soudnictví ve státě a následně je porovnat s *Kelsenovými* argumenty týkajícími se role ústavního soudu.<sup>44</sup> Hovořím-li o silné roli ústavních soudů, jako východisko uvažuji klasifikaci *Stephena Gardbauma*, který vychází ze tří modelů fungování ústavního soudnictví a jeho vztahu k zákonodárné moci.<sup>45</sup> První představuje klasickou britskou

---

2000, s. 12 a n. SHAPIRO, Martin – STONE SWEET, Alec: *On Law, Politics, and Judicialization*. Oxford: Oxford University Press, 2002, s. 57 a n.

<sup>40</sup> *Marbury v. Madison* 5 U.S. 137, 177 (1803). K českému komentáři k případu viz ANTOŠ, Marek: Slavný případ *Marbury vs. Madison* aktuální i po dvou stoletích. *Jurisprudence*, č. 1/2010, s. 38–42.

<sup>41</sup> BREYER, Stephen: *Making Our Democracy Work. A Judge's View*. New York: Alfred A. Knopf, 2010, s. 12 a násl.

<sup>42</sup> HIRSCHL, Ran: *Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*. Cambridge: Harvard University Press, 2004. Jak však připomíná H. Smekal, Hirschlovo pojetí se týká spíše vlády právníků (*jurists*) než soudců (*judges*) – viz SMEKAL, Hubert: Soudcovská, nebo judicializace politiky? In SMEKAL, Hubert – POSPÍŠIL, Ivo (eds.): *Soudcovská nebo judicializace politiky: vztah práva a politiky (nejen) v časech krize*. Brno: Masarykova Univerzita, 2013, s. 13. Přesto se však ústřední teze knihy týká role ústavního přezkumu ve vztahu k politickým a ekonomickým elitám – viz CLOSA, Carlos: Book Review: HIRSCHL, Ran: *Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*. Cambridge: Harvard University Press, 2004. *International Journal of Constitutional Law*, sv. 3, č. 4/2006, s. 582.

<sup>43</sup> FERRERES COMELLA, Victor: *Constitutional Courts and Democratic Values. A European Perspective*. New Haven, London: Yale University Press, 2009, s. 156–157.

<sup>44</sup> Velké množství, ač nestrukturovaných, argumentů lze nalézt v článku: HÜBNER MENDES, Conrado: Is It All about the Last Word? *Legisprudence*, sv. 3, č. 1/2009, s. 69–110.

<sup>45</sup> GARDBAUM, Stephen: The New Commonwealth Model of Constitutionalism. *The American Journal of International Law*, sv. 49, 2001, s. 707 a násl., GARDBAUM, Stephen: Reassessing the new Commonwealth model of constitutionalism. *International Journal of Constitutional Law*, sv. 8, 2010, s. 167 a násl. Komplexně viz GARDBAUM, Stephen: *The New Commonwealth Model of Constitutionalism. Theory and Practice*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013, s. 25 a násl.

koncepti suverenity parlamentu opírající se o teorii politického konstitucionalismu.<sup>46</sup> Na opačném pólu stojí silný model ústavního soudnictví ve státech uznávajících širokou pravomoc soudů přezkoumávat ústavnost zákonů (*Gardbaum* tento model nazývá právním konstitucionalismem).<sup>47</sup> Konečně třetí model popisovaný jako „*new Commonwealth model of constitutionalism*“ vychází z ústavních změn Kanady (1982), Nového Zélandu (1990) a Velké Británie (1998), které se pokusily nastolit určitou rovnováhu ve vztahu svých ústavních soudů a parlamentů.<sup>48</sup>

Klasickým argumentem ve prospěch ústavního přezkumu je teze o **nutnosti ochrany práv jednotlivců a menšin před tyranii většiny**, kterou nalezneme již v *Tocquevillově Demokracii v Americe*.<sup>49</sup> Autor tento pojem rozebírá podrobně v kontextu republikánského zřízení Spojených států a upozorňuje již na *Jamese Madisona*, podle něhož: „je důležité chránit společnost nejen před útlakem vládců, nýbrž i jednu část společnosti před nespravedlností působenou jinou částí společnosti.“<sup>50</sup> *Jeremy Waldron*, známý svým kritickým postojem k přezkumu zákonů ústavními soudy, však proti této tezi uvádí, že rozhodování většiny nelze až na výjimky označovat jako „tyrání většiny“. Právě naopak, je podstatou demokracie a tudíž legitimní, že většina dokáže oproti menšině svou vůli prosadit. Pokud jde o potenciální ohrožení základních práv menšin, je podle *Waldrona* třeba rozlišovat, zda se jedná o menšinu, která je určitým rozhodnutím znevýhodněna, anebo o menšinu decisní, tj. menšinu v rozhodovacím procesu.<sup>51</sup> Pouze za situace, kdy se menšina postižená rozhodnutím kryje s menšinou účastníků rozhodovacího procesu, mohou většinová rozhodnutí vést k nepřijatelnému zasahování do práv. S odkazem na tohoto autora je však třeba připomenout, že patrně nepůjde o zcela běžné situace. Například při diskusích o důsledcích segregace ve Spojených státech se ukazuje, že vyrovnání podmínek znevýhodněným občanům náležejícím k černošské populaci (např. afirmativní akci) hájí často i zástupci většinového obyvatelstva.<sup>52</sup>

Rozpracování a modernější verzi argumentu tyranii většiny nalezneme u procedurální teorie demokracie, zejména v klasickém díle *Johna Harta Elyho*.<sup>53</sup> **Hlavní úloha ústavních soudů spočívá v ochraně politických procesů před selháními**, která by ústila ve vytváření uzavřených a izolovaných menšin (*discrete and insular minorities*), jež by neměly možnost přeměnit se v budoucnu ve většinu. Pojem uzavřená a izolovaná menšina přebírá *Ely* z odůvodnění případu *United States v. Carolene Products* z roku 1938 ze slavné poznámky pod čarou č. 4 – *Footnote 4*, v jejímž třetím odstavci je

<sup>46</sup> BELLAMY, Richard: *Political Constitutionalism: A Republican Defence of the Constitutionality of Democracy*. Cambridge: Cambridge University Press, 2007.

<sup>47</sup> GARDBAUM, Stephen: *The New Commonwealth Model of Constitutionalism*... Op. cit., s. 22.

<sup>48</sup> Podrobně ke komentáři ke Gardbaumovu dílu srov. KING, Jeff: *Rights and Rule of Law in Third Way Constitutionalism* (review of Stephen Gardbaum's *The New Commonwealth Model of Constitutionalism*). *Constitutional Commentary*, sv. 30, 2014, s. 101–126.

<sup>49</sup> TOCQUEVILLE, Alexis de: *Democracy in America*. Sv. I. New York: Alfred A. Knopf, 1991, s. 258 a násl.

<sup>50</sup> *Ibid.*, s. 268.

<sup>51</sup> WALDRON, Jeremy: The Core of the Case against Judicial Review. *The Yale Law Journal*, sv. 115, 2006, s. 1397 a násl.

<sup>52</sup> *Ibid.*, s. 1401 a násl.

<sup>53</sup> ELY, John Hart: *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*. Cambridge, London: Harvard University Press, 1980.

explicitně zmíněna možnost přísnějšího soudního přezkumu zákonů v případech, kdy by „předsudky proti uzavřeným a izolovaným menšinám představovaly podmínku, jež by vážně omezovala výkon politických procesů...“<sup>54</sup> Úkolem soudů podle *Elyho* je „uvolnit kanály pro politickou změnu“, a usnadnit tím reprezentaci menšin.<sup>55</sup> Podstatou amerického konstitucionalismu podle tohoto autora není orientace na substantivní hodnoty, nýbrž na procesy posílení reprezentace.<sup>56</sup>

Další skupina argumentů se zaměřuje na **požadavek existence interpreta chránícího ústavu a právní stát** (v těchto úvahách se již přímo odráží myšlenka o strážci ústavy). Podle *Fredericka Schauera* a *Larryho Alexandera* slouží ústavní soudnictví primárně k urovnávání sporů a ústavní soudy jsou orgány, které nejlépe plní funkci autoritativního výkladu ústavy.<sup>57</sup> Podobně uvažuje i současný soudce Nejvyššího soudu USA *Stephen Breyer*, který s odkazem na *Hamiltona* spatřuje výhody soudu v tom, že má ze všech orgánů, které by potenciálně mohly působit jako strážci ústavy, nejmenší potenciál zneužití pravomocí.<sup>58</sup> Ústavní soudy tak primárně působí v roli vetujícího orgánu (kelsenovského negativního zákonodárce), který působí jako protiváha neomezené zákonodárné moci.<sup>59</sup>

Argumenty pro a proti ústavnímu přezkumu se nezdá míjejí v tom, že zastánci silného soudu či naopak minimálně omezovaného zákonodárce vnímají v druhém orgánu ohrožení. Na jedné straně stojí zastánci otevřených demokratických debat v parlamentu obávající se zásahů ze strany nikým nevolených a neodpovědných soudců, na straně druhé stojí autoři vnímající soudce jako profesně a snad i eticky způsobilější ve srovnání s netransparentním rozhodováním často pod vlivem různých zájmových skupin v parlamentu.<sup>60</sup> Kritické parlamentních rozhodovacích procedur navíc připomínají známý teorém *Kennetha Arrowa*, z něhož plyne, že rozhodování v zastupitelských orgánech nemusí vždy odrážet vůli většiny. Přesnější než o tyranii většiny je tedy hovořit o tyranii dobře informovaných menšin znalých parlamentních procedur.<sup>61</sup>

Jeden proud současné právní teorie se zaměřuje při popisu debat o střetu ústavního soudu a zákonodárce na hledání orgánu, který by měl v těchto sporech „poslední slovo“, tedy, jehož rozhodnutí by bylo finální. Toto dilema rovněž reflektuje spor *Kelsena*

<sup>54</sup> Rozhodnutí Nejvyššího soudu USA ze dne 25. 8. 1938 ve věci *United States v. Carolene Products* 304 U.S. 144. Komentář k poznámce pod čarou č. 4 (Footnote 4) viz ELY, John Hart: *Democracy and Distrust...* Op. cit., s. 75 a násl.

<sup>55</sup> Srov. kapitolu 5 (*Clearing the Channels of Political Change*) a kapitolu 6 (*Facilitating the Representation of Minorities*) monografie: ELY, John Hart: *Democracy and Distrust...* Op. cit., s. 105 a násl.

<sup>56</sup> *Ibid.*, s. 87–88.

<sup>57</sup> Z toho vyvozují tito autoři požadavek na nadřazenost soudů (*judicial supremacy*) při interpretaci ústavy nad všemi dalšími státními orgány – srov. ALEXANDER, Larry, SCHAUER, Frederick: *On Extrajudicial Constitutional Interpretation. Harvard Law Review*, sv. 110, 1997, s. 1359.

<sup>58</sup> BREYER, Stephen: *Making Our Democracy Work...* Op. cit., s. 215.

<sup>59</sup> HÜBNER MENDES, Conrado: *Is It All about the Last Word?...* Op. cit., s. 87.

<sup>60</sup> Kriticky se k roli soudce jakožto morálního arbitra vyjádřil na konferenci *Právo a politika: Weyrovy dny právní teorie 2017* konané ve dnech 1. a 2. června 2017 Tomáš Sobek.

<sup>61</sup> HÜBNER MENDES, Conrado: *Is It All about the Last Word?...* Op. cit., s. 106. V České republice v posledních letech narůstá počet parlamentních obstrukcí, jejichž legitimita je sporná. Na jednu stranu představují překážku řádného fungování parlamentu, potažmo realizace vládní politiky, na straně druhé projev legitimního práva opozice kritizovat vládu. Jako v jiných otázkách jde o věc míry. Srov. k tomu WINTR, Jan: *Česká parlamentní kultura*. Praha: Auditorium, 2010, s. 222.



se *Schmittem*. Orgán, který má poslední slovo, se má stát strážcem ústavy a tato jeho funkce nemá být ze strany jiných orgánů zpochybnována. Oproti tomu stojí teorie soudního dialogu, hledající usmíření mezi oběma krajními extrémy.<sup>62</sup> Moderní teorii představil *Conrad Hübner Mendes*, který v případě konfliktů zákonodárce s ústavním soudem hovoří o „prozatímním posledním slovu“ (*provisional last say*) nebo také o jednotlivých „procesních kolech“ (*procedural rounds*) a připodobňuje spor, kdy soudy a parlamenty opakovaně rozhodují jeden obtížný případ, k tenisové výměně.<sup>63</sup> Co ale v případě příliš zdlouhavé výměny názorů, kdy se spravedlnosti ani jedné ze stran nedostává (platí maxima *justice delayed is justice denied*). *Hübner Mendes* nalézá řešení tohoto problému v tezi, že převážit by měla argumentace odpovídající „veřejnému rozumu“ (*public reason*),<sup>64</sup> přičemž tento pojem přebírá od *Rawlse*.<sup>65</sup> Jak soudy, tak parlamenty se pohybují v určitém společenském prostředí a jejich závěry jsou veřejností posuzovány. Při úvahách o uspořádání vrcholných institucí ve státě tedy nemůžeme ignorovat skutečnost, že veřejné instituce a právní regulace, kterou vytvářejí, se nevyskytují ve vakuu.

Častá odpověď na problém aktivistického soudního rozhodování je volání po sebeomezení soudu. Americký autor *Alexander Bickel*, známý svou analýzou politického rozhodování soudů,<sup>66</sup> prosazuje na příkladu Nejvyššího soudu USA „pasivistický“ soud (*passivist court*), který rozumně využívá možností, jaké jsou dány doktrínami *political question, case and controversy, ripeness* a jinými za účelem posílení legitimacy a přesvědčivosti svých rozhodnutí.<sup>67</sup> Jak připomíná *Mark Tushnet*, „slabý“ model ústavního přezkumu, v němž nemají soudy poslední slovo, nemusí být známkou neefektivní ochrany určité skupiny práv, například práv sociálních.<sup>68</sup>

V podobném duchu se vyslovuje i *Cass Sunstein*, když obhajuje takový přístup ústavních soudů, které se orientují výlučně na danou kauzu a formulují své ratio decidendi úzce a v závislosti na skutkových okolnostech případu. Toto rozhodování nazývá minimalismem v rozhodování (*decisional minimalism*).<sup>69</sup> Zároveň *Sunstein* uvádí výhody, které má spíše stručná a ne příliš hluboká argumentace: nerozhodovat o všech otázkách, které s daným případem souvisejí, je důležité nejen vzhledem k roz-

<sup>62</sup> Z množství literatury k tomuto tématu srov. přehledový článek B. Friedmanna: FRIEDMANN, Barry: Dialogue and Judicial Review. *Michigan Law Review*, sv. 91, 1993, s. 577–682.

<sup>63</sup> HÜBNER MENDES, Conrado: Not the Last Word, But Dialogue: Deliberative Separation of Powers II. *Legisprudence*, sv. 3, č. 2/2009, s. 223. Paralelu o tenisové výměně přebírá C. Hübner Mendes od B. Friedmanna, který v tomto ohledu uvažuje o utváření a směřování veřejné debaty o zásadních otázkách ze strany soudů – srov. podrobněji: FRIEDMANN, Barry: Dialogue and Judicial Review... Op. cit., s. 669.

<sup>64</sup> HÜBNER MENDES, Conrado: Neither Dialogue Nor the Last Word: Deliberative Separation of Powers III. *Legisprudence*, sv. 1, č. 5/2012, s. 25.

<sup>65</sup> „Veřejný rozum je charakteristikou demokratického společenství: je to rozum občanů, tedy těch sdílejících status rovnosti a občanství. Předmětem jejich rozumu je dobro společnosti...“ Cit dle: RAWLS, John: *Political Liberalism*. New York: Columbia University Press, 1993, s. 213.

<sup>66</sup> BICKEL, Alexander: *The Least Dangerous Branch*... Op. cit.

<sup>67</sup> BICKEL, Alexander: Foreword – The Passive Virtues. *Harvard Law Review*, sv. 75, 1961, s. 40–79.

<sup>68</sup> TUSHNET, Mark: *Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*. Princeton, Oxford: Princeton University Press, 2008, s. 264.

<sup>69</sup> SUNSTEIN, Cass. Foreword: Leaving Things Undecided. The Supreme Court 1995 Term. *Harvard Law Review*, sv. 110, 1996, s. 7.

širování prostoru pro demokratické rozhodování, ale také z pragmatických důvodů minimalizace chybných závěrů soudu.<sup>70</sup> Uvedený autor rozlišuje odůvodnění, která jsou úzce zaměřená na daný skutkový stav, anebo naopak široká, dopadající na velký okruh případů.<sup>71</sup> Z jiného pohledu můžeme vnímat rozhodnutí se stručným odůvodněním,<sup>72</sup> anebo naopak s velmi hlubokým sdělením teoretických základů.<sup>73</sup> I v České republice je možné hodnotit šíři a hloubku odůvodnění soudních rozhodnutí, za příkladný přístup minimalismu v rozhodování je možné označit nedávné rozhodnutí českého Ústavního soudu ve věci imunity poslance za projevy učiněné na sociální síti Facebook. V tomto rozhodnutí Ústavní soud mimo jiné uvádí: „Za projev ve svých komorách a jejich orgánech tedy nelze poslance ani senátora trestně stíhat, ani proti němu zahájit správní řízení, nicméně komora, jejímž je dotčený poslanec či senátor členem, může tohoto poslance či senátora kárně stíhat a následně uložit kárné opatření. Trestněprávní a správněprávní odpovědnost poslanců a senátorů je tak nahrazena specifickou disciplinární odpovědností před příslušnou komorou. V této souvislosti Ústavní soud dodává, že k tomu, zda čl. 27 odst. 2 Ústavy vylučuje i civilní žaloby vůči poslanci za jeho projevy učiněné v Poslanecké sněmovně nebo v jejích orgánech, *se Ústavní soud v této věci nevyjadřuje, neboť zodpovězení této otázky není pro projednávání případ nezbytné* (zvýrazněno autorem).“<sup>74</sup>

Relativně novou otázkou týkající se ochrany ústavnosti, která se ještě intenzivněji dotýká legitimacy ústavního přezkumu, pak přináší přezkum ústavnosti ústavních zákonů ze strany soudů.<sup>75</sup> K této problematice poznamenávám, že v *Kelsenových* textech, s nimiž jsem se měl možnost seznámit, se tato situace neuvažuje. V základech jeho teorie bychom sice mohli nalézt určité indicie souladu ochrany materiálního jádra ústavy – neboť samotné rozdělení ústavního pořádku na materiální jádro a „zbývající“ část není v rozporu se stupňovitou výstavbou právního řádu ani s představou základní normy, nicméně jednoznačný závěr o *Kelsenově* preferenci takovéto role ústavních soudů podle mého názoru v jeho díle chybí.

<sup>70</sup> Ibid., s. 16 a násl.

<sup>71</sup> C. Sunstein uvádí, že v případ *Dred Scott v. Sanford* 60 U.S. 393 (1857) formuloval Nejvyšší soud USA své závěry tak široce, že se pokusil obsáhnout celé pojetí otroctví černošského obyvatelstva v americké ústavě. SUNSTEIN, Cass. Foreword: Leaving Things Undecided... Op. cit., s. 24.

<sup>72</sup> Většina rozhodnutí odmítající *certiorari*, kdy se Nejvyšší soud nezabývá danou kauzou, je takto odůvodněna – SUNSTEIN, Cass. Foreword: Leaving Things Undecided... Op. cit., s. 23.

<sup>73</sup> C. Sunstein zde zmiňuje podrobně odůvodněné většinové stanovisko, které napsala R. B. Ginsburgová, v případě *United States v. Virginia*, 518 U.S. 515 (1996). V tomto případě soud konstatoval porušení zákazu diskriminace z důvodu pohlaví, neboť na vojenské akademii nemohly studovat ženy. SUNSTEIN, Cass. Foreword: Leaving Things Undecided... Op. cit., s. 73.

<sup>74</sup> Nález Ústavního soudu sp. zn. I. ÚS 3018/14 ze dne 16. 6. 2015, odst. 23 odůvodnění rozhodnutí.

<sup>75</sup> Podrobně v recentní odborné literatuře viz PREUSS, Ondřej: *Klauzule věčnosti (Je možné odstranit liberální demokracii?)*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2015. GRINC, Jan: *Přezkum ústavních zákonů v Německu a Rakousku. Jurisprudence*, sv. 19, č. 1/2010, s. 31–37.



## ZÁVĚR

Při hodnocení ideového sporu mezi *Kelsenem* a *Schmittem* je třeba na prvním místě poukázat na fakt, že ústavní systém Výmarské republiky s prezidentem hrajícím velmi silnou roli neobstál.<sup>76</sup> Pozdější vývoj však ukázal, že všechny *Kelsenovy* argumenty ve prospěch silného ústavního soudu rovněž zcela neobstojí. Důvody spočívají podle mého názoru ve výše uvedených proměnách, k nimž ve veřejném právu docházelo od druhé poloviny minulého století. Mění-li se veřejné právo, je logické, že se mění i očekávání a funkce ústavních soudů. Pokud však jde o samotné utváření evropského kontinentálního modelu ústavního přezkumu, za jehož vzor bychom mohli považovat poválečné pojetí ústavního státu Spolkové republiky Německo (a v návaznosti na něj modely řady dalších států), v tomto ohledu nelze roli *Kelsena* snižovat.<sup>77</sup> Přesto je třeba souhlasit s *Markem Antošem*,<sup>78</sup> *Susanne Baer*<sup>79</sup> a dalšími autory v tom, že role ústavních soudů se postupně mění. Jsme svědky nejrůznějších interpretativních výroků soudu,<sup>80</sup> případů, kdy ústavní soud zruší pouze část právního předpisu, čímž změní právní normy v něm obsažené,<sup>81</sup> případně *ex ante* stanoví parametry či limity budoucí právní úpravy, která má být přijata po zrušení protiústavního předpisu.<sup>82</sup> Uvedené příklady naznačují, že výkon pravomocí je současnými ústavními soudy chápán širěji než pouhý negativní zákonodárce. Mimo jiné z těchto důvodů se kritikové široce pojímané kontroly ústavnosti domnívají, že finální rozhodnutí by neměl mít ve všech případech ústavní soud.

<sup>76</sup> DYZENHAUS, David: *Legality and Legitimacy*... Op. cit., s. 17.

<sup>77</sup> ROSENFELD, Michel: The Rule of Law and the Legitimacy of Constitutional Democracy. *Southern California Law Review*, sv. 74, 2001, s. 1329.

<sup>78</sup> ANTOŠ, Marek: Současné ústavní soudnictví... Op. cit., s. 40–41.

<sup>79</sup> BAER, Susanne: Rights under Pressure: practising constitutional law in turbulent times. LSE Public Lectures and Events. 10. května 2016, přednáška dostupná na internetu: <http://www.lse.ac.uk/website-archive/newsAndMedia/videoAndAudio/channels/publicLecturesAndEvents/Home.aspx>.

<sup>80</sup> Zvláště kontroverzní typ výroku se nachází v nálezu Ústavního soudu sp. zn. Pl. ÚS 28/13 ze dne 10. 7. 2014, týkajícím se platů soudců. Platová základna pro výpočet platů soudců ve výši 2,75násobek průměrné měsíční mzdy byla obsažena v ustanovení § 3 odst. 3 zák. č. 236/1995 Sb. o platu některých představitelů státních orgánů a soudců. Toto ustanovení se však týkalo rovněž představitelů vrcholných státních orgánů, nejen soudců. Výrok Ústavního soudu v tomto rozhodnutí zněl: „Ustanovení obsažené v § 3 odst. 3 zákona č. 236/1995 Sb., o platu a dalších náležitostech spojených s výkonem funkce představitelů státní moci a některých státních orgánů a soudců a poslanců Evropského parlamentu, naposledy ve znění zákona č. 11/2013 Sb., vyjádřené slovem „2,75násobek“, pokud se týká soudců okresních, krajských, vrchních soudů, Nejvyššího soudu a Nejvyššího správního soudu, se ruší uplynutím dne 31. prosince 2014.“

<sup>81</sup> Z české praxe lze uvést případ zrušení minimální výše pokuty pro živnostníky, čímž došlo k přetvoření sankce právní normy, která nově pozbyla minimální hranici. Nález Ústavního soudu ze dne 13. 8. 2012 sp. zn. Pl. ÚS 3/02 zrušil spodní hranici pokuty ve stavebním zákoně z důvodu, že v určitých případech může mít na živnostníky likvidační charakter. Podobná argumentace se objevuje v nálezu k sankci za nelegální zaměstnávání (tzv. švarcsystém) – nález Ústavního soudu ze dne sp. zn. Pl. ÚS 52/13 ze dne 9. 9. 2014.

<sup>82</sup> Ve výše uvedeném nálezu týkajícím se platů soudců dovedil Ústavní soud mimo jiné: S ohledem na shora uvedené důvody tak není v současné době již prostor pro restriktivní zásahy do relativního poměru zakončeného v § 3 odst. 3, jak byl založen zákonem č. 309/2002 Sb. (na úrovni 3násobku). Pro přijetí ústavně konformní relace mezi průměrnou mzdou v nepodnikatelské sféře a platovou základnou soudců stanovil Ústavní soud odklad vykonatelnosti nálezu po přiměřenou dobu, která postačuje k řádnému zákonodárnému procesu této legislativně jednoduché změny (nález Ústavního soudu sp. zn. Pl. ÚS 28/13 (platy soudců XV) ze dne 10. 7. 2014, odst. 80). Zákonodárce na tento nález reagoval novelou 359/2014 Sb., kterou soudcům ve smyslu výše uvedeného limitu v rozhodnutí Ústavního soudu stanovil platovou základnu ve výši 3násobku průměrné měsíční mzdy.

Pozoruhodným faktem je, že oba autoři sporu o strážce ústavy prezentují orgány, které v jejich očích představují ideál ochrany ústavnosti, jako nepolitické. Méně kontroverzní tato teze působí u *Hanse Kelsena*, který založil svou ryzí nauku právní na oddělení práva a politiky, naopak v případě *Schmitta* tento argument obtížně zapadá do jeho teorie, v níž je veškeré právo v zásadě rozšířením politiky.<sup>83</sup> Historické argumenty o fungování instituce hlavy státu na jedné straně a soudců na straně druhé, o které oba autoři své teze opírají, rovněž nemají podle mého názoru na současný výkon jejich funkcí zásadní vliv. Jak bylo řečeno výše, role ústavních orgánů se od počátku 20. století podstatně proměnila. Samotné tvrzení o ústavním zakotvení obou těchto orgánů jako neutrálních podle mého názoru nestačí k prokázání jejich faktické nezávislosti. *Schmitt* hovoří o zatížení soudní moci rozhodováním o politických otázkách<sup>84</sup> a připomíná i možný exces soudní moci v podobě úmyslného politického rozhodování nevolených soudců vrcholných soudů.<sup>85</sup> *Kelsen* zase zpochybňuje tezi o nestrannosti prezidenta, neboť i přímo volený prezident může mít podporu parlamentní ale i mimoparlamentní strany.<sup>86</sup> Ostatně posledně zmiňovaný případ je v českém prostředí znám, vedl k problematickému a kritizovanému jmenování vlády „odborníků“ prezidentem *Zemanem* v červnu roku 2013.<sup>87</sup> Lze tedy shrnout, že s vědomím fungování vrcholných orgánů je potřeba otevřeně přiznat možnost politického rozhodování hlavy státu, ale i ústavních soudců.<sup>88</sup>

Přestože ústavní soudy v *Kelsenových* časech a nyní chápou svou vlastní úlohu jinak, některé obavy z adekvátního nastavení rovnováhy mezi zákonodárnou a soudní mocí jsou z *Kelsenova* díla patrné. *Kelsen* například varoval před používáním neurčitých pojmů a odůvodňováním rozhodnutí ústavních soudů abstraktními hodnotami.<sup>89</sup> Tím spíše by patrně byl proti judikování proti výslovnému znění zákona. Jak ukázaly následné debaty zejména v anglosaské právní vědě, situace je však složitější, neboť v otázkách, kdy soud představuje jediný orgán (pro izolovanou menšinu, parlamentní opozici anebo jednotlivce), je jeho zásah nezbytný.

Řešení uvedeného sporu spatřuji v tom, aby si soudy osvojili převážně pasivní roli, zejména rozhodují-li spory, které mohou být rovněž rozhodnuty demokratickou cestou, neboť pro ně neexistuje jednoznačné právní řešení podložené ústavou. Vedle toho je

<sup>83</sup> KUMM, Mattias: Who is Afraid of the Total Constitution? Constitutional Rights as Principles and the Constitutionalization of Private Law. *German Law Journal*, č. 4/2006, s. 342–343.

<sup>84</sup> SCHMITT, Carl: *Der Hüter der Verfassung*... Op. cit., s. 158.

<sup>85</sup> Ibid., s. 155.

<sup>86</sup> KELSEN, Hans: Wer soll der Hüter der Verfassung sein... Op. cit., s. 1565.

<sup>87</sup> WINTR, Jan: *Principy českého ústavního práva*. 3. vyd., Plzeň: Aleš Čeněk, 2015, s. 95.

<sup>88</sup> V české literatuře se tématu vztahu ústavního soudnictví a politiky delší dobu věnuje J. Chmel. Srov. jeho příspěvek CHMEL, Jan: Politika na ústavním soudě. *Časopis pro právní vědu a praxi*, 1. část: č. 2/2014, s. 178–185, 2. část: č. 4/2014, s. 475–483. BROŽ, Jan – CHMEL, Jan: *Pohled za oponu: Studie o vzniku Ústavy České republiky a o kontextu její interpretace*. Praha: Leges, 2016, s. 66–117. Viz též BAŇOUC, Hynek: Vztahy práva a politiky a jejich vliv na efektivnost práva. In SMEKAL, Hubert – POSPÍŠIL, Ivo (eds.): *Soudcokracie nebo judicializace politiky: vztah práva a politiky (nejen) v časech krize*. Brno: Masarykova Univerzita, 2013, s. 73–92.

<sup>89</sup> Podle Marka Antoše se právě v této otázce liší moderní ústavní soudy nejvíce od kelsenovského modelu, a to proto, že jejich judikatura v oblasti základních práv se prakticky celá dotýká vážných a stručně formulovaných garancí práv, případně kolidujících veřejných zájmů, které ústavní soudce vedou často k hodnotovým soudům – viz ANTOŠ, Marek: *Současné ústavní soudnictví*... Op. cit., s. 41.

praktické, aby si především ústavní soudy osvojily minimalistické rozhodování, které se orientuje na základní otázku ve sporu, přičemž ostatní související záležitosti ponechává nerozhodnuté. Tím se soud může vyvarovat možnosti chybných závěrů, plynoucích například z nedostatku informací, kterými nemusí při rozhodování disponovat, ale také kritiky z důvodu tvrzeného zasahování do pravomoci jiných, zejména demokraticky legitimovaných, orgánů státní moci.

JUDr. Pavel Ondřejek, Ph.D.  
Univerzita Karlova, Právnická fakulta  
ondrejek@prf.cuni.cz

# HANS KELSEN JAKO POLITICKÝ ČLOVĚK

KLAUS ZELENY

**Abstract:** **Hans Kelsen as a Political Person**

Throughout his life, Hans Kelsen endeavoured to separate his position as a scientist, and a constitutional court judge from his personal political beliefs – he believed in academic independence and judicial impartiality and he tried not to let his personal political preferences to influence his legal (both theoretical and practical) work. Although he strongly sympathised with the social democratic party, he was never a member of it (neither of any other political party) and after the constitutional court reform in 1929, he refused to be appointed to the post of the constitutional court judge as the party's nominee, since he did not want to appear to be a political candidate. When he held the position of the constitutional court judge between 1919 and 1929, he adhered only to the constitution and his own convictions, despite the fact it made him undesirable to the social democrats and the government. Kelsen also strongly opposed totalitarian ideologies, both Marxism and fascism – nevertheless, he supported Max Adler's habilitation, despite Adler's inclination to Marxism and the doubts of his colleagues. As a lifelong pacifist, Kelsen believed in the peaceful resolution of disputes. If any dispute arises, it should be resolved peacefully by a non-political rather than political body in accordance with the precise rules of law. For domestic political disputes, such body would be represented by the constitutional court, whereas international disputes should be handled by an international body with coercive powers over the states. Behind all of Kelsen's major ideas and theories (e.g. supremacy of international law, rejection of totalitarian regimes and preference for democracy, insistence on precise legal language, critique of the League of Nations), one common objective can be found – to help achieve universal peace through exact legal rules and procedures, free from any political influence.

**Keywords:** peaceful resolution of disputes, international responsibility, Marxism, democracy, judicial impartiality, academic independence

**Klíčová slova:** mírové řešení sporů, mezinárodní odpovědnost, marxismus, demokracie, nezávislost soudů, akademická nezávislost

**DOI:** 10.14712/23366478.2017.25

## I. ÚVOD

Život Hanse Kelsena, který se dožil více než 90 let, byl velmi pohnutý. Narodil se do židovské rodiny ve starorakouské Praze, vyrůstal v hlavním, říšském a sídelním městě Vídni na konci epochy Fin de Siécle, během 1. světové války a rozpadu dualistické monarchie byl na jedné straně vyhozen ze životní dráhy, na straně druhé se ale dostal do kontaktu s mocenskou centrálou, podílel se na založení a konsolidaci Rakouské republiky, kvůli nevráživosti se přestěhoval do Kolína nad Rýnem, před nacionálně-socialistickým terorem uprchl do Ženevy, hledal útočiště v Praze, ale

i zde ho čekalo nacionálně-socialistické odmítnutí, před 2. světovou válkou uprchl do USA a jako 60letý zde ještě jednou zahájil kariéru a nakonec našel zabezpečené místo v Kalifornii, i přes studenou válku hodně cestoval, až do vysokého stáří byl vědecky aktivní a v pozhnaném věku zemřel. Které hodnoty a názory jej mohly pohánět? Lze vysledovat politické cíle, které zastával?

## II. ŽÁDNÁ STRANICKÁ POLITIKA: KELSEN JAKO NEZÁVISLÝ ČLOVĚK

Úplně na začátek je třeba zdůraznit, že Kelsen – jak sám zmiňuje ve svém vlastním životopisu z roku 1947 – nebyl *nikdy členem žádné politické strany*.<sup>1</sup> V tomto smyslu byl na stranické politice nezávislý. Ovšem celý svůj život měl Kelsen *blízký vztah k sociální demokracii*.<sup>2</sup> Takto uvádí ve svém Vlastním životopisu z roku 1947: „Byla mi vždy osobně docela sympatická socialistická a současně demokratická politická strana; a tyto sympatie jsem nikdy netajil,“<sup>3</sup> a dále: „Ale silnější než tyto sympatie byla a je moje touha po stranicko-politické nezávislosti v mém povolání.“<sup>4</sup>

Obě okolnosti jsou obzvláště zřejmé také z toho, že sociální demokraté nabídli, že jej po novele B-VG v roce 1929 „vyšlou“ do *nově obsazovaného ústavního soudu*. Kelsen to však odmítl, protože nechtěl vzbudit dojem, že by byl v ústavním soudu činný za politickou stranu; v životopisu z roku 1947 napsal: „Být důvěrníkem politické strany je neslučitelné se soudcovskou nezávislostí.“<sup>5</sup> Odmítl navzdory tomu, že, že jej sociální demokraté, konkrétně Karl Seitz, vídeňský zemský hejtmán a předseda strany, výslovně ubezpečovali, že do jeho činnosti jakožto soudce ústavního soudu nebudou chtít nijak zasahovat a nebudou mu chtít ukládat žádné závazky.

Je ovšem nutné doplnit, že sociální demokraté „směli jmenovat“ po novele B-VG z roku 1929 pouze dva ze 14 členů ústavního soudu. Uvedená novela totiž stanovila, že od nynějška spolková vláda, která tehdy byla „konzervativní“, jmenuje všech 14 soudců ústavního soudu. Křesťanští socialisté ovšem sociálním demokratům přislíbili, že „smí jmenovat“ poslední dva členy ústavního soudu. Tím ale sociální demokraté – z tohoto úhlu pohledu – ztratili jakoukoliv šanci na prosazení svého názoru v ústavním soudu. A Kelsen nechtěl být „fíkovým listem“,<sup>6</sup> jehož prostřednictvím by se předstíralo, že

<sup>1</sup> Srov. KELSEN, H.: Autobiographie, 1947. In JESTAEDT, M.: *Hans Kelsen im Selbstzeugnis: Sonderpublikation anlässlich des 125. Geburtstag von Hans Kelsen am 11. Oktober 2006*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2006, s. 60.

<sup>2</sup> Srov. POTACS, M.: *Marxismus und Kelsen*. In ALIPRANTIS, N. – OLECHOWSKI, T. (eds.): *Hans Kelsen: Die Aktualität eines großen Rechtswissenschaftlers und Soziologen des 20. Jahrhunderts*. Schriftenreihe des Hans Kelsen-Instituts 36. Wien, 2014, s. 81; GASSNER, M.: *Hans Kelsen und die sowjetische Rechtslehre*. In JABLONER, C. – OLECHOWSKI, T. – ZELENY, K. (eds.): *Das internationale Wirken Hans Kelsens*. Schriftenreihe des Hans Kelsen-Instituts 38. Wien, 2016, s. 144.

<sup>3</sup> KELSEN, H.: *Autobiographie*, 1947. Op. cit., s. 61; a rovněž Kelsenova výpověď při výslechu FBI: RATHKOLB, O.: *Hans Kelsen und das FBI während des McCarthyismus in den USA*. In WALTER, R. – OGRIS, W. – OLECHOWSKI, T. (eds.): *Hans Kelsen: Leben – Werk – Wirksamkeit*. Schriftenreihe des Hans Kelsen-Instituts 32. Wien, 2009, s. 347.

<sup>4</sup> KELSEN, H.: *Autobiographie*, 1947. Op. cit., s. 61.

<sup>5</sup> Tamtéž, s. 79 a násl.

<sup>6</sup> Tamtéž, s. 80.

bude ústavní soud institucí nezávislou na politických stranách. Kelsen totiž již tehdy viděl autoritativně-fašistické tendence křesťanských socialistů a varoval sociální demokraty, kteří s uvedenou novelou B-VG souhlasili, ovšem toto varování se minulo účinkem, protože sociální demokraté věřili, že musí novelu schválit, aby zajistili autonomii Vídně – kde by mohli bez omezení vládnout.<sup>7</sup> Kelsen v roce 1930 odešel na univerzitu v Kolíně nad Rýnem; jeho odchodu z Vídně litovali jak sociální demokraté (ve Wiener Allgemeinen Zeitung ze dne 8. července 1930), tak liberální strana (v Neuen Freien Presse ze dne 10. července 1930).

Určitým způsobem by bylo možné vyvozovat souvislost, že sociálnědemokratický kancléř Karl Renner pověřil Kelsena *vypracováním B-VG z roku 1920* proto, že měl Kelsen k sociálním demokratům blízko; a Renner ho také spojil s odmítnutím marxistické teorie.<sup>8</sup> Kelsen ovšem nevypracoval své ústavní návrhy stranicko-politicky ve smyslu, že by stranil sociálním demokratům; jeho ústavní návrhy byly potud „neutrální“, jak sám uvedl: „právně-technické“, a: „vypracoval jsem vícero návrhů, aby se dalo počítat s různými politickými možnostmi.“<sup>9</sup>

I Kelsenovo *angažování se ve vzdělávání národa* v letech 1910 až 1930 odpovídá tomuto načrtnutému obrazu: vyučoval pouze na nestranických institucích, které ale měly blízko k sociálním demokratům, a hájil nestranické politické vzdělávání.<sup>10</sup>

Dále je zde třeba uvést skutečnost, že Kelsen v roce 1927 podepsal takzvanou *Grünbaumovu výzvu* v Arbeiter-Zeitung z 20. dubna („Shromáždění duchovní Vídně“), která představovala skrytou výzvu k volbě sociálních demokratů do vídeňské městské rady.<sup>11</sup>

Konečně můžeme poukázat na to, že se Kelsenova *publikační činnost* často objevovala v sociálnědemokratickém tisku, i když současně publikoval i v konzervativních médiích.<sup>12</sup>

Kelsenův blízký vztah k sociální demokracii přesto nikdy nepřerostl v *nekritické přebírání „stranické linie“*;<sup>13</sup> k tomu odkazují zejména na jednu epizodu z Kelsenova života:<sup>14</sup> V roce 1919 se konalo shromáždění profesorů Vídeňské univerzity, které mělo rozhodnout otázku, zda by se měly *univerzity* jako „podnik“ účastnit *voleb do pracovní rady*. Tyto volby byly marxisticky laděnou akcí; sociální demokraté přesto vytvoření pracovních rad na univerzitách podpořili. Kelsen se ovšem proti účasti profesorů v pracovních radách vehementně vyslovil, protože vytvoření pracovních rad by bylo neslučitelné s vědeckou svobodou. Nakonec se profesori rozhodli, že se voleb nebudou účastnit. Kelsen byl tehdy přesvědčen, že by kvůli této události neměl být sociálnědemocratic-

<sup>7</sup> Tamtéž, s. 80.

<sup>8</sup> Srov. níže.

<sup>9</sup> KELSEN, H.: Autobiographie, 1947. Op. cit., s. 69. Srov. WIEDERIN, E.: Kelsen als praktischer Verfassungsrechtler. In ALIPRANTIS N. – OLECHOWSKI, T. (eds.): Op. cit., s. 111; OLECHOWSKI, T.: příspěvek, s. 218 a násl.

<sup>10</sup> Srov. EHS, T.: Erziehung zur Demokratie: Hans Kelsen als Volksbildner. In WALTER R. – OGRIS, W. – OLECHOWSKI, T. (eds.): Op. cit., s. 82, 83, 87; ke Kelsenově činnosti při vzdělávání národa srov. rovněž EHS, T.: *Hans Kelsen und politische Bildung im modernen Staat*. Schriftenreihe des Hans Kelsen-Instituts 29. Wien, 2007, POTACS, M.: Op. cit., s. 82, 83.

<sup>11</sup> Srov. POTACS, M.: Op. cit., s. 82.

<sup>12</sup> Srov. Tamtéž, s. 83.

<sup>13</sup> Srov. Tamtéž, s. 83.

<sup>14</sup> Srov. KELSEN, H.: Autobiographie, 1947. Op. cit., s. 59 a násl.

ký ministr školství Otto Glöckel jmenován nástupcem zesnulého profesora Edmunda Bernatzika řádným profesorem Vídeňské univerzity,<sup>15</sup> ale ten byl přesto jmenován.

Na druhé straně se Kelsen neostýchal přebírat do svých úvah *myšlenky*, i když ty byly prosazovány „*politickým protivníkem*“: ve 2. vydání své stěžejní práce o teorii demokracie „O podstatě a hodnotě demokracie“ (1929) ukázal opatrné sympatie pro tehdejší odvolatelnost poslanců voliči po vzoru sovětské ústavy, aby se zesílily vazby mezi voliči a volenými.<sup>16</sup>

Kelsen dával vždy opakovaně najevo, že je přesto zapřisáhlým „*nepřítelem*“ *marxismu*.<sup>17</sup> Ve svém životopisu z roku 1947 jasně uvedl, že odmítá politickou teorii marxismu, diktatury proletariátu a odumření státu.<sup>18</sup> Naproti tomu zde trval na tom, že od samého počátku bezvýhradně podporoval stranický program rakouské sociální demokracie, který sice vycházel z marxismu, ale prakticky neměl s anarchistickou státní teorií Marxe a Engelse nic společného.<sup>19</sup> Pod tlakem krize ve dvacátých letech souhlasil i s hospodářským programem sociálních demokratů (zejména se schvalováním silnějších zásahů státu ve prospěch vytvoření, resp. zabezpečení hospodářského zajištění velkých mas obyvatelstva).

Svůj názor Kelsen vyjádřil i ve svém vyrovnání s austromarxistou Maxem Adlerem. Adler ostře napadl Kelsenův spis „Sozialismus und Staat“ (Socialismus a stát, 1. vyd., 1920), kde Kelsen silně kritizoval marxistické stanovisko;<sup>20</sup> na to Kelsen odpověděl protikritikou ve 2. vydání dotčené knihy (1923). Přes tuto kontroverzi Kelsen Maxe Adlera habilitoval; a to přes velké pochybnosti ostatních členů fakulty, protože Adler – stejně jako Kelsen – si na základě své vědecké kvalifikace habilitaci zasloužil a Kelsen zastával názor, „že příslušnost k některé politické straně, přestože ji osobně odmítám, nesmí být důvodem pro zásadní vyloučení někoho z akademického povolání“.<sup>21</sup>

Ve svých úvahách „Otto Bauers politische[n] Theorien“ (Politické teorie Otto Bauera, 1924) se Kelsen domníval, že v Bauerově knize „Die österreichische Revolution“

<sup>15</sup> Kelsen byl tehdy mimořádným profesorem Vídeňské univerzity.

<sup>16</sup> KELSEN, H.: *Vom Wesen und Wert der Demokratie* (1. Aufl.), Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik, 1920; Tübingen: 1929, s. 44; rovněž KELSEN, H.: *Sozialismus und Staat* (1. Aufl.), Archiv für die Geschichte des Sozialismus und der Arbeiterbewegung, 1920, s. 150 a násl., Srov. GASSNER, M.: Op. cit., s. 148.

<sup>17</sup> Srov. POTACS, M.: Op. cit., s. 83 a násl.

Jako Kelsenovy příslušné práce k vypořádání se s marxismem před 2. světovou válkou je třeba uvést: „Sozialismus und Staat“ (1. vyd. 1920, 2. vyd. 1923); „Die ökonomische und die politische Theorie des Marxismus“ (1920); „Die politische Theorie des Sozialismus“ (1923); „Marx oder Lassalle“ (1924); „Otto Bauers politische Theorie“ (1924); „Die politische Theorie Lassalles“ (1924); „Ferdinand Lassalle“ (1925); „Allgemeine Rechtslehre im Lichte materialistischer Geschichtsauffassung“ (1931). POTACS, M.: Op. cit., s. 147 a násl.

Jako Kelsenovy práce o demokracii před 2. světovou válkou je třeba uvést: „Vom Wesen und Wert der Demokratie“ (1. vyd. 1920, 2. vyd. 1929); „Demokratisierung der Verwaltung“ (1921); „Das Problem des Parlamentarismus“ (1925); „Demokratie“ (1926); „Geschwornengericht und Demokratie“ (1929); „Verteidigung der Demokratie“ (1932); „Wissenschaft und Demokratie“ (1937); „Die Parteidiktatur“ (1937).

<sup>18</sup> KELSEN, H.: *Autobiographie*, 1947. Op. cit., s. 60; přitom Kelsen výslovně odkazuje na práci „Sozialismus und Staat“ (1920, 1923).

<sup>19</sup> KELSEN, H.: *Autobiographie*, 1947. Op. cit., s. 60 a násl.

<sup>20</sup> ADLER, M.: *Die Staatsauffassung des Marxismus*. Wien, 1922. Srov. rovněž GASSNER, M.: Op. cit., s. 144.

<sup>21</sup> KELSEN, H.: *Autobiographie*, 1947. Op. cit., s. 64.



(Rakouská revoluce, 1923) rozpoznal odklon od marxismu k sociální demokracii, přičemž tyto základní myšlenky Kelsen výslovně sdílel.<sup>22</sup>

Přes svůj rozhodný protimarxistický postoj si Kelsen po 2. světové válce ve své nové vlasti USA jako „komunisticky smýšlející“ vysloužil sledování od FBI.<sup>23</sup> Vyšetřování FBI probíhalo převážně v letech 1953 až 1955, tedy v období tzv. „mccarthismu“; senátor McCarthy vedl parlamentní vyšetřovací výbor, který – v souvislosti se „studenou válkou“ a určitou obavou USA z působení „třetí kolony“, tedy špiónů a agentů, kteří by mohli v USA plánovat komunistický převrat nebo prostě vyvíjet činnost ve prospěch SSSR – měl pátrat po komunistických a/nebo protiamerických aktivitách v USA.<sup>24</sup>

Od počátku se ovšem činnost FBI – jak by se možná dalo předpokládat – netýkala Kelsenovy právní teorie, která v zásadě ve velkém a celkem efektivním systému donucovacích nařízení v komunistických státech (státy s reálně existujícím socialismem) viděla právní řád (samozřejmě neříkala nic o jejich morální kvalifikaci a o tom, zda je musí člověk dodržovat), čímž možná mohl budit „pohoršení“. Východiskem pátrání FBI byly víceméně dvě nebo tři konkrétní události: již v roce 1941 dostal Kelsen poštovní zásilku od pana Malisoffa, který byl údajně špiónem (a v době vyšetřování již dlouho po smrti). Pak Kelsen v roce 1948 vyjádřil podporu „nezávislému“ kandidátovi Jacku Howardovi (který tedy nepatřil ani k republikánům, ani k demokratům) při volbách v Kalifornii, který ovšem byl – podle FBI – členem komunistické, resp. kryptokomunistické strany. A konečně – a to by mohl být ten hlavní důvod – v USA a v Kalifornii brali „komunistické nebezpečí“ tak vážně a učitelé na vysokých školách byli považováni za tak „infikované“, že byl v roce 1950 vydán zákon, podle kterého museli všichni univerzitní učitelé složit „přísahu loajality“ USA, přesněji: museli přísahat, že nejsou komunisté. Kelsen tuto přísahu sice složil – nebyl ani komunistou, ani k nim neměl blízko –, nicméně tento postup kritizoval, a sice jako protiústavní, protože odporoval svobodě názoru, protože popíral rovnost (neboť museli přísahat pouze univerzitní učitelé, nikoliv jiní státní zaměstnanci, např. učitelé na školách) a protože v zásadě porušoval vědeckou svobodu; dodejme ještě, že kalifornský nejvyšší soud prohlásil tuto přísahu v roce 1952 za protiústavní. O Kelsenově kritice vydání dotčeného zákona informovala také tištěná média, což vedlo k tomu, že sám Kelsen uveřejnil v tisku určité „vedení na pravou míru“, kdy zastával názor, že věc přesto není tak zlá, jak tvrdili ti, kteří nepodepsali. Protože také existovalo – velmi málo – univerzitních učitelů, kteří tuto přísahu nesložili, mezi nimi Harold Winkler, jenž učil na stejné fakultě jako Kelsen a který se FBI jevil jako obzvláště podezřelý, protože údajně podporoval levicové skupiny.

Vyšetřování FBI nakonec zjistila, že žádná z vyslýchaných osob nedokázala uvést bližší vztah Kelsena k Winklerovi, že žádná z vyslýchaných osob nedokázala uvést

<sup>22</sup> BAUER, O.: *Die österreichische Revolution*. Wien, 1923; KELSEN, H.: *Otto Bauers politische Theorien. Der Kampf*, 1924, s. 50 a násl.; srov. i POTACS, M.: Op. cit., s. 82.

<sup>23</sup> RATHKOLB, O.: Op. cit., zejména s. 342 a násl.; GASSNER, M.: Op. cit., s. 144, 155.

<sup>24</sup> Dlouhodobě se spis FBI skládal z vyjádření mínění o Kelsenovi, která FBI získala prostřednictvím svých spolupracovníků od osob, které měly s Kelsenem po jeho příjezdu do USA různě co do činění. Byly dotazovány nejen osoby z bývalé Kelsenovy vlasti, ale rovněž z Berkeley a tamní univerzity a také osoby, které s Kelsenem přišly do kontaktu v jeho dřívějších působištích. Před zveřejněním tohoto spisu byla ovšem většina jmen a určité identifikační znaky dotazovaných osob začerněny, takže není možné zjistit, které konkrétní osoby byly vyslýhány v souvislosti s Kelsenem. Srov. RATHKOLB, O.: Op. cit., s. 343.

blízký vztah Kelsena ke komunistům, že bylo neustále opakováno, že je Kelsen po celý svůj život odpůrcem totalitních režimů, jedno zda komunistického<sup>25</sup>, nebo fašistického; k tomu bylo příležitostně poukazováno i na Kelsenovy publikace, konkrétně na práci z roku 1948 „The political Theory of Bolshevism“ (Politická teorie bolševismu), a dále na to, že byl k USA vždy loajální.<sup>26</sup> V roce 1955 bylo řízení proti Kelsenovi zastaveno.

### III. KELSEN JAKO SOUDCE ÚSTAVNÍHO SOUDU

V určitém smyslu je *každé rozhodnutí soudce politickým rozhodnutím*, zejména pokud není – jak přímo ozřejmují právně-teoretické názory v Ryzi nauce právní – zcela determinováno výchozím právním řádem, takže každý volní akt soudce vyžaduje vytvoření nového práva; jestli právní řád postačuje jako manévrovací prostor, rozhoduje soudce. A čím abstraktnější jsou pravidla dotčeného právního řádu, tím větší je tento manévrovací prostor. I samotné články ústavy bývají často velmi abstraktní. Kromě toho se pravidla obsažená v ústavě vždy týkají rozdělení moci, mají tedy velký mocensko-politický význam. V tomto smyslu jsou rozhodnutí ústavního soudu velmi politická.

Kelsen byl *od roku 1919* nejprve členem německo-rakouského ústavního soudu, pak od roku 1920 členem ústavního soudu podle B-VG z roku 1920 jako *soudce*;<sup>27</sup> a to jako takzvaný „neutrální“ člen – tedy nikoliv člen chápaný jako „spojený s politickou stranou“. Rakouský právní řád sice nijak nerozlišoval (ani provizorní ústava, ani B-VG z roku 1920) postavení členů ústavního soudu: všichni soudci ústavního soudu byli podle B-VG z roku 1920 doživotně voleni parlamentem (a to zčásti Národní radou a zčásti Spolkovou radou). Ovšem fakticky existovalo rozdělení na „s politickou stranou spojené“ a „neutrální“ členy. Rozdíl spočíval v tom, že „neutrální“ členové byli odborníci nesvázaní s politickými stranami, zatímco ostatní členové měli na politické strany silné vazby, někdy byli rovněž „opravdovými“ politiky, např. bývalými ministry; kromě toho byli členové „spojení s politickými stranami“ „rozdělení“ podle velikosti politické moci v parlamentu.<sup>28</sup> Takzvané odpolitizování ústavního soudu podle novely B-VG z roku

<sup>25</sup> Přitom bylo rovněž poukazováno na to, že měl Kelsen v Rakousku mezi lety 1920 a 1930 blízko k sociálním demokratům, kteří byli nepřáteli komunistů.

<sup>26</sup> Z úhlu pohledu Kelsenových publikací je zajímavé, že všechna podstatná vyjádření k demokracii a komunismu po 2. světové válce spadají přibližně do tohoto období: „The political Theory of Bolshevism“ (1948); „Democracy and Socialism“ (1954/55); „The Communist Theory of Law“ (1955); „Foundations of Democracy“ (1955); Buchbesprechung von Maurach, Handbuch der Sowjetverfassung (1957). Srov. GASSNER, M.: Op. cit., s. 153 a násl., 160 a násl.

<sup>27</sup> WALTER, R.: *Hans Kelsen als Verfassungsrichter*. Schriftenreihe des Hans Kelsen-Instituts 27. Wien, 2005 s. 21; WIEDERIN, E.: Op. cit., s. 115.

<sup>28</sup> Srov. WALTER, R.: *Hans Kelsen als Verfassungsrichter*. Op. cit., s. 23.

Zde je třeba pouze poukázat na dohodu politických stran ze dne 15. 7. 1921 o konečném obsazení ústavního soudu podle B-VG z roku 1920, v níž byly za členy „dosazeny“ následující osoby: předseda Paul Vitorelli (považován za neutrálního); „neutrállové“, kteří byli také rozdělení jako stálí referenti: Kelsen (od roku 1919 člen německo-rakouského ústavního soudu, a to jako nástupce zemřelého Edmunda Bernatzika, který byl neutrální), Friedrich Engel (od roku 1919 člen německo-rakouského ústavního soudu, tehdy ale jmenován za sociálně-demokratickou stranu), Robert Neumann-Ettenreich (od roku 1919 člen německo-rakouského ústavního soudu jako neutrální) a Julius Ofner (od roku 1919 člen německo-rakouského ústavního soudu, tehdy ale jmenován za německou konzervativní stranu); za křesťanské socialisty: Rudolf Ramek (pozdější spolkový kancléř), Alois Klee, Michael Mayr (spolutvůrce B-VG z roku 1920

1929 spočívalo v zásadě v odstranění členů, kteří byli u spolkové vlády v nemilosti – jedním z nich byl Kelsen zejména kvůli tzv. Otázce dispensu manželů – a ujištění, že spolková vláda bude nadále moci jmenovat jí vhodný ústavní soud.

Přesné zkoumání, nakolik se Kelsen jako soudce choval v souladu se sociálně demokratickými stanovisky, chybí. Jedno z prvních hodnocení Kelsenovy činnosti jako ústavního soudce ovšem dokládá jeho *nezávislost na politických stranách*.<sup>29</sup> Se sociálně-demokratickou „linií“ ve společensko-politicky sporné otázce dispensu manželů samozřejmě souhlasil.<sup>30</sup>

Celkově bylo v letech 1919 až 1929 velmi významné, že ústavní soud přijímal rozhodnutí stanovící základy. Na těch se Kelsen velmi silně podílel, takže se podílel na velmi důležitých politických rozhodnutích, a byl tedy *politicky činný*. Toho si byl Kelsen vědom; vždy argumentoval tím, že usiloval o prosazení svých názorů podle svého přesvědčení.<sup>31</sup> Přitom neukazoval žádné preference pro určitou metodu juristického výkladu.<sup>32</sup> V každém případě se vždy snažil o to, aby pomáhal v širším prosazování ústavy.<sup>33</sup>

#### IV. ZAJIŠTĚNÍ MÍRU POMOCÍ HARMONIZACE S PRÁVEM: KELSENŮV POLITICKÝ CÍL

##### A. POSOUDITELNOST ÚSTAVNÍM SOUDEM

Zavedení posouditelnosti ústavním soudem v B-VG z roku 1920, tedy celkové posouditelnosti, tzn. takové, kde soud vedle posouditelnosti volebním soudem a posouditelnosti státním soudem *kontroluje* ústavnost aktů zákonodárce (zejména také ve vztahu spolkového státu jako posouditelnost kompetenčním soudem) *a případně je zruší* (negativní zákonodárce), je z podstatné části Kelsenovou zásluhou,<sup>34</sup> který to příležitostně považoval za své osobní dílo.<sup>35</sup> Na cestě k takové po-

---

a také dočasný spolkový kancléř), Karl Pawelka; za sociální demokraty: Friedrich Austerlitz (šéfredaktor Arbeiterzeitung a také trochu, když ne úplně neprávnický), Gustav Harpner (státní zástupce sociálních demokratů), Karl Hartl; za německou konzervativní stranu: Julius Sylvester. Jako náhradníci byli jmenováni: „neutrál“ Alfred Bloch, za sociální demokraty Isidor Rosner a Arnold Eisler, za křesťanské socialisty Karl Hugelmann a Matthias Bernegger a za německou konzervativní stranu Ernst Jäger.

<sup>29</sup> WIEDERIN, E.: Op. cit., s. 115.

<sup>30</sup> Srov. WALTER, R.: *Hans Kelsen als Verfassungsrichter*. Op. cit., s. 57 a násl.; NESCHWARA, CH.: Hans Kelsen und das Problem der Dispensehen. In WALTER, R. – OGRIS, W. – OLECHOWSKI, T. (eds.): Op. cit., s. 249–267; WIEDERIN, E.: Op. cit., s. 116 a násl.

<sup>31</sup> WIEDERIN, E.: Op. cit., s. 115 a násl.

<sup>32</sup> Tamtéž, s. 115 a násl.

<sup>33</sup> Tamtéž, s. 116.

<sup>34</sup> ZELENY, K.: Das Recht als Instrument der Friedenssicherung. In WALTER, R. – ZELENY, K. (eds.): *Reflexionen über Demokratie und Recht*. Schriftenreihe des Hans Kelsen-Instituts 31. Wien, 2009, s. 71; WIEDERIN, E.: Op. cit., s. 112; OLECHOWSKI, T: příspěvek, s. 215, 228.

<sup>35</sup> Kelsenova archivní nahrávka, naposledy otištěna v: WALTER, R. – JABLONER, C. – ZELENY, K. (eds.): *30 Jahre Hans Kelsen-Institut*. Schriftenreihe des Hans Kelsen-Instituts 24. Wien, 2003, s. 90; KELSEN, H.: Autobiographie, 1947. Op. cit., s. 70; srov. rovněž KELSEN, H.: Wer soll Hüter der Verfassung sein? *Die Justiz*, 1930/31, zejména s. 585 a násl.; KELSEN, H.: *Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit*, Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, Heft 5, 1929, zejména s. 56 a násl.

souditelnosti ústavním soudem jsou nakonec *státně-politické konflikty předkládány k rozhodnutí soudu*,<sup>36</sup> tzn. že je tyto konflikty možné rozhodnout v právní formě a v důsledku toho je možné provést rozhodnutí nenásilně. Pokud může být posouzení ústavním soudem podle B-VG z roku 1920 považována za nejvyšší stupeň procesu harmonizace s právem, a tím za proces harmonizace s právem,<sup>37</sup> který slouží k zajištění míru ve společnosti.

Jak úzký byl tehdy vztah mezi Rakouskem a Československem, mezi rakouskými a československými juristy, se ukazuje na tom, že byl prakticky ve stejné době zřízen ústavní soud i v Československu, který ale nikdy nedosáhl takového významu, jako se to podařilo rakouskému ústavnímu soudu.<sup>38</sup>

Samozřejmě se jeví jako zajímavé, že lze v *porovnání s dneškem kvalifikovat sociologický způsob uvažování rakouského ústavního soudu v počátečních letech jako méně podobný souzení*. Členové ústavního soudu sice již v meziválečném období disponovali i soudcovskými zárukami, zejména byli neodvolatelní. Čistě věcně se ale ukázalo ne nepatrné osobní propojení s politikou: jmenování členů prováděl podle B-VG z roku 1920 (před novelou z roku 1929) výlučně parlament (až do dneška není předpokládán systém sebedoplňování). Jednotliví členové byli – jak jsem již uvedl – velmi explicitně rozdělení podle velikosti parlamentních stran (sociální demokraté, křesťanští socialisté, němečtí konzervativci) a existovala relativně velká propustnost mezi funkcí člena ústavního soudu a politickými funkcemi, což bylo „usnadněno“ tím, že na členství v ústavním soudu neměli monopol právníci a že byla tato funkce neoficiální (a dosud je); kromě toho existovalo několik „neutrálních“ členů ústavního soudu, kteří byli odborníky spojenými s politickými stranami. Zajímavé je v této souvislosti i to, že ústavní soud sídlil v letech 1924 až 1933 v budově parlamentu.<sup>39</sup> Celkově by bylo možné toto grémium považovat spíše za určitý druh parlamentního výboru s účastí odborníků a garancí nezávislosti (jmenování do konce života) než za „skutečný soud“. Ve srovnání se situací, kterou z hlediska zákonů již částečně vytvořila novela B-VG z roku 1929, věcně byla ale prosazena až za 2. republiky a trvá až dodnes, se v tomto způsobu uvažování ukazuje zásadní tendence stanovit narůstající harmonizaci s právem.

Rovněž *porovnání mezi rakouským B-VG z roku 1920 a německou Výmarskou ústavou* vede ve zde zajímavé souvislosti k důležitým úsudkům; protože se v koncepcích obou ústav – podle B-VG byl zřízen ústavní soud, podle Výmarské ústavy byl jako oprávněný „zprostředkovatel sporů“ nejdříve předpokládán říšský prezident – a mnohem více ještě v diskusích o nich a jejich použití, resp. důsledcích, se nakonec ukazuje protiklad, který je možné osobně přiřadit Hansi Kelsenovi a Carlu Schmittovi. Jestliže pro Kelsena představoval rozvinutý ústavní soud, jako ten rakouský, šanci na „*harmo-*

<sup>36</sup> JABLONER, C.: Am Rande des Rechtsstaates. *Zeitschrift für Verwaltung*, č. 4/2006, s. 429; srov. rovněž JABLONER, C.: Verrechtlichung und Rechtsdynamik. *Zeitschrift für öffentliches Recht*, sv. 54, č. 2/1999, s. 261 a násl.; JABLONER, C.: *Die Gerichtsbarkeit im Bundesstaat*. FS Koja: Wien, New York, 1998, s. 261.

<sup>37</sup> ZELENY, K.: *Das Recht als Instrument der Friedenssicherung*. Op. cit., s. 70.

<sup>38</sup> OSTERKAMP, J.: *Verfassungsgerichtsbarkeit in der Tschechoslowakei (1920–1939)*. Frankfurt a. M., 2009.

<sup>39</sup> WALTER, R.: *Hans Kelsen als Verfassungsrichter*. Op. cit.

nizaci politiky s právem“, tedy ke zvěcnění, odosobnění a zbavení emocí státně-politických sporů, a tím zvýšení šance na nenásilné řešení, viděl zde naproti tomu Schmitt „politizaci justice“, a to justici, která nebyla vytvořena k řešení těchto „politických“ otázek; podle Schmitta přichází při řešení státně-politického sporu v úvahu pouze politik, což se rovná říšskému prezidentovi podle Výmarské ústavy.<sup>40</sup>

Samozřejmě se ani B-VG z roku 1920, ani Výmarské ústavě nepodařilo zabránit následujícím historickým nepokojům: V roce 1933 jmenoval říšský prezident Hitlera kancléřem, ve stejném roce byla „zastavena činnost“ rakouského ústavního soudu. Nakonec se docela dobře ukazuje, že normativní upravení jedné nebo druhé cesty nikdy nezabrání státně-politickým „katastrofám“. To by ale nemělo znamenat, že při řešení „běžných“ státně-politické konfliktů nebude lepší (ústavní) soud než nějaká politická instance, aby se z „běžných“ státně-politických konfliktů nemohly vyvinout „katastrofy“.<sup>41</sup>

## B. PRIMÁT MEZINÁRODNÍHO PRÁVA

S ohledem na vztah mezi státním a mezinárodním právem zastával Kelsen celý svůj život z *právně vědního pohledu* stanovisko, že lze zastávat jak monismus s primátem státního práva, tak monismus s primátem mezinárodního práva; obě možnosti jsou myslitelné.<sup>42</sup> Naproti tomu dualistický pohled ve vztahu mezi mezinárodním a vnitrostátním právem s právně teoretickým odůvodněním zamítl.<sup>43</sup>

Volbu mezi oběma druhy monismu popsal Kelsen výslovně jako politické rozhodnutí vědce.<sup>44</sup> Kelsen se rozhodl podle *svého politického přesvědčení* o primátu mezinárodního práva, protože to by nakonec mohlo vést k vytvoření celosvětového státu, který by byl pro zajištění celosvětového míru vhodnější než primát státního práva.<sup>45</sup>

Přesně v tomto směru vyznívá i z Kelsenovy relativizace státní suverenity vytvořené na základě analýzy pozitivního mezinárodního práva, tedy obecně Kelsenem postulovaného zrušení suverenity států. Jednotlivé státy by neměly mít možnost s odvoláním na svou nezadatelnou suverenitu hrát úlohu v mezinárodním společenství podle množství

<sup>40</sup> Srov. insb. JABLONER, C.: Verrechtlichung und Rechtsdynamik. Op. cit., s. 261 a násl.; JABLONER, C.: Legal Techniques and Theory of Civilisation – Reflections on Hans Kelsen and Carl Schmitt. In DINER, D. – STOLLEIS, M. (eds.): *Hans Kelsen and Carl Schmitt. A Juxtaposition*. Gerlingen, 1999, s. 53 a násl.; ZELENÝ, K.: Das Recht als Instrument der Friedenssicherung. Op. cit.

<sup>41</sup> Srov. JABLONER, C.: Am Rande des Rechtsstaates. Op. cit., s. 426 a násl.; JABLONER, C.: Verrechtlichung und Rechtsdynamik. Op. cit., s. 261 a násl.; ZELENÝ, K.: Das Recht als Instrument der Friedenssicherung. Op. cit., s. 72.

<sup>42</sup> WALTER, R.: Die Rechtslehren von Kelsen und Verdross unter besonderer Berücksichtigung des Völkerrechts. In WALTER, R. – JABLONER, C. – ZELENÝ, K. (eds.): *Hans Kelsen und das Völkerrecht*. Op. cit., s. 40; RUB, A.: *Hans Kelsens Völkerrechtslehre*. Wien, Zürich, 1999, s. 432 a násl.

<sup>43</sup> Srov. rovněž GRILLER, S.: Völkerrecht und Landesrecht – unter Berücksichtigung des Europarechts. In WALTER, R. – JABLONER, C. – ZELENÝ, K. (eds.): *Hans Kelsen und das Völkerrecht*. Op. cit., s. 87 a násl.

<sup>44</sup> Srov. RUB, A.: Op. cit., s. 432 a násl.

<sup>45</sup> BERSIER LADAVAC, N.: Hans Kelsen in Genf: Die Friedensproblematik zwischen Wissenschaft und Politik. In WALTER, R. – OGRIS, W. – OLECHOWSKI, T. (eds.): Op. cit., s. 292 a násl.; srov. rovněž RUB, A.: Op. cit., s. 474 a násl.

své moci, ale pravidla mezinárodního práva by měla zastavit imperialismus a rozpínatost mocných států.<sup>46</sup>

Obojí (primát mezinárodního práva a zrušení suverenity) představuje krok k harmonizaci právních vztahů mezinárodního společenství, který bude sloužit k zajištění mírového vycházení mezi členskými státy.

### C. DALŠÍ VÝVOJ MEZINÁRODNÍHO PRÁVA

Zejména ve svém ženevském období (1933–1940) se Kelsen, který tehdy působil na Institut Universitaire des Hautes Etudes Internationales, zabýval různými příspěvky týkajícími se otázky zajištění mezinárodní míru a vytvoření mezinárodní organizace, která by byla pro zajištění míru mezi státy vhodnější než před 2. světovou válkou existující Společnost národů.<sup>47</sup>

Přitom Kelsen zdůrazňoval co možná nejpřesnější normy pro zřízení, kompetence a možnosti sledované mezinárodní organizace, dal tedy své znalosti *právního technika* do služby věci,<sup>48</sup> protože: čím jasnější jsou pravidla, tím méně je ohledně nich sporů a tím vzniká i větší právní jistota. Přitom Kelsen jednak navrhl změnu stanov Společnosti národů, na druhé straně se zabýval i následně založenou OSN.<sup>49</sup>

Zadruhé se Kelsen soustředil na vytvoření *vytíkatelné mezinárodní soudní odpovědnosti*, kterou *navrhoval* jako model,<sup>50</sup> který podstatně lépe zabrání válce než politické instance, které například předpokládaly stanov Společnosti národů.<sup>51</sup> Ve světle společného základu posouditelnosti ústavním a mezinárodním soudem není divu, že Kelsen

<sup>46</sup> Tamtéž, s. 292 a násl.

<sup>47</sup> Srov. zejména BERSIER LADAVAC, N.: *Kelsen à Genève*. Genève, 1996; BERSIER LADAVAC, N.: Hans Kelsen in Genf: Die Friedensproblematik zwischen Wissenschaft und Politik. Op. cit., s. 289 a násl.; RUB, A.: Op. cit., s. 275 a násl.; JABLONER, C.: Menschenbild und Friedenssicherung. In WALTER, R. – JABLONER, C. (eds.): *Hans Kelsens Wege sozialphilosophischer Forschung*. Schriftenreihe des Hans Kelsen-Instituts 20. Wien, 1997, s. 57 a násl.; ZELENY, K.: Das Recht als Instrument der Friedenssicherung. Op. cit., s. 67 a násl.; OLECHOWSKI, T.: Kelsen als Pazifist. In ALIPRANTIS, N. – OLECHOWSKI, T. (eds.): Op. cit., s. 123 a násl.

<sup>48</sup> JABLONER, C.: Menschenbild und Friedenssicherung. Op. cit., s. 58; srov. rovněž RUB, A.: Op. cit., s. 275, 282. Srov. Například také KELSEN, H.: *Revision of the Covenant of the League of Nations, World Organization*. A Symposium of the Institute of World Organization, 1942, s. 405 a násl.; KELSEN, H.: *Peace through Law*. Chapel Hill, 1944, s. 56 a násl., s. 127 a násl.

<sup>49</sup> Srov. ZELENY, K.: Das Recht als Instrument der Friedenssicherung. Op. cit., s. 68.

<sup>50</sup> Takto již Kelsen společně se svým švýcarským žákem a souputníkem Paulem Guggenheimem v roce 1939 pro výzkumný projekt iniciovaný Williamem E. Rappardem na téma „Budoucnost zajištění míru“ vypracovali zprávu „Questions concernant la paix future européenne“. Srov. BERSIER LADAVAC, N.: Hans Kelsen in Genf: Die Friedensproblematik zwischen Wissenschaft und Politik. Op. cit., s. 294 a násl.; BUSCH, J. – EHS, T.: Nachwort: Europa als Rechtsgemeinschaft. In EHS, T. (eds.): *Hans Kelsen und die Europäische Union*. Baden-Baden, 2008, s. 99 a násl.; ZELENY, K.: Das Recht als Instrument der Friedenssicherung. Op. cit., s. 67 a násl.; OLECHOWSKI, T.: Kelsen als Pazifist. Op. cit., s. 123. Srov. rovněž JABLONER, C.: Menschenbild und Friedenssicherung. Op. cit., s. 58 a násl.; JABLONER, C.: Verrechtlichung und Rechtsdynamik. Op. cit., s. 272; RUB, A.: Op. cit., s. 276 a násl., 284 a násl.

<sup>51</sup> KELSEN, H.: *Law and Peace in International Relations*. Cambridge, 1942, s. 151 a násl.; KELSEN, H.: *Revision of the Covenant of the League of Nations, World Organization*. Op. cit., s. 405 a násl.; KELSEN, H.: *Peace through Law*. Op. cit., s. 395 a násl. s. 13 a násl., s. 31 a násl., s. 49 a násl.



ve své argumentaci pro zavedení vynutitelné mezinárodní soudní odpovědnosti použil myšlenky, které již uplatnil při „obhajobě“ posouditelnosti ústavním soudem.<sup>52</sup>

Je známo, že při vytvoření OSN nebyla tato cesta nastoupena, ale že byla jako centrální orgán vytvořena Rada bezpečnosti, která byla a je politickým orgánem.<sup>53</sup> Formulace týkající se podřízení soudu na mezinárodní úrovni se od té doby objevovaly jen zřídka.<sup>54</sup> Významné kroky tímto směrem na mezinárodní úrovni byly učiněny teprve s vytvořením Evropského soudu pro lidská práva, Evropského soudního dvora EU a Mezinárodního trestního soudu;<sup>55</sup> oba dva prvně jmenované soudy se mezitím staly velmi efektivními, Mezinárodní trestní soud na svou velkoplošnou účinnost čeká.<sup>56</sup>

Jak moc ovšem vytvoření Mezinárodního trestního soudu ale odpovídá Kelsenově tradici, ukazuje již jeho požadavek v knize „*Peace through Law*“ (1944),<sup>57</sup> kde jako nejlepší prostředek pro zabránění válce konkrétně považoval vytvoření právní normy mezinárodního trestního práva, podle níž bude možné potrestat každou osobu, která (neoprávněně) rozpoutá válku;<sup>58</sup> dále to měly být i válečné zločiny, tedy porušení válečného práva, což jsou právní normy, které upravují, jak smí být vedena válka, tedy přesněji: budou potrestány jednotlivé osoby, které takové válečné zločiny spáchaly. K provedení trestního řízení měl být – podle Kelsenova požadavku – zřízen mezinárodní soud, který je pro to nejvhodnější.<sup>59</sup>

#### D. TEORIE EVOLUCE PRÁVA

Pro Kelsena je tedy mezinárodní společenství ovlivněno stále rozsáhlejší harmonizací s právem, která je také vyjadřována stále rostoucí podřízeností soudům. Potud viděl budoucí vývoj mezinárodního práva nastíněn tím, co již bylo zcela převzato do vnitrostátního práva. Stejně tak jsou Kelsenovy vyjádřené myšlenky začleněny do všeobecné „teorie evoluce práva“;<sup>60</sup> toto v zásadě právně-sociologické vyjádření je charakterizováno tím, že Kelsen konstatoval *pokračující harmonizaci s právem ve smy-*

<sup>52</sup> Srov. ZELENY, K.: Das Recht als Instrument der Friedenssicherung. Op. cit., s. 71 a násl.

<sup>53</sup> Tamtéž, s. 72; OLECHOWSKI, T.: Kelsen als Pazifist. Op. cit., s. 123 a násl., s. 125.

<sup>54</sup> Srov. ZELENY, K.: Das Recht als Instrument der Friedenssicherung. Op. cit., s. 72 a násl.

<sup>55</sup> Srov. Tamtéž, s. 73.

<sup>56</sup> Na jedné straně má Mezinárodní trestní soud pouze omezené věcné kompetence, na druhé straně k němu nepřistoupily politicky velmi důležité státy jako USA, Rusko a Čína. Srov. ZELENY, K.: Das Recht als Instrument der Friedenssicherung. Op. cit., s. 73. Česko a Rakousko přistoupily.

<sup>57</sup> KELSEN, H.: *Peace through Law*. Op. cit., s. 71 a násl.

<sup>58</sup> Za vzor pro tuto právní normu považoval Kelsen mj. Normy mezinárodního práva proti pirátství a vedení partyzánské války, kde se mezinárodní právo vztahuje i na jednotlivce, např. piráty. K těmto ustanovením srov. rovněž KELSEN, H.: *Law and Peace in International Relations*. Op. cit., s. 90. Srov. i OLECHOWSKI, T.: Kelsen als Pazifist. Op. cit., s. 126.

<sup>59</sup> KELSEN, H.: *Peace through Law*. Op. cit., s. 110 a násl.; po konci 2. světové války měli poražení i vítězové tomuto mezinárodnímu soudu předat své vojenské činitele. Srov. ZELENY, K.: Das Recht als Instrument der Friedenssicherung. Op. cit., s. 73; OLECHOWSKI, T.: Kelsen als Pazifist. Op. cit., s. 123, 126.

<sup>60</sup> Srov. JABLONER, C.: Menschenbild und Friedenssicherung. Op. cit., s. 58 a násl.; srov. rovněž JABLONER, C.: *Legal Techniques and Theory of Civilisation – Reflections on Hans Kelsen and Carl Schmitt*. Op. cit., s. 57 a násl.; RUB, A.: Op. cit., s. 285, 296 a násl.; OLECHOWSKI, T.: Kelsen als Pazifist. Op. cit., s. 125.



*slu podřízenosti soudům* v průběhu času – a to jak na vnitrostátní, tak na mezinárodní úrovni.<sup>61</sup>

Kelsen přitom sledoval evoluční model a domníval se, že je vývoj práva charakterizován *dvěma prvky: rostoucí centralizací*, zejména také díky budování státního donucovacího monopolu, a *zvyšující se dělbu práce*.<sup>62</sup> Původně dokonalý právní řád je charakterizován zvykovým právem a svépomocí.<sup>63</sup> Prvním krokem centralizace je vytvoření soudů. Ty svou judikaturou přispívají ke zjemňování právních materiálů; tento vývoj práva je samozřejmě zamaskován pod „nadvládou“ zvykového práva často jako pouhé použití práva.<sup>64</sup> Kelsenovy myšlenky ale jdou ještě dále: Nejprve jsou soudy oprávněny pouze k rozhodování o existenci skutkového stavu s následkem sankce; výkon sankce provádí sama strana řízení. Teprve později vzniká pro provádění sankce samostatný, na stranách řízení nezávislý orgán. To je opět forma centralizace, která ovšem vyžaduje silnou exekutivu.<sup>65</sup> A nejspíše se centralizuje vytváření obecných právních norem, tedy se přenáší na zvláštní za tímto účelem vytvořený orgán.<sup>66</sup> Výsledek těchto Kelsenových úvah spočívá v tom, že dospěl k názoru, že *tento vývoj proběhne i u mezinárodního práva*, stejně jako se tomu již stalo u státních právních řádů.<sup>67</sup>

Samozřejmě přitom nesmíme zapomenout na *vztah napětí* mezi zachováním nebo vytvořením mírového soužití lidí prostřednictvím *dobrovolného přijetí* rozhodnutí soudu na straně jedné a dosažením stejného výsledku pomocí *vyvinutí násilí* na straně státních orgánů při prosazování rozhodnutí soudu. Může to znít velmi divně, ale pro mě není jedno bez druhého myslitelné: Z tisíciletých zkušeností lidského soužití není možné očekávat, že budou všichni zúčastnění vždy dobrovolně souhlasit (takže je pohružka násilím nebo jeho použití nevyhnutelné), ani nemůžeme na základě stejných zkušeností čekat, že bude možné dlouhodobé mírové soužití lidí udržovat přímo násilím (takže bude ve většině případů rovněž nevyhnutelné dosažení dobrovolného schválení).<sup>68</sup>

---

<sup>61</sup> Srov. rovněž JABLONER, C.: Verrechtlichung und Rechtsdynamik. Op. cit., s. 275; ZELENÝ, K.: Das Recht als Instrument der Friedenssicherung. Op. cit., s. 68 a násl.

<sup>62</sup> KELSEN, H.: *The Law as a specific social technique*, Chicago Law Review, 1941/42, s. 93; KELSEN, H.: *Law and Peace in International Relations*. Op. cit., s. 56 a násl. (zejména s. 76), s. 145 a násl.; KELSEN, H.: *Revision of the Covenant of the League of Nations, World Organization*. Op. cit., s. 392 a násl.; KELSEN, H.: *Peace through Law*. Op. cit., s. 21; JABLONER, C.: Menschenbild und Friedenssicherung. Op. cit., s. 60; JABLONER, C.: Verrechtlichung und Rechtsdynamik. Op. cit., s. 269.

<sup>63</sup> KELSEN, H.: *The Law as a specific social technique*. Op. cit., s. 88, 93; KELSEN, H.: *Law and Peace in International Relations*. Op. cit., s. 145 a násl.; KELSEN, H.: *Revision of the Covenant of the League of Nations, World Organization*. Op. cit., s. 392 a násl.; KELSEN, H.: *Peace through Law*. Op. cit., s. 4.

<sup>64</sup> JABLONER, C.: Menschenbild und Friedenssicherung. Op. cit., s. 60 a násl.

<sup>65</sup> KELSEN, H.: *The Law as a specific social technique*. Op. cit., s. 95; KELSEN, H.: *Law and Peace in International Relations*. Op. cit., s. 147.

<sup>66</sup> KELSEN, H.: *The Law as a specific social technique*. Op. cit., s. 93 a násl.; KELSEN, H.: *Law and Peace in International Relations*. Op. cit., s. 147; KELSEN, H.: *Revision of the Covenant of the League of Nations, World Organization*. Op. cit., s. 393; KELSEN, H.: *Peace through Law*. Op. cit., s. 21 a násl.; JABLONER, C.: Menschenbild und Friedenssicherung. Op. cit., s. 59, 61.

<sup>67</sup> KELSEN, H.: *The Law as a specific social technique*. Op. cit., s. 97; KELSEN, H.: *Law and Peace in International Relations*. Op. cit., s. 149 a násl.; KELSEN, H.: *Revision of the Covenant of the League of Nations, World Organization*. Op. cit., s. 394, 400; KELSEN, H.: *Peace through Law*. Op. cit., s. 22; JABLONER, C.: Menschenbild und Friedenssicherung. Op. cit., s. 62; ZELENÝ, K.: Das Recht als Instrument der Friedenssicherung. Op. cit., s. 69.

<sup>68</sup> Srov. ZELENÝ, K.: Das Recht als Instrument der Friedenssicherung. Op. cit., s. 74.

Kelsen viděl obojí: konkrétně zaprvé, že podřízení soudům, harmonizace s právem a právo přináší pouze „zmírnění“ násilí, nikoliv jeho zmizení.<sup>69</sup> Jeho nejslavnější a často citovaná slova k tomuto tématu zní: „Otázka namířená na přirozené právo je věčnou otázkou, co tkví za pozitivním právem. A kdo hledá odpověď, ten bezpochyby nena- lezne absolutní metafyzickou pravdu, ani absolutní rovnost přirozeného práva. Kdo zdvihne oponu a nezavře oči, ten bude upřeně hledět na *Gorgoninu hlavu* moci.“<sup>70</sup>

A na druhé straně, že z dlouhodobého hlediska je třeba velké množství dobrovolných souhlasů s rozhodnutími, jejichž výsledkem bude harmonizace s právem; tím se nyní dostáváme ke Kelsenovým úvahám týkajícím se demokracie.

#### E. DEMOKRACIE JAKO STÁTNÍ ZŘÍZENÍ

Protože s Kelsenovou snahou o zajištění míru pomocí harmonizace s právem je úzce spojeno jeho trvalé zastávání se demokracie jako státního zřízení.<sup>71</sup> Demokratickými prostředky lze totiž „získat“ dobrovolný souhlas s rozhodováním konfliktů soudy tím, že osoby, na které se vztahují jednotlivé právní úkony, se budou podílet na tvorbě práva, tedy na vytvoření obecných právních norem, které budou následně vykonáním (tedy zejména posouditelností soudy) transformovány na individuální úroveň.<sup>72</sup> Demokracie je tedy velmi vhodné státní zřízení pro mírové soužití lidí, které využívá právo jako sociální techniku pro zajištění míru.<sup>73</sup>

Přitom Kelsen upřednostňoval parlamentní demokratický systém. Ze svobody jednotlivce abstrahoval *parlamentní demokracii* jako ideální státní zřízení.<sup>74</sup> Ve skutečnosti existující protikladné zájmy mezi mnoha různými lidmi měly být – pomocí všeobecných, svobodných a rovných voleb kvazitransformovaně – projednány „reprezentativním orgánem“ parlamentem a vyřešeny většinovým rozhodnutím pomocí právních předpisů. Skladba parlamentu měla odpovídat skutečnému mínění obyvatel; z toho vyplývá podmínka striktního volebního poměrného zastoupení, kdy celý stát tvoří jeden volební okrsek. Politické strany jsou podle Kelsena v moderním (uvažme: Kelsen rozvíjel své myšlenky v první třetině 20. století) masovém státě nezbytnými prostředníky vůle obyvatelstva; Kelsen si přesto zcela uvědomoval nebezpečí plynoucí z velké moci politických stran.

<sup>69</sup> Srov. Tamtéž, s. 74.

<sup>70</sup> KELSEN, H.: Diskussionsbemerkung, s. 55. Srov. rovněž KELSEN, H.: *Law and Peace in International Relations*. Op. cit., s. 12; KELSEN, H.: *Peace through Law*. Op. cit., s. 3 a zejména 7: „Law is an organization of force.“

<sup>71</sup> JESTAEDT, M. – LEPSIUS, O.: Der Rechts- und der Demokratietheoretiker Hans Kelsen. Eine Einführung. In JESTAEDT, M. – LEPSIUS, O. (eds.): *Hans Kelsen, Verteidigung der Demokratie*. Tübingen: 2006, s. XXVII.

<sup>72</sup> Srov. JABLONER, C.: Menschenbild und Friedenssicherung. Op. cit., s. 63 a násl.; ZELENY, K.: Das Recht als Instrument der Friedenssicherung. Op. cit., s. 74; BERSIER LADAVAC, N.: Hans Kelsen in Genf: Die Friedensproblematik zwischen Wissenschaft und Politik. Op. cit., s. 300.

<sup>73</sup> Srov. OLECHOWSKI, T.: Kelsen als Pazifist. Op. cit., s. 112.

<sup>74</sup> Srov. například HERRERA, C. M.: Kelsen als Demokrat und Freiheitsdenker. In ALIPRANTI, N. – OLECHOWSKI, T. (eds.): Op. cit., s. 96, 100; EHS, T.: Erziehung zur Demokratie: Hans Kelsen als Volksbildner. Op. cit., s. 82; ZELENY, K.: *Das Majoritätsprinzip bei Hans Kelsen und einige gegenwärtige Kritikpunkte*. FS Visegrady: Pecs, 2015, s. 530 a násl.; JESTAEDT, M. – LEPSIUS, O.: Der Rechts- und der Demokratietheoretiker Hans Kelsen. Eine Einführung. Op. cit., s. XXI.

Významným aspektem trvalé funkčnosti demokratického systému je pro Kelsena *tolerance*, která je podmínkou mírového vypořádání rozdílných zájmů. Většina a menšina (jedno na jaké úrovni) se nenachází v nepřekonatelném nepřátelském protikladu, ale v tolerantním procesu diskuse a uvědomění, že se stav většiny může také po příštích volbách změnit. Demokracie v tomto smyslu předpokládá racionální,<sup>75</sup> tzn. věcné a emocii zbavené uvažování.<sup>76</sup>

Významným základem Kelsenových úvah je názor, že absolutní hodnoty není možné vždy poznat vědeckou, racionální cestou, a proto je jednotlivec pouze může přijmout, zatímco někdo jiný bude zastávat jiné, zřejmě zcela odlišné hodnoty (*hodnotový relativismus*).<sup>77</sup> V nejširším smyslu tedy v parlamentním systému rovněž probíhá diskuse mezi různými hodnotami a rozhodování (pomocí většiny), za jakých podmínek dostanou konkrétní hodnoty přednost.

To Kelsen napsal ve své knize „Was ist Gerechtigkeit?“ (Co je spravedlnost?, 1953): „... nevím a nemohu říci, co je spravedlnost, absolutní spravedlnost, tento krásný sen lidstva. Musím si vystačit s relativní spravedlností a mohu pouze říci, co znamená spravedlnost pro mě. Protože je mým povoláním věda, a je tedy tím nejdůležitějším v mém životě, je to spravedlnost, pod jejíž ochranou se může dařit vědě a s vědou pravdě a upřímnosti. Je to spravedlnost svobody, spravedlnost míru, spravedlnost demokracie, spravedlnost tolerance“.<sup>78</sup>

Přitom Kelsen jasně uznává, že *vědec* také nedokáže hodnotu „hodnotového relativismu“ nebo hodnotu „demokratického parlamentarismu“ dokázat, a proto musí říci, že se ideální demokracie *nemusí nijak bránit* své likvidaci pomocí většiny, pokud je naděje, že bude moci později znovu vstát z popela – jak nakonec výslovně napsal v práci „Verteidigung der Demokratie“ (Obhajoba demokracie, 1932): „Demokracie, která se prosazuje proti vůli většiny, příliš se snaží prosadit násilím, přestává být demokracií. Vláda lidu se nemůže postavit proti lidu. A neměla by se o to vůbec pokoušet, tzn. kdo je pro demokracii, nesmí se nikdy nechat zaplést do osudového protikladu a uchýlit se k diktatuře, aby zachránil demokracii. Člověk musí zůstat věrný své zástavě, i když se loď potápí; a může si s sebou do hlubiny odnést pouze naději, že je ideál svobody nezníčitelný a čím hlouběji se potopí, tím nezkrotněji zase znovu ožije.“<sup>79</sup>

Ale Kelsen je rovněž přesvědčen, že jako *politický člověk* může své zastávané hodnoty obhajovat, skutečně za ně *bojovat*; samozřejmě nikoliv s mečem v ruce – to by i odporovalo Kelsenově povaze pacifisty<sup>80</sup> a také jeho demokratickému přesvědčení –, ale *s perem v ruce*, kterým bude vždy bránit demokracii a bojovat proti jakékoliv formě totality, zprava i zleva. Kelsen ve svém životopisu z roku 1927 napsal, že se svou prací

<sup>75</sup> Srov. HERRERA, C. M.: Op. cit., s. 99; JABLONER, C.: Menschenbild und Friedenssicherung. Op. cit., s. 69; JABLONER, C.: Verrechtlichung und Rechtsdynamik. Op. cit., s. 261 a násl.

<sup>76</sup> ZELENY, K.: Das Recht als Instrument der Friedenssicherung. Op. cit., s. 74.

<sup>77</sup> JESTAEDT, M. – LEPSIUS, O.: Der Rechts- und der Demokratietheoretiker Hans Kelsen. Eine Einführung, Op. cit., s. XVI.

<sup>78</sup> KELSEN, H.: *Was ist Gerechtigkeit?* Wien, 1953, s. 43; srov. JESTAEDT, M. – LEPSIUS, O.: Der Rechts- und der Demokratietheoretiker Hans Kelsen. Eine Einführung. Op. cit., s. XXVII.

<sup>79</sup> KELSEN, H.: *Verteidigung der Demokratie*. Blätter der Staatspartei, 1932, s. 98.

<sup>80</sup> OLECHOWSKI, T.: Kelsen als Pazifist. Op. cit., s. 119, 122; BERSIER LADAVAC, N.: Hans Kelsen in Genf: Die Friedensproblematik zwischen Wissenschaft und Politik. Op. cit., s. 300.

„Das Problem des Parlamentarismus“ (Problém parlamentarismu, 1925) pokoušel „bránit parlamentarismus proti ideám fašistické i bolševické diktatury“.<sup>81</sup>

A v této souvislosti a rovněž také v souvislosti s Kelsenovou angažovaností na vzdělávání národa<sup>82</sup> také požaduje, že člověka je třeba k demokracii vychovat.<sup>83</sup>

## V. ŽÁDNÁ POLITIKA JAKO VĚDEC: KELSEŇUV VĚDECKO-TEORETICKÝ POŽADAVEK

Zatímco Kelsen jako politický člověk velmi dobře zastával hodnoty a obhajoval je, odvodil si, že vědci transportují vlastní hodnoty jako výsledky bádání. Nic nevyjadřuje Kelsenovu *koncepti vědy* lépe než jeho slova z předmluvy 1. vydání *Ryzi nauky právní* (1934): „... vypracovat čistou právní teorii, to znamená: očištěnou od veškeré politické ideologie a všech prvků přírodních věd, která bude jedinečná, protože si bude uvědomovat vlastní zákonitosti svého předmětu. To bylo od úplného počátku mým cílem: jurisprudence, která – otevřeně nebo skrytě – v právně-politickém uvažování téměř úplně vzklíčila, aby se pozdvihla do výšky opravdové vědy, duchovní vědy. Bylo nutné rozvíjet její tendence nezaměřené na formu, ale výlučně na poznání práva a co nejvíce přiblížit její výsledky ideálu veškeré vědy, objektivitě a přesnosti.“<sup>84</sup>

Ústředním Kelsenovým požadavkem je tedy vytvoření *objektivní, intersubjektivně ověřitelné, racionální a přesné vědy*<sup>85</sup>, která nebude podporovat žádnou politiku, tedy ani stranickou, ani žádnou jinou. Ryzi nauka právní nyní takové zaobírání se právem umozňuje.

Kelsen sám *jako vědec* tento jím samotným vznesený požadavek *dodržoval*.<sup>86</sup> Rozlišoval mezi vědeckými tvrzeními, např. právně-dogmatická tvrzení k ústavnímu a mezinárodnímu právu, a tvrzení o vlastních názorech, vlastních představách, vlastních

<sup>81</sup> KELSEN, H.: *Autobiographie 1947*. In *Hans Kelsen im Selbstzeugnis*. Tübingen, 2006, s. 28 a násl. V tomto životopisu rovněž Kelsen uvádí své práce týkající se teorie demokracie a demokracie v politice „Politische Weltanschauung und Erziehung“ (1913), „Vom Wesen und Wert der Demokratie“ (1. vyd., 1920) [2. vyd. 1929, podstatně přepracováno], „Sozialismus und Staat“ (1. vyd. 1920, 2. vyd. 1923), „Marx oder Lassalle“ (1924), „Zur Soziologie der Demokratie“ (přednáška o demokracii na 5. sociologickém kongresu v roce 1926 ve Vídni; v rozšířené podobě se v roce 1926 objevila v Österr. Volkswirt). Z pozdějších prací je třeba uvést zejména „Verteidigung der Demokratie“ (1932).

<sup>82</sup> KELSEN, H.: *Politische Weltanschauung und Erziehung*. Annalen für soziale Politik und Gesetzgebung, 1913; srov. rovněž KELSEN, H.: *Vom Wesen und Wert der Demokratie*; 2. Aufl. Tübingen, 1929, s. 91. Srov. JABLONER, C.: *Menschenbild und Friedenssicherung*. Op. cit., s. 69 a násl.; srov. rovněž EHS, T. – ZELENY, K.: *Wissen für alle! Hans Kelsens Engagement für Volksbildung und Demokratie*. *Das jüdische Echo*, sv. 55, 2006, s. 216 a násl.

<sup>83</sup> Srov. výše.

<sup>84</sup> KELSEN, H.: *Reine Rechtslehre*, 1. Aufl., Leipzig, Wien, 1934, s. III.

<sup>85</sup> PFERSMANN, O.: *Kelsens Ideologiekritik*. In ALIPRANTIS, N. – OLECHOWSKI, T. (eds.): Op. cit., s. 53; JESTAEDT, M.: *Hans Kelsens Reine Rechtslehre. Eine Einführung*. In KELSEN, H.: *Reine Rechtslehre*. 1. Aufl., Studienausgabe; Tübingen 2008, s. XXI, XXVIII a násl., XXXIV; JESTAEDT, M. – LEPSIUS, O.: *Der Rechts- und der Demokratietheoretiker Hans Kelsen. Eine Einführung*. Op. cit., s. XVII; WALTER, R.: *Hans Kelsens Rechtslehre*. Baden-Baden, 1999, s. 8.

<sup>86</sup> WIEDERIN, E.: Op. cit., s. 109, 117; OLECHOWSKI, T.: *Kelsen als Pazifist*. Op. cit., s. 121; EHS, T.: *Erziehung zur Demokratie*. Op. cit., s. 91. Srov. rovněž JESTAEDT, M. – LEPSIUS, O.: *Der Rechts- und der Demokratietheoretiker Hans Kelsen. Eine Einführung*. Op. cit., s. XXVII.

požadavcích. Zde můžeme rovněž uvést již zmíněné Kelsenovo vysvětlení k habilitaci Maxe Adlera, stejně jako jeho úvahy k otázce primátu mezinárodního práva nebo státního práva a na striktní oddělení jeho činnosti jako soudce ústavního soudu od jeho vědeckých aktivit.<sup>87</sup>

Tomu odpovídá i Kelsenovo *angažování se v kritice ideologií*, kdy odhaloval ty, kdo se pod pláštíkem vědy pokoušeli prosadit své vlastní představy.<sup>88</sup>

## VI. ZÁVĚR

Kelsen jasně rozlišuje mezi svou úlohou vědce, soudce ústavního soudu a politického člověka. Jako posledně uvedený prosazuje mírové řešení konfliktů jak na vnitrostátní, tak mezinárodní úrovni, čehož chce dosáhnout evolučním vývojem podřízení se soudům a harmonizace s právem. A stejně jako Kelsen vidí evoluci práva směrem k lepšímu zajištění míru, tak vidí i evoluci člověka k racionálnějšímu, méně afektu naslouchajícímu, a tím i mírovějšímu bytí.<sup>89</sup> To koneckonců znamená Kelsenovo podřízení se soudům, jeho harmonizace s právem, tedy vytvoření míru skrz racionalitu, věcnost, zbavení se afektu.<sup>90</sup> Tím by měl být podpořen jeho nejdůležitější požadavek, totiž mírová tolerance v rámci lidského soužití. S ohledem na to je zřejmé, že vytvoření rakouského ústavního soudu bylo Kelsenovým „nejmilovanějším dítětem“, že se zasazoval o primát mezinárodního práva, že podporoval nucenou mezinárodní soudní odpovědnost<sup>91</sup> a že jako státní zřízení upřednostňoval demokracii. Za to bojoval celý svůj život, nikoliv mečem, ale perem – a to silnými slovy a trvale.

MMag. Dr. Klaus Zeleny  
Hans Kelsen-Institut, Wien  
klaus.zeleny@univie.ac.at

---

<sup>87</sup> WIEDERIN, E.: Op. cit., s. 109.

<sup>88</sup> Srov. PFERSMANN, O.: Kelsens Ideologiekritik. In ALIPRANTIS, N. – OLECHOWSKI, T. (eds.): Op. cit.; JESTAEDT, M.: Hans Kelsens Reine Rechtslehre. Eine Einführung. Op. cit., s. XX; JESTAEDT, M. – LEPSIUS, O.: Der Rechts- und der Demokratietheoretiker Hans Kelsen. Eine Einführung. Op. cit., s. XVII.

<sup>89</sup> JABLONER, C.: Legal Techniques and Theory of Civilisation – Reflections on Hans Kelsen and Carl Schmitt. Op. cit., s. 51 a násl., 55 a násl.

<sup>90</sup> JABLONER, C.: Verrechtlichung und Rechtsdynamik. Op. cit., s. 269.

<sup>91</sup> Srov. ZELENY, K.: Das Recht als Instrument der Friedenssicherung. Op. cit., s. 75.

## PROČ NEPOTŘEBUJEME ČLOVĚKA PŘI LEGISLATIVNÍM VYMEZENÍ POJMU FYZICKÉ OSOBY?

KAREL BERAN\*

**Abstract:** **Why We Do Not Need a Human Being in the Legislative Definition of a Natural Person?**

The aim of this article is to answer the question why we do not need “a man” in the legislative definition of a physical person. The author shows that in the Czech legal order we can identify two different possible approaches how to define according to the law what should be understood as a physical person. The first concept is based on a man to whom belong obligations and rights, while the latter concept is based on the ability to be a bearer of rights and obligations which belong not to a man, but to a physical or juristic person. The author believes that the second construction of a person is based on the pure legal science, which influenced precisely the construction of a person contained in the Civil Code of 1964 – this definition did not need “a man” to define the concept of a person.

**Keywords:** juristic Person, Person, Personified set of legal norms, point of imputation, Kelsen, Weyr

**Klíčová slova:** osoba, fyzická osoba, právnická osoba, personifikovaný soubor norem, bod přičitatelnosti, Kelsen, Weyr

**DOI:** 10.14712/23366478.2017.26

### ÚVOD

Legislativní zakotvení pojmu fyzické osoby se v českém právním řádu poměrně často měnilo. Současné zákonné vymezení tohoto pojmu vychází zjednodušeně řečeno z toho, že člověk má být považován za osobu. „Osoba“ je tak vymezována pomocí člověka. Za účinnosti občanského zákoníku z roku 1964, tj. zákona č. 40/1964 Sb., občanský zákoník (dále jen ObčZ 1964) však byl tento pojem konstruován zcela jinak. ObčZ 1964 totiž vlastně nestanovil, co osoba je, nýbrž pouze říkal, odkdy fyzická osoba nabývá způsobilosti k právům a povinnostem. V českém právním řádu tak můžeme identifikovat dvě různá pojetí, jak přistoupit k legislativnímu vymezení pojmu osoby: první vychází z člověka, kterému náleží práva a povinnosti, a tudíž je považován za osobu, druhé naopak vychází ze způsobilosti mít práva a povinnosti, které však nenáleží člověku, nýbrž fyzické nebo právnické osobě.

\* Autor působí jako docent na katedře teorie práva a právních učení Právnické fakulty UK v Praze. Tato stat' byla zpracována v rámci programu Progres Q04 Právo v měnícím se světě.

Domnívám se, že druhé zmiňované pojetí osoby lze chápat jako praktickou aplikaci poznatků, ke kterým dospěla ryzí nauka právní. Dlužno však podotknout, že náhled ryzí nauky právní na osobu nebyl jednotný. K této otázce se vyslovil jak Hans Kelsen, tak František Weyr, jejich pojetí však byla poněkud odlišná. Oba sice vycházejí z úvahy, že osoba představuje „bod přiřítelnosti“, resp. personifikovaný soubor právních norem, rozdíl mezi nimi však spočívá zejména v tom, jaký význam má chování člověka právě ve vztahu k tomuto personifikovanému souboru právních norem. Z těchto důvodů je třeba objasnit, co vlastně čistá právní věda pod osobou rozumí. Pokud chápeme osobu jako personifikovaný soubor právních norem, potom narážíme na problém subjektivního práva. Osoba je totiž tradičně chápána jako nositel subjektivních povinností a práv. Jestliže je osoba chápána jako „soubor právních norem“, je třeba také vysvětlit pojetí subjektivního práva jako právní normy.

Odpověď na výše uvedené otázky by pak měla napomoci k porozumění tomu, jak ovlivnila ryzí nauka právní konstrukci osoby v českém právním řádu a **proč jsme nepotřebovali (a možná stále nepotřebujeme) člověka při legislativním vymezení pojmu fyzické osoby.**

#### CO BYLO A JE OSOBOU PODLE PLATNÉHO PRÁVA ČR?

Odpověď na otázku „kdo“, resp. „co“ se de lege lata považovalo za osobu, se měnila tak, jak se měnil právní řád v souvislosti s přijímáním a rušením občanských zákoníků platných na území ČR. Nejstarší úpravu nalézáme v císařském patentu č. 946/1811 Sb. z. s., kterým byl přijat Všeobecný občanský zákoník (dále jen **ABGB**). Tento kodex u nás platil od roku 1811 do roku 1950, kdy byl nahrazen zákonem č. 141/1950 Sb., občanský zákoník (dále jen **ObčZ 1950**). Tento, tzv. střední občanský zákoník, byl v účinnosti od 1. ledna 1951 do 1. dubna 1964, kdy nabyl účinnosti zákon č. 40/1964 Sb. občanský zákoník. Tento občanský zákoník byl po roce 1989 mnohokrát podstatně novelizován, (nejvýznamnější novelizace č. 509/1991 Sb. se přímo týkala úpravy osob, kdy se namísto pojmu „občan“ znovu zavedl pojem „fyzické osoby“ a byl též vložen § 18, který se stal základem úpravy právnických osob). V roce 2012 pak byl přijat zákon č. 89/2012 Sb. občanský zákoník (dále jen **ObčZ**), který vstoupil v účinnost dne 1. 1. 2014 a představuje tak v současnosti platné a účinné právo na území ČR.<sup>1</sup>

První civilní kodex platný na našem území vycházel při vymezení osoby z člověka, když bylo (a v Rakousku stále je) v § 16 **ABGB** stanoveno, že „každý člověk má vrozená, již rozumem poznatelná práva, a nutno jej tudíž považovati za osobu. Otroucní nebo nevolnictví a k tomu se vztahující výkon moci nejsou v těchto zemích

<sup>1</sup> K tomu srovnej THÖNDEL, A. K.: Stručný historický vývoj občanského práva na českém území. In DVORÁK, J. – ŠVESTKA, J. – ZUKLÍNOVÁ, M. et al.: *Občanské právo hmotné*, sv. 1., Praha: Wolters Kluwer, 2013, s. 82 an.



dovolena. “<sup>2</sup> Za základ úpravy právnických osob pak byl považován § 26 ABGB, který stanovil, že „vzájemná práva členů dovolené společnosti jsou určována smlouvou nebo účelem a zvláštními předpisy o nich vydanými. Naproti jiným osobám používají dovolené společnosti zpravidla stejných práv jako jednotlivé osoby. Nedovolené společnosti jako takové nemají práv ani proti členům ani proti jiným osobám a nejsou způsobilé práv nabývat. Nedovolené společnosti jsou však ty, které jsou politickými zákony zvláště zakázány, nebo příčí se zřejmě bezpečnosti, veřejnému pořádku nebo dobrým mravům.“<sup>3</sup>

**ObčZ 1950** se stejně jako ABGB ještě zmiňoval o člověku, zavedl však již jako zákonný termín „osobu fyzickou“. Fyzická osoba byla totiž přímo obsažena v marginální rubrice uvozující § 4, který stanovil: „Způsobilost člověka mít v mezích právního řádu práva a povinnost vzniká narozením a zaniká smrtí.“ Pokud jde o právnické osoby, stanovil **ObčZ 1950** v § 18, že „(1) způsobilost k právům a povinnostem mohou mít i osoby rozdílné od osob fyzických – osoby právnické. (2) K vzniku právnické osoby, která nebude zřízena přímo zákonem, je třeba, aby byla zřízena orgánem k tomu příslušným anebo s jeho přivolením.“

V **ObčZ 1964** již „člověka“ stejně však jako „fyzickou osobu“ vůbec nenalzáme, když bylo v § 7 stanoveno, že „(1) způsobilost občana mít práva a povinnosti vzniká narozením. Tuto způsobilost má i počaté dítě, narodí-li se živé. (2) Smrtí tato způsobilost zanikne. Jestliže smrt nelze prokázat předepsaným způsobem, soud fyzickou osobu prohlásí za mrtvou, zjistí-li její smrt jinak. Za mrtvou soud prohlásí také nevěstnou fyzickou osobu, lze-li se zřetelem ke všem okolnostem usoudit, že již nežije.“ V návaznosti na novelu č. 509/1991 Sb. však byl pojem „občan“ v roce 1991 znovu nahrazen pojmem fyzická osoba<sup>4</sup> a zároveň byl v tomto roce nově vložen § 18, který stanovil, že „(1) způsobilost mít práva a povinnosti mají i právnické osoby. (2) Právnickými osobami jsou a) sdružení fyzických nebo právnických osob, b) účelová sdružení majetku, c) jednotky územní samosprávy, d) jiné subjekty, o kterých to stanoví zákon.“

**Platný a účinný občanský zákoník** se při vymezení pojmu osoby opět vrátil k člověku, když ve svém § 19 odst. 1 stanoví, že „každý člověk má vrozená, již samotným rozumem a citem poznatelná přirozená práva, a tudíž se považuje za osobu. Zákon stanoví jen meze uplatňování přirozených práv člověka a způsob jejich ochrany.“ Zároveň však v § 15 odst. 1 ObčZ též stanoví, že „právní osobnost je způsobilost mít v mezích právního řádu práva a povinnosti.“ Právní osobnost ovšem nenáleží jen osobám fyzickým, nýbrž i osobám právnickým. Ty jsou pak vymezeny v § 20 ObčZ, který v odst. 1

<sup>2</sup> „Jeder Mensch hat angeborne, schon durch die Vernunft einleuchtende Rechte, und ist daher als eine Person zu betrachten. Slavery oder Leibeigenschaft, und die Ausübung einer darauf sich beziehenden Macht, wird in diesen Ländern nicht gestattet.“

<sup>3</sup> „Die Rechte der Mitglieder einer erlaubten Gesellschaft unter sich werden durch den Vertrag oder Zweck und die besondern für dieselben bestehenden Vorschriften bestimmt. Im Verhältnisse gegen Andere genießen erlaubte Gesellschaften in der Regel gleiche Rechte mit den einzelnen Personen. Unerlaubte Gesellschaften haben als solche keine Rechte, weder gegen die Mitglieder, noch gegen Andere, und sie sind unfähig, Rechte zu erwerben. Unerlaubte Gesellschaften sind aber diejenigen, welche durch die politischen Gesetze ins besondere verboten werden, oder offenbar der Sicherheit, öffentlichen Ordnung oder den guten Sitten widerstreiten.“

<sup>4</sup> V dalším textu budu vycházet z posledního účinného znění ObčZ 1964, který pracoval s pojmem fyzické osoby.

stanoví, že „*právnícká osoba je organizovaný útvar, o kterém zákon stanoví, že má právní osobnost, nebo jehož právní osobnost zákon uzná. Právnícká osoba může bez zřetele na předmět své činnosti mít práva a povinnosti, které se slučují s její právní povahou.*“ Z hlediska legálního vymezení osoby je však podstatný i § 17, který stanoví, že „(1) **práva může mít a vykonávat jen osoba. Povinnost lze uložit jen osobě a jen vůči ní lze plnění povinnosti vymáhat.** (2) *Zřídí-li někdo právo nebo uloží-li povinnost tomu, co osobou není, přičte se právo nebo povinnost osobě, které podle povahy právního případu náleží.*“ Jakož i § 18, ve kterém je stanoveno, že „*osoba je fyzická, nebo právnícká*“.

Jak je vidět, pojmové vymezení osoby se v každém z výše jmenovaných občanských zákoníků lišilo, a to jak pokud se týče osoby fyzické, tak i pokud jde o osobu právníckou. Nápadný a doslova očividný rozdíl v pojetí osoby, tak jak bylo stanoveno nejprve v ABGB, ObčZ 1950, jakož i v současnosti platném občanském zákoníku na straně jedné a v ObčZ 1964, spočívá ve vztahu k člověku. V ObčZ 1964 totiž člověk při vymezení osoby vůbec nefiguruje. Domnívám se, že to není náhoda. Domnívám se, že občanský zákoník z roku 1964 byl ovlivněn právním normativismem a také tím, jak právní normativismus osobu chápe. K tomu, abych tuto domněnku potvrdil, či vyvrátil, je však třeba objasnit, co znamená být osobou z hlediska ryzí nauky právní.

## JAK CHÁPE OSOBU „RYZÍ NAUKA PRÁVNÍ“?

Podle Kelsena:<sup>5</sup> „být osobou“ je totožné s tím mít právní povinnosti a subjektivní práva. Osoba jako nositel povinností a práv není ničím odlišným od povinností a práv – tak jako strom, který má kmen, větve a květy, není hmotou rozdílnou od kmene, větví a květů, ale je pouze souhrnem těchto prvků. Fyzická nebo právnícká osoba, která „má“ povinnosti a práva jakožto jejich nositel, je těmito povinnostmi a právy – souhrnem právních povinností a práv, kterýžto souhrn je obrazně vyjádřen v pojmu „osoba“. Osoba je však jen personifikací této jednoty.<sup>6</sup>

Z toho plyne, že fyzická osoba je pouhou konstrukcí právního myšlení. Nejen právnícká, nýbrž i fyzická osoba je zcela odlišná od pojmu člověka v jeho fyzické existenci. Z těchto důvodů musí být i fyzická osoba ve skutečnosti „osobou právníckou“. Z toho logicky vyplývá, že mezi fyzickou a právníckou osobou nemůže existovat zásadní koncepční rozdíl.<sup>7</sup> Kelsenova argumentace je následující:<sup>8</sup> „*Jestliže v případě právnícké osoby mohou být práva a povinnosti „neseny“ něčím, co není člověkem, tak i tzv. fyzická*

<sup>5</sup> KELSEN, H.: *Reine Rechtslehre*. 2. Auflage. Wien: Verlag Franz Deuticke, 1960, s. 177.

<sup>6</sup> „*Die Person als ‚Träger‘ von Rechtspflichten und subjektiven Rechten ist nicht etwas von den Rechtspflichten und subjektiven Rechten Verschiedenes, als deren Träger die Person dargestellt wird: so wie ein Baum, von dem man in einer substantivischen Sprache, die der Ausdruck eines substanzialisierenden Denkens ist, sagt, daß er einen Stamm, Äste, Zweige, Blätter und Blüten hat, nicht eine von diesem Stamm, diesen Ästen, Zweigen, Blättern und Blüten verschiedene Substanz, sondern nur der Inbegriff, die Einheit dieser Elemente ist. Die physische oder juristische Person, die Rechtspflichten und subjektive Rechte – als deren Träger – ‚hat‘, ist diese Rechtspflichten und subjektiven Rechte, ist ein Komplex von Rechtspflichten und subjektiven Rechten, deren Einheit im Begriff der Person figürlich zum Ausdruck kommt. Die Person ist nur die Personifikation dieser Einheit.*“

<sup>7</sup> KELSEN, H.: *Allgemeine Staatslehre*. Bad Homburg – Berlin – Zurich: Verlag Max Gehlen, 1966, s. 66.

<sup>8</sup> KELSEN, H.: *Reine Rechtslehre*. Op. cit., s. 176–177.

osoba, která má práva a povinnosti (a co také musí mít právnická osoba společného s osobou fyzickou, neboť obě jsou „osoby“ jako „nositelé“ práv a povinností), nemůže být člověkem, který je v tomto případě „nositelem“, ale něčím, co mají člověk a právnická osoba společného.“<sup>9</sup>

To, že člověk je nebo má právní osobnost, neznamená nic jiného, než že něco z jeho jednání a opomenutí tvoří nějakým způsobem obsah norem. Proto také vzhledem k rozlišování mezi člověkem a osobou není správné tvrzení, že právo opravňuje nebo zavazuje osoby. Kdo je zavázán a oprávněn, jsou lidé. Lidské chování tvoří obsah norem, a tím i obsah povinností a práv. Lidské jednání se tak podle Kelsena stává součástí obsahu normy. „Ve skutečnosti však právní osoba není samostatným subjektem existujícím mimo své povinnosti a práva, ale je jejich personifikovanou jednotou, nebo-li – vzhledem k tomu, že povinnosti a práva jsou právními normami – personifikovanou jednotou souboru právních norem.“<sup>10</sup>

Weyr však v této souvislosti upozorňuje na jistý rozpor v Kelsenových tvrzeních. Kelsen totiž podle Weyra na jednu stranu žádá, abychom přísně odlišovali mezi „člověkem“ a „osobou“ zároveň si je však vědom jisté neoddelitelnosti těchto pojmů, když říká: „Jak povinováni, tak oprávněni mohou být pouze lidé, kteří splňují zcela konkrétní, podle rozdílných právních řádů odlišné podmínky; tj. např. konkrétní věk, rozumovou vyspělost, pro určitá oprávnění a určité povinnosti také konkrétní pohlaví nebo původ atd. V těchto případech se však jen jedná o lidské chování označované jako skutková podstata nebo obsah normy.“<sup>11</sup>

Právě v tom spatřuje Weyr náznak, že Kelsen opouští původní zásadní dualistickou koncepci mezi světem, jaký je, a světem, jaký býti má. Podle Weyra však v normativním světě není místo pro fyzické jednotlivce, nýbrž pouze pro normativní body přičitatelnosti. Proto také Weyr<sup>12</sup> setrvává důsledně na svém rozlišení pojmu subjektu z hlediska „abstraktní normologie“ a z hlediska aplikace práva. Podle Weyra si „logický pojem ‚nositele‘ subjektivních povinností a práv dlužno představovat jako pouhé abstraktum,

<sup>9</sup> „Wenn im Falle der juristischen Person Rechte und Rechtspflichten von etwas ‚getragen‘ werden können, was nicht Mensch ist, kann auch im Falle der sogenannten physischen Person das, was die Rechte und Rechtspflichten ‚trägt‘ und was die physische Person mit der juristischen Person gemeinsam haben muß, da doch beide als ‚Träger‘ von Rechten und Rechtspflichten Person sind, nicht der Mensch sein, der der in Frage kommende Träger ist, sondern etwas, was der Mensch ebenso hat wie die als juristische Personen angesprochenen Gemeinschaften.“

<sup>10</sup> K tomu srovnej: „Es heißt: das Verhalten dieses Menschen ist Inhalt der Rechtsnormen. Das Verhalten einer Person ist nie Inhalt der Rechtssätze. Nur das Verhalten von Menschen. Und nur dadurch, daß eines Menschen Verhalten Inhalt von Rechtsnormen wird, können diese Inhalte auf die Einheit eines Systems von Rechtsnormen bezogen werden, kann die Person – als **Personifikation dieser Einheit** – Rechtspflichten und Berechtigungen ‚haben‘, so wie eben ein System, eine Ordnung, Inhalte hat. Eben darum kann wohl der Mensch, kann aber nicht die Person berechtigt und verpflichtet werden. Denn die Person berechtigen oder verpflichten hieße: Rechte berechtigen, Pflichten verpflichten, kurz: Normen normieren. Die Begriffe Person und Mensch verhalten sich zueinander wie Form und Inhalt.“ (KELSEN, H.: Allgemeine Staatslehre. Op. cit., s. 64.)

<sup>11</sup> Sowohl verpflichtet als auch berechtigt werden nur Menschen, die ganz bestimmte, nach den verschiedenen Rechtsordnungen verschiedene Bedingungen erfüllen; so ein bestimmtes Alter, der Vollgebrauch der Vernunft, für gewisse Berechtigungen und gewisse Pflichten ein bestimmtes Geschlecht oder Abstammung von bestimmten Menschen usw. Es handelt sich hier um die nähere Bestimmung des als menschliches Verhalten bezeichneten Tatbestandes oder Norminhaltes. (KELSEN, H.: Allgemeine Staatslehre. Op. cit., s. 64.)

<sup>12</sup> WEYR, F.: *Teorie práva*. Brno – Praha, 1936, s. 112 n.

jemuž ve vnějším světě nic neodpovídá a jež je jakýmsi geometrickým bodem, k němuž vede právní řád jednotlivé povinnosti.“<sup>13</sup> Ze svrchovanosti právního řádu plyne, že za tento bod může označit cokoli. To znamená, že právní řád může spojit s kterýmkoli kusem vnějšího světa, ba i s pouhou představou něčeho, co ve vnějším světě neexistuje, právní subjektivitu. K tomuto abstraktu vede právní řád jednotlivé povinnosti a vztah mezi tímto bodem a objektem jednotlivých povinností nazývá Weyr stejně jako Kelsen „přičitatelností“.

Subjektem práva ve Weyrově koncepci je tak ten, kdo je povinen uskutečnit normu, tj. **obsah toho, co býti má**.<sup>14</sup> Z normativního hlediska tento subjekt musí být rovněž abstrakcí – bodem přičitatelnosti. „*Tento povinnostní subjekt se stává v právní teorii tzv. právní (právníckou) osobou.*“<sup>15</sup> Podle Weyra si je však třeba uvědomit, že pojem osoby (persony) je ryze normativní. V reálném světě neexistují žádné osoby, ani právnícké, ani fyzické. „*Normativní pojem osoby může pak pouze znamenati buď normotvůrce, nebo povinnostní subjekt.*“<sup>16</sup> V obou případech jde o subjektivizaci, čili o subjektivní pojetí normy. „*Na místo objektivní normy (to, co býti má) nastupuje buď normotvůrce (ten, kdo chce, že něco být má), nebo povinnostní subjekt (ten, který jest povinen, odpověden za to, co má býti).*“<sup>17</sup> Avšak předmět se nemění, subjektivisticky konstruovaná norma (jakožto normotvorný nebo povinnostní subjekt) zůstává svou podstatou stále normou.<sup>18</sup>

## SUBJEKTIVNÍ PRÁVO JAKO PRÁVNÍ NORMA

Pojetí „osoby“ jako personifikace souboru právních norem může působit matoucím dojmem. Povinnosti a práva, jichž je osoba nositelem, totiž v současnosti nechápeme jako právní normy, nýbrž jako subjektivní povinnosti a práva. K pochopení normativní koncepce právního subjektu je proto nutné osvětlit koncepci subjektivního práva jako právní normy. To není tak jednoduché, jak by se na první pohled mohlo zdát. Náhled ryzí nauky právní na subjektivní právo se totiž měnil stejně jako normativní nauka sama. Rozlišujeme tak dvě etapy, které odděluje Merklovo učení o stupňovitě výstavbě právního řádu.

První etapu charakterizuje převážně **statický postoj**, při kterém se jeví právní řád jako „*něco hotového, strnulého, jež nezná a nemůže znát změnu*...“<sup>19</sup> Tuto koncepci nalézáme v ranějších dílech jak u Kelsena v jeho díle *Hauptprobleme der Staatslehre* (Tübingen 1911), tak u Weyra v jeho *Základech filosofie právní* (Brno 1922). V této etapě vyvozoval

<sup>13</sup> WEYR, F.: *Základy filosofie právní*. Brno, 1920, s. 173 n.

<sup>14</sup> WEYR, F.: *Teorie...* Op. cit., s. 112.

<sup>15</sup> Tamtéž.

<sup>16</sup> Tamtéž, s. 113.

<sup>17</sup> Tamtéž.

<sup>18</sup> Z tohoto hlediska lze také pochopit normativistické ztotožnění státu s právním řádem. Vyjdeme-li totiž z normativního východiska identifikace normotvorného, resp. povinnostního subjektu s právní normou, potom normativní poznávání státu musí ve skutečnosti znamenat normativní poznávání jeho právního řádu.

<sup>19</sup> WEYR, F.: *Základy...* Op. cit., s. 138.

Kelsen ještě subjektivní právo z práva objektivního a spatřoval v něm subjektivní jevovou formu („*Erscheinungsform*“) právní normy.<sup>20</sup> Ta pro něj představovala cosi stálého, zatímco subjektivní právo vznikalo teprve tehdy, když to připustila norma objektivního práva jako právně relevantní skutečnost. K subjektivizaci právní normy v oprávnění tak mohlo dojít pouze za předpokladu, že norma vyžadovala jako podmínku pro svoji aplikaci projev vůle jednajícího – tj. například žalobu. Jen tehdy mohl nastat následek předpokládaný normou (v podobě exekuce nebo trestu). V této době ještě Kelsen tvrdil, že subjektivní právo je právní pravidlo v jeho vztahu k osobě, na jejíž dispozici je učiněna závislou podmíněná vůle státu k následku bezpráví, vyslovená v právním pravidle. Mezi právním pravidlem a subjektivním právem tak není identita.<sup>21</sup> Právní pravidlo je permanentní, kdežto trvání subjektivního práva je omezené. V této fázi dokonce ani Weyr nepřipouštěl normativní konstrukci pojmu oprávnění. Subjektivní právo totiž chápal jako problém aplikace práva. Aplikace je ale ze statického pohledu změna a pojem subjektivního práva by tedy přesahoval daný normativní rámec do čehosi „*metanormativního*“.<sup>22</sup> **Problém aplikace a intertemporality** práva tak vyřešil až **Merkel** ve svém „*učení o stupňovité výstavbě právního řádu*“.<sup>23</sup> Principy derogace a delegace mu umožnily vidět právní řád dynamicky, tedy jako hierarchicky uspořádaný soubor norem, ve kterém stále nejrůznější možné normy vznikají, mění se nebo zanikají. To, co normativní teorie dříve považovala za právní skutečnost, se nyní stalo odvozenou právní normou. V návaznosti na to přestal Kelsen<sup>24</sup> odvozovat subjektivní právo z objektivního, ale právo chápal výhradně jako právo objektivní. Subjektivní právo pro něj představovalo eventuální, nikoli však vždy nezbytně nutnou podmínku pro vznik „individuální normy soudního rozsudku“. Projev vůle osoby byl právě onou podmínkou, bez které by rozsudek nemohl být vydán. Subjektivní právo se tak jeví jako zajištění účasti na normotvorbě vedoucí ke konkrétní normě. Proto Kelsenova koncepce umožňuje převést každé právo na právo objektivní.

Rovněž Weyr objektivizoval všechno právo. Navíc ale nahradil původní statické rozlišení objektivního a subjektivního práva rozlišením novým, dynamickým. To proti sobě klade obecné a konkrétní normy. „**Subjektivní právo je tedy normou, ovšem normou konkrétní a odvozenou.**“<sup>25</sup> Mohlo by se tak zdát, že mezi Kelsenem a Weyrem není v chápání subjektivního práva rozdíl. Tento rozdíl však existuje. Výslovně na něj upozornil český administrativista Jan Matějka, jenž kritizoval „*hlasy, které popírají nutnost, popřípadě vůbec možnost konstrukce subjektivního práva*“.<sup>26</sup> Tím měl na mysli zejména Kelsenovu koncepci subjektivního práva jako „konkretizaci obecné normy“.

Podle Matějky totiž Kelsen vycházel z nesprávného předpokladu, „*že rozdíl mezi subjektivním a objektivním právem tkví stále svými kořeny v přirozenoprávním ovzduší*

<sup>20</sup> KELSEN, H.: *Hauptprobleme der Staatslehre*. Tübingen, 1911, s. 626.

<sup>21</sup> Tamtéž.

<sup>22</sup> K tomu srovnej WEYR, F.: *Základy...* Op. cit., s. 138.

<sup>23</sup> MERKL, A.: *Die Lehre von der Rechtskraft, entwickelt aus dem Rechtsbegriff*. Leipzig – Wien, 1923.

<sup>24</sup> KELSEN, H.: *Reine Rechtslehre*. Leipzig – Wien, 1934, s. 47–52.

<sup>25</sup> WEYR, F.: *Teorie...* Op. cit., s. 171 n.

<sup>26</sup> MATĚJKA, J.: Pojem veřejnoprávní korporace. In *Sborník věd právních a státních*. Praha, 1929, s. 15.

konstruuujícím vrozená, nezadatelná práva jednotlivcova, jež mají tvořiti absolutní hranici proti pozitivnímu právu.<sup>27</sup> Tak tomu ale podle Matějky není. Když se praví, „že subjektivní právo je ‚odvozeno‘ z objektivního práva,“ znamená to, že není možný vznik subjektivního práva, aniž by první bylo právo objektivní, a také, že subjektivní právo neexistuje před právem objektivním. Právo však nestačí jen poznávat, nýbrž je třeba jej i aplikovat. Podle J. Matějky tak F. Weyr správně dokazuje, „že k celkovému poznání právního řádu je potřebí celé řady pojmů, které nelze vůbec konstruovati (definovati) normativně, v přední řadě pojmu subjektivního práva (oprávnění) a jeho subjektu.“<sup>28</sup>

Tomuto pojetí subjektivního práva se blíží i koncepce českého civilisty Jana Krčmáře.<sup>29</sup> Podle něj je funkcí právního řádu úprava lidského soužití a ochrana důvodných zájmů jedněch proti druhým. Proto, aby bylo těchto cílů dosaženo, ukládá právní řád lidem povinnosti, když jsou naplněny určité skutkové okolnosti. V případě porušení takto uložených povinností ukládá právní pravidlo sankci. Krčmář uvádí, že „starší právníká terminologie charakterizovala toto uspořádání tak, že se přiznává nositeli zájmu oprávnění (subjektivní právo).“ Novější terminologie pak rozeznává mezi nárokem a subjektivním právem. „Nárok se přiznává tomu, na koho náleží iniciativa vymoci, aby byl odčiněn nastalý již stav, přičítá se právní normě.“ Subjektivní právo je tak podle Krčmáře „určeno jako situace vytvořená právními normami, která, porušili se povinnosti uložené normami, dá vzniknout nároku.“<sup>30</sup>

\* \* \*

Jaká je tedy konstrukce osoby z hlediska čisté právní vědy? Celkem jednoduchá: Každá osoba, tedy i ta, kterou považujeme za přirozenou a jejímž „substrátem“ je člověk, je osobou právníkou. Jak fyzická, tak právníká osoba totiž není ničím jiným než „personifikací souboru právních norem“, jejichž obsah (tedy obsah právních norem) svým chováním vždy naplňuje jednání lidských bytostí. I v případě právníkové osoby (míněno v tradičním slova smyslu) dochází k naplňování obsahu právních norem vždy a pouze jednáním lidských bytostí. Jde však o to, že se toto jednání nepřičítá tomu, co nazýváme osoba přirozená nebo fyzická, nýbrž osobě právníké. Je tomu tak proto, že člověk, který jedná v případě osoby právníkové, jedná jako její orgán a jeho jednání je tak přičítáno osobě právníké.

Můžeme tedy uzavřít, že vše, co je jako osoba označeno, bez ohledu na to, zdali se jedná o fyzickou, či právníkou osobu, ve skutečnosti neexistuje. Jedná se o pouhý pomocný pojem právní vědy, který je zde proto, aby vysvětlil složitou právní situaci antropomorfní metaforou. V právní vědě však obvykle nehovoříme o metaforách, nýbrž o právních pojmech. Důvod, proč potřebujeme osobu jako zvláštní pojem, vysvětlil Sedláček, když zavedl rozlišení mezi pojmy čistými (formální podmínky právníkového poznávání), obsahovými (obsah práva) a podle něj též nově „systematickými“ (systematika právního řádu vzhledem k individuálním morálním, hospodářským či jiným zájmům). Pojem subjektu práva tak můžeme chápat nejen čistě formálně či obsahově, ale

<sup>27</sup> Tamtéž, s. 18.

<sup>28</sup> Tamtéž, s. 20.

<sup>29</sup> KRČMÁŘ, J.: *Právo občanské I.* Praha, 1927, s. 69n.

<sup>30</sup> Tamtéž.



rovněž nám může poodhalit hranice normativního systému vůči systémům jiným – coby pojem systematický.<sup>31</sup> Proto je také podle Weyra<sup>32</sup> pojem právní osobnosti nejen teoretickým pojmem regulativním, nýbrž i systematickým. Osoba v právu jako systematický pojem nás pak navádí k praktické funkci normy, která spočívá v „její aplikovatelnosti ve světě vnějším – povinnosti může mít pouze jednotlivý člověk (ale ne každý, srov. např. šilence, nemluvnata apod.) jako fyzická jednotka biologická, protože jen on jest s to, aby si je psychologickým pochodem uvědomil a podle nich jednal, tj. je plnil.“<sup>33</sup>

## JAK OVLIVNILA ČISTÁ PRÁVNÍ VĚDA KONSTRUKCI OSOBY V ČESKÉM PRÁVNÍM ŘÁDU?

V okamžiku, kdy byla vysvětlena normativní koncepce osoby jako personifikace souboru právních norem, je snad možné odpovědět na otázku, jak ovlivnila čistá právní věda konstrukci osoby v českém právním řádu.

V této souvislosti je třeba především podotknout, že jak Kelsen, tak Weyr tvořili svá díla v době, kdy bylo pojmové vymezení osoby obsaženo v § 16 ABGB, jenž stanovil, že „každý člověk má vrozená, již rozumem poznatelná práva, a nutno jej tudíž považovati za osobu. Otroctví nebo nevolnictví a k tomu se vztahující výkon moci nejsou v těchto zemích dovolena.“

Jestliže Hans Kelsen kritizoval pojetí osoby, podle kterého představuje „osoba“ právní substanci, které náleží práva a povinnosti jako její právní kvalita, mám za to, že implicitně kritizoval i pojmové vymezení osoby v § 16 ABGB. Totiž myšlenka, že „fyzická nebo právní osoba, která „má“ tyto právní povinnosti a subjektivní práva jako jejich nositel“, tak v sobě zahrnuje vztah mezi substancí a kvalitou.<sup>34</sup>

Toto východisko tradiční právní vědy<sup>35</sup> považoval Kelsen za nepřesné, resp. nesprávné. Právní norma totiž nemůže determinovat člověka v celé jeho existenci. Člověk může být subjektem „práva“ pouze k určitému vymezenému rozsahu jednání a zdržení se jednání. Tam, kde chování člověka není předmětem práv a povinností, není ani člověk v žádném vztahu k právnímu řádu.

Chyba tradičního právního uvažování spočívá podle Kelsena v tom, že hledá vždy „něco“, tj. určitou substanci, které práva a povinnosti náležejí. Proto je také lidské cho-

<sup>31</sup> SEDLÁČEK, J.: *Občanské právo československé. Všeobecné nauky*. Brno, 1931, s. 40n.

<sup>32</sup> WEYR, F.: *Teorie...* Op. cit., s. 114.

<sup>33</sup> Tamtéž.

<sup>34</sup> K tomu srovnej: KELSEN, H.: *Reine Rechtslehre*. Op. cit., s. 177.

<sup>35</sup> Pojem tradiční právní věda používám ve významu, v jakém jej používali právní normativisté v situacích, kdy se proti této „tradiční“ vědě vymezovali. Tímto pojmem nemá být řečeno, že se má právní nauka dělit na normativní teorii a tradiční právní vědu. V takovém případě by totiž mohly vzniknout pochybnosti o tom, co to vlastně je „tradiční právní věda“. Nenormativistická sféra totiž nepochybně představuje v právní teorii řadu nejrůznějších proudů od volnoprávní školy po marxismus, přičemž ani jeden z uvedených směrů není v právní teorii „tradiční“. Pojem „tradiční právní věda“, tak jak je použit a myšlen v tomto článku, má vyjádřit pouze to, že jde o všechny ostatní směry právní vědy, které nevycházejí ze striktního metodologického východiska ryzí právní nauky, kterým je odlišování toho, „co je“, od toho, co „býti má“, přičemž předmětem zkoumání ryzí právní nauky je pouze to, co „býti má“, tj. právní normy a proto je ryzí. Zatímco všechny ostatní směry právní vědy takto striktní nejsou, a z tohoto hlediska jsou „tradiční“.



vání (jako určitá kvalita) nesprávně pochopeno jako substance, tj. subjekt práv a povinností.<sup>36</sup> Kelsen tvrdí, že tato konstrukce je příznačná pro primitivní mytologické uvažování, jež se vyznačuje právě tím, že každému objektu přiznává duši, která mu panuje (animismus). Tak tomu ale podle něj není: „*Jestliže má být člověk předmětem právního poznání, musí vejít do práva. V právu však nenalézáme celého člověka jako takového, jakožto specifickou psychofyzickou jednotku se všemi jejími aspekty. V právu nacházíme pouze jednotlivá lidská jednání – s negativním předznamenáním označovaná jako „opomenutí“, která se jako podmínky nebo následky stávají součástí práva. Tak jako každý obsah může se také lidské jednání stát objektem právní vědy pouze jako obsah právní normy.*“<sup>37</sup>

Z toho plyne, že osoba existuje pouze potud, pokud „má“ povinnosti a práva, mimo ně osoba žádnou existenci nemá. Definovat fyzickou (přirozenou) osobu jako lidskou bytost je nesprávné, protože člověk a osoba nejsou jen dvěma rozdílnými pojmy, nýbrž i výsledky dvou na sobě zcela nezávislých způsobů chápání. Pojem člověka vychází z jeho biologického a fyziologického bytí, a proto je i pojmem přírodních věd. Osoba je pojmem jurisprudence, právní vědy, spočívající v analýze právních norem.

Domnívám se, že právě tato úvaha byla důvodem, proč ObčZ 1964 v § 7 zcela eliminoval člověka, když stanovil, že „(1) *způsobilost fyzické osoby mít práva a povinnosti vzniká narozením. Tuto způsobilost má i počaté dítě, narodí-li se živé.*“ Na rozdíl od § 16 ABGB zde nenalézáme, že „člověk je osobou“, ale ani to, co stanovil § 4 ObčZ 1950, podle kterého „*způsobilost člověka mít v mezích právního řádu práva a povinnost vzniká narozením a zaniká smrtí.*“ ObčZ 1964 mluví pouze o „fyzické osobě“ a její způsobilosti mít práva a povinnosti. Právě tím se ObčZ 1964 vyhnul problému, na který též upozorňoval Kelsen. Totiž, chápeme-li (fyzickou) osobu pouze jako soubor právních norem, potom nemůže dávat smysl ani obvyklé tvrzení, že osobě náleží práva a povinnosti. To by totiž znamenalo, že soubor povinností a práv má povinnosti a práva. Jednalo by se tak o nesmyslnou prázdnou tautologii.<sup>38</sup>

„*Že je člověk subjektem práv, tedy subjektem práv a povinností, neznamená, jak bylo již zdůrazněno, nic jiného, než že lidské chování je obsahem právních povinností a subjektivních práv, tedy totéž, jako že člověk je osobou nebo že má osobnost. To, oč v obou případech – fyzických i právnických osob – skutečně jde, je lidské chování, jehož obsahem jsou povinnosti a práva, která tvoří jednotu. Jelikož jsou tyto povinnosti a práva stanoveny právními normami – přesněji řečeno jsou právními normami – je problém osoby v poslední řadě problémem jednoty souboru právních norem (normativního komplexu).*“<sup>39</sup>

<sup>36</sup> KELSEN, H.: *Allgemeine Staatslehre*. Op. cit., s. 63.

<sup>37</sup> „*Soll der Mensch zum Gegenstand juristischer Erkenntnis werden, muß er in das Recht eingehen. Allein nicht der ganze Mensch, nicht der Mensch als solcher, d. h. die spezifische Einheit der Biologie und Psychologie mit allen ihren Funktionen wird von der Rechtsordnung aufgenommen. Sondern nur einzelne menschliche Handlungen – mit negativen Vorzeichen ‚Unterlassungen‘ genannt – sind es, die als Bedingungen oder Folgen in das Rechtsgesetz Eingang finden. Wie jeder Inhalt, so kann auch menschliches Verhalten nur als Inhalt des Rechtssatzes zum Objekt der Rechtswissenschaft werden.*“ (KELSEN, H.: *Allgemeine Staatslehre*. Op. cit., s. 63.)

<sup>38</sup> Tamtéž, s. 64.

<sup>39</sup> „*Daß der Mensch Rechtssubjekt, das heißt Subjekt von Rechten und Pflichten ist, bedeutet, wie im Vorhergehenden mit Nachdruck betont wurde, nichts anderes, als daß menschliches Verhalten Inhalt von Rechts-*

Legislativní řešení problému, o kterém se zmiňuje Kelsen, tak spočívá právě v tom, že se normativní text vůbec nebude zmiňovat o „substanci“ – tj. člověku, ale omezí se výlučně na to, co ona pomyslná substance ve skutečnosti je, tedy na povinnosti a práva. Po mém soudu není náhodou, že v § 7 ObčZ 1964 neříká, co **fyzická osoba** je, nýbrž jen to, kdy vzniká její způsobilost mít práva a povinnosti. Právě tím se vyhýbá definici kruhem, že osobě, kterou normativismus chápe jako povinnosti a práva, povinnosti a práva náležejí.

Obdobnou konstrukci jako v případě fyzických osob zvolil ObčZ 1964 i v případě **osob právnických**, když v § 18 stanovil, že „*způsobilost mít práva a povinnosti mají i právnické osoby.*“ I v tomto případě se ObčZ 1964 vyhnul tomu říci, co právnická osoba je a soustředil se pouze na to stanovit, že jí náleží způsobilost mít práva a povinnosti.

ObčZ 1964 tak jak v případě fyzické osoby, tak v případě právnické osoby ve skutečnosti vůbec nestanoví, co je fyzická nebo právnická osoba. Pouze jim přisuzuje právní způsobilost a eventuálně stanoví, co je důvodem jejího nabytí. Pravdou sice je, že socialistická právní věda se k právnímu normativismu nehlásila, to však po mém soudu nevylučuje, že právě normativistické pojetí osoby mohlo být inspirací pro tvůrce ObčZ 1964. Stejně tak je ale možné, že se jedná o náhodu. Ať už však byla inspirace tvůrců ObčZ 1964 jakákoliv, je jisté, že se pojmová vymezení osoby v ObčZ 1964 vyhnula pojetí osoby, která je chápána jako substance, již náleží práva a povinnosti jako její kvalita.

Jestliže se občanský zákoník z roku 2012 vrací k pojetí osoby tak, jak jej podával § 16 ABGB (s tím že „*vrozená práva člověka*“ nepoznávají Češi na rozdíl od Rakušanů pouze „rozumem“, nýbrž i „citem“), potom se ve skutečnosti vrací k tomu, co čistá právní věda kritizovala, k pojetí, které chápe povinnosti a práva jako substanci, jíž ovšem náleží povinnosti a práva jako její kvalita.

A to je i odpověď na otázku, jak ovlivnila čistá právní věda konstrukci osoby v českém právním řádu. Domnívám se, že čistá právní věda ovlivnila právě onu konstrukci osoby, která byla obsažena v občanském zákoníku z roku 1964. Po mém soudu lze dokonce tvrdit, že pojetí osoby v ObčZ 1964 bylo pojetí normativistické.

Český občanský zákoník z roku 2012 se však vrátil k takovému pojetí osoby, jaké podávala tradiční právní věda a které také kritizoval jak Hans Kelsen, tak František Weyr. Skutečnost, že platný a účinný občanský zákoník vychází z toho, že fyzická osoba je člověk a právnická osoba organizovaný útvar, by mohla naznačovat, že normativní konstrukce osoby byla v právním řádu ČR zcela opuštěna. Úplně tomu tak ale po mém soudu není.

V českém občanském zákoníku totiž nalézáme nejen spojení osoby se světem reality, tj. s člověkem v případě fyzické osoby a s organizovaným útvarem v případě osoby právnické, nýbrž i spojení osoby se světem normativním. Spojení se světem, kde osoba není ničím odlišným od povinností a práv, které se jí přiřítají. To plyne z § 17, který

---

*pfflichten und subjektiven Rechten ist, also dasselbe, wie daß ein Mensch Person ist oder Persönlichkeit hat. Was in beiden Fällen – der physischen wie der juristischen Person – tatsächlich vorliegt, sind menschliches Verhalten beinhaltende Rechtspflichten und subjektive Rechte, die eine Einheit bilden. Rechtsperson ist die Einheit eines Komplexes von Rechtspflichten und subjektiven Rechten. Da diese Rechtspflichten und subjektiven Rechte durch Rechtsnormen statuiert – richtiger: diese Rechtsnormen – sind, ist das Problem der Person in letzter Linie das Problem der Einheit eines Normenkomplexes.*“(KELSEN, H.: *Reine Rechtslehre*. Op. cit., s. 176–177.)

stanoví, že „(1) práva může mít a vykonávat jen osoba. Povinnost lze uložit jen osobě a jen vůči ní lze plnění povinnosti vymáhat. (2) Zřídí-li někdo právo nebo uloží-li povinnost tomu, co osobou není, přičte se právo nebo povinnost osobě, které podle povahy právního případu náleží.“

Domnívám se, že být osobou znamená v souladu s § 17 být bodem přičitatelnosti povinností a práv, které osobě náležejí. Obávám se však, že než o promyšlenou koncepci a vědomý příklon k normativnímu pojetí se jedná spíše o „náhodu“. Pokud by totiž ObčZ 2012 vycházel z toho, že osoba je pouhý abstraktní bod přičitatelnosti, potom by stěžejí mohl zároveň stanovit, že touto osobou je člověk.

## ZÁVĚR

**Pojem osoby byl v českém právu** legislativně vymezen celkem čtyřikrát – pokaždé trochu jinak. V zásadě však lze rozlišit dvě koncepce, na kterých bylo vymezení osoby v platném právu založeno. První z nich vychází z člověka, kterému náležejí práva a povinnosti. To je koncepce, kterou nalézáme v ABGB, ObčZ 1950 a potom zase znovu v občanském zákoníku, který je v ČR účinný od roku 2014. Druhou, odlišnou koncepcí nacházíme v ObčZ 1964, který při vymezení pojmu osoby nevychází z člověka, nýbrž ze způsobilosti mít práva a povinnosti, která nenáleží člověku, nýbrž fyzické nebo právnické osobě.

Způsobilost mít práva a povinnosti, tj. právní subjektivita (resp. právní osobnost) je také východiskem uvažování o osobě pro právní normativismus. Jak Kelsen, tak Weyr chápou osobu jako **abstraktní bod přičitatelnosti**, nositele subjektivních práv a povinností, který je personifikován tím, že je označen jako osoba. Osoba je však pojmově něco zcela jiného než člověk, její existence je pojmově spjata s povinnostmi a právy, které této osobě náležejí. Kromě těchto povinností a práv osoba žádnou existenci nemá, a právě tím se liší od člověka. Chování člověka je tak pouze obsahem právních norem. To ale neznamená, že chování člověka lze považovat za osobu. Chování, respektive jednání člověka totiž může být přičítáno různým osobám, které s člověkem, resp. fyzickou osobou vůbec nemusejí korespondovat – tj. zejména v případech tzv. právnických osob.

Jednou ze zásadních a důležitých odlišností právního normativismu od tradiční právní vědy je jeho **chápaní subjektivních práv**. Tradiční právní věda vychází z toho, že právní norma je obecná, což znamená, že se aplikuje na případy stejného druhu neurčeného počtu. Právě tím se liší od subjektivního práva, které je konkrétní, respektive individuální, což znamená, že se vztahuje pouze na jeden jediný konkrétní individuální případ.

Právní normativismus však nechápe odlišnost mezi tím, co je „obecné“, a tím, co je „individuální“, jako nepřekonatelný rozdíl. Naopak si všímá toho, co mají subjektivní právo a právní norma společného. Tím je nutnost splnit to, co má být, ať už je stanovena obecně, nebo individuálně. Z tohoto pohledu dává také logiku chápání subjektivního práva jako konkrétní (tj. individuální) a odvozené právní normy. Tím se také vysvětluje normativní koncepce osoby jakožto personifikace souboru právních norem. „Osoba“ tak

představuje pouhý pomocný pojem, který je ovšem důležitý pro poznání systematiky právního řádu.

Jestliže právní normativismus vychází z úvahy, že „osoba“ ve světě reality neexistuje a znamená pouhou personifikaci souboru právních norem, potom nemůže dávat logiku ani tvrzení, že osobě, jakožto souboru povinností a práv, náleží práva a povinnosti. Chce-li se zákonodárce vyrovnat s tímto problémem, potom se musí vyhnout tomu, aby řekl, co osoba je, zároveň a především však nesmí stanovit, že osobě náleží povinnosti a práva.

Právě takové vymezení osoby bylo možné nalézt v § 7 ObčZ 1964, který stanovil, že „*způsobilost fyzické osoby mít práva a povinnosti vzniká narozením.*“ Z tohoto ustanovení totiž neplyne nic jiného než to, že **být fyzickou osobou ve skutečnosti znamená způsobilost mít práva a povinnosti**, a kdy tato způsobilost vzniká. Obdobné koncepční východisko bylo zvoleno i v případě § 18 ObčZ 1964, pokud se týče právnických osob.

Z těchto důvodů se domnívám, že pojetí ObčZ 1964 (minimálně ve znění od roku 1991) bylo pojetím, které se vyrovnávalo s problémem souboru povinností a práv jakožto určité kvality, o které však zákon nikterak nestanovil, že se jedná o substanci (osobu), jíž tato kvalita náleží. Jestliže se tak občanský zákoník z roku 2012 navrátil k pojetí ABGB, potom proti tomuto pojetí lze vznášet stejné námitky, se kterými přišli Kelsen a Weyr a které byly po mém soudu uspokojivě vyřešeny koncepcí, na níž byl založen občanský zákoník z roku 1964.

doc. JUDr. Karel Beran, Ph.D.  
Univerzita Karlova, Právnická fakulta  
beran@prf.cuni.cz



## MERKLOVO OBECNÉ PRÁVO SPRÁVNÍ A POŠVÁŘOVY OBECNÉ POJMY SPRÁVNÍHO PRÁVA V KOMPARATIVNÍM POHLEDU

PAVEL MARŠÁLEK

**Abstract:** **General Administrative Law by Merkl and General Concepts of Administrative Law by Pošvář in a comparative view**

The paper compares two books: the celebrated General Administrative Law by Merkl and the half-forgotten General Concepts of Administrative Law by Pošvář. Their authors espouse normativism: As for Merkl, its Viennese branch; and Pošvář, the Brno branch. They do so undogmatically. Both works are up to a high standard, although Merkl's work has the character of a monograph and that of Pošvář is propaedeutic. Differences between them largely lie in their scope, thoroughness of treatment and circumstances in which they were written. Some differences of opinion are also noticeable. What matters is that these books can be used as a source of information and inspiration although the world and administrative studies have since covered a great distance.

**Keywords:** normativism, pure theory of law, administrative law, administrative studies, history of administrative studies

**Klíčová slova:** normativismus, ryzí nauka právní, správní právo, správní věda, dějiny správní vědy

**DOI:** 10.14712/23366478.2017.27

### I. SMYSL A HODNOTA KOMPARACE MERKLOVY A POŠVÁŘOVY PRÁCE

Habent sua fata libelli (knihy mají své osudy), napsal kdysi Terentianus Maurus. Narážel na to, že některé vstoupí do historie, jiné upadnou do zapomnutí. Vše v závislosti na tom, jak je přijmou čtenáři: zda je čtou nebo nikoli. Proč si nějaké dílo dobude proslulost a jiné skončí zapomenuto, bude asi záležitostí souhry více faktorů. Jisté je jedno. Spravedlnost v tom nehledejme. Z Terentianova díla se například připomíná jedině výše uvedený citát. Nic více.<sup>1</sup>

Ve svém příspěvku chci srovnat dvě práce, které se zabývají stejným tématem – obecným správním právem. První knihou je proslulé Merklovo Obecné právo správní,<sup>2</sup>

<sup>1</sup> *Moudrost věků. Lexikon latinských výroků, přísloví a rčení.* Praha, 1988, s. 223.

<sup>2</sup> MERKL, A.: *Allgemeines Verwaltungsrecht.* Wien – Berlin, 1927. Český překlad, s nímž jsem pracoval a na který odkazuji: MERKL, A.: *Obecné právo správní I–II.* Praha – Brno, 1931–1932. O autorovi této knihy viz SCHAMBECK, H.: Merkl, Adolf Julius. In *Neue Deutsche Biographie* 17 (1994), s. 157 f. (Onlinefassung); URL: <http://www.deutsche-biographie.de/pnd118581163.html>.

druhou pozapomenutě Pošvářovy *Obecné pojmy správního práva*.<sup>3</sup> První je úctyhodná monografie přeložená do mnoha jazyků, která ani dnes nesmí chybět v knihovně právního vědce. Druhá je drobným spiskem, spíše brožurou. Byla napsaná na sklonku druhé světové války bez možnosti použít ve větším rozsahu cizí literaturu a určená především studentům jako pomůcka po znovuootevření právnických fakult.

Každého pozorného čtenáře musí v souvislosti s takovým srovnáváním napadnout dvě otázky. Je taková komparace vůbec férová? A pak – co se tím vlastně získá? V odpovědi na první položený dotaz se nutně musí přiznat, že toto srovnání není příliš spravedlivé. Tyto dvě knihy nepatří a ani nemohou patřit do stejné „váhové kategorie“. Nicméně porovnat je může být v mnoha ohledech užitečné. V první řadě proto, že obě jsou silně ovlivněny normativismem, tedy směrem kritickým a tvůrčím, navíc každá se hlásí k jeho jiné větvi, a nakonec docházejí k zajímavým výsledkům. Za druhé z toho důvodu, že jejich prostřednictvím lze sledovat, jak normativistická stanoviska pronikala do administrativistiky a jak se přitom osvědčila.

## II. INSPIRACE A VÝCHODISKA SROVNÁVANÝCH KNIH

Už bylo řečeno, že společným ideovým východiskem obou zkoumaných prací je normativismus – Merklova kniha reprezentuje Vídeňskou ryzí nauku právní, Pošvářova kniha Brněnskou normativní právní teorii. Podívejme se tedy nyní ve stručném přehledu, co normativismus hlásal a o co mu v právní vědě šlo. Pozornost bude věnována styčným bodům obou jeho větví i tomu, co je rozdělovalo.

Normativismus se v právním myšlení a vědě etabloval v prvních desetiletích 20. století jako kritický směr a mohutně expandoval. Byl reakcí na nedostatky právního pozitivismu. Zároveň však byl v jistém smyslu jeho dovršením. Velice nesmlouvavě vystupoval proti přirozenoprávním naukám a také proti silicímu právněsociologickému směru. Oboje častoval výtkou nevědeckosti.<sup>4</sup>

Normativismus vybočil ze zaběhnutých kolejí právního myšlení hned ve dvou směrech. Snažil se dát právnímu myšlení pevný filozofický základ. Proto navazoval na některé interpretace I. Kanta. Usiloval rovněž o zvědečtění právního myšlení, které se podle něj utvářelo do té doby uzuálně nebo pod vlivem různých spekulací. Z toho důvodu se věnoval hlavně gnozeologii a metodologii, stejně jako analýze právních pojmů.<sup>5</sup>

Normativismus byl orientován v linii novokantovství scientisticky, antimetafyzicky a antiideologicky. Jeho scientismus se projevoval v tom, že chtěl zvědečtit právní vědu očistou jejího předmětu, metody i terminologie. Ta se měla zabývat pouze právem (tedy ničím metanormativním), a to metodou zbavenou neprávnických synkretismů, a měla pro-

<sup>3</sup> POŠVÁŘ, J.: *Obecné pojmy správního práva*. Brno, 1946. K osobě a dílu tohoto autora viz např. VOJÁČEK, L.: Jaroslav Pošvář. In SKŘEJPKOVÁ, P. (ed.): *Antologie československé právní vědy v meziválečném období (1918–1938)*. Praha, 2009, s. 472–475.

<sup>4</sup> Přehledně WEYR, F.: *Úvod do studia právnického (normativní teorie)*. Brno, 1946, s. 33 an., 40 an.

<sup>5</sup> Stačí nahlédnout do základních prací normativistů – např. KELSEN, H.: *Ryzí nauka právní. Metoda a základní pojmy*. Brno – Praha, 1933. KELSEN, H.: *Základy obecné teorie státní*. Brno, 1926. WEYR, F.: *Základy filosofie právní (nauka o poznávání právnickém)*. Brno, 1920. WEYR, F.: *Teorie práva*. Brno – Praha, 1936.



vést patřičnou „inventuru“ své terminologie. Antimetafyzický postoj spočíval v jeho odmítnutí řešit problém přirozeného práva a absolutní spravedlnosti. Antiideologické zaměření dával normativismus najevo zavrhováním vlivu ideologie na právo.<sup>6</sup>

Tuto svoji základní orientaci postavenou na Kantově učení, na dualismu bytí a mětí, poznání a chtění rozvíjely obě větve normativismu v gnozeologických a metodologických úvahách, v rozpracování stupňovité a dynamické koncepce práva, při strukturální analýze práva, jakož i při rozborech právní terminologie. Vedle značných překryvů však existovaly mezi oběma větvemi normativismu některé rozdíly. Brněnská škola navazovala na Kantovo učení v interpretaci Arthura Schoppenhauera, vídeňská pak v interpretaci marburské školy, zvláště Hermanna Cohena. Diference se týkaly pojetí právních norem, koncepce ohniska stupňovitě uspořádaného právního řádu i některých dílčích stanovisek ve věci interpretace práva a existence mezer v právu.<sup>7</sup>

Normativismus nebyl právní vědou ani představiteli ostatních společenských věd přijat jednoznačně. Odborná veřejnost se roztoupila na jeho nadšené stoupence a zaryté odpůrce. Ti mu vyčítali přílišnou abstraktnost, logicismus, ignorování společenských kořenů práva a terminologické experimenty (tedy nadřazení povinností právům, odstranění klasických dualismů v právu, pohlcení aplikace práva tvorbou práva a rozlišování norem obecných a konkrétních). Nicméně normativismu nelze upřít, že posunul dále výzkum struktury práva a neotřele se podíval na běžně uznávané pravdy. Sympaticky dodnes působí jeho antiideologický postoj, který byl kritikou podřízení práva ideologii v totalitních režimech.<sup>8</sup>

Toto vše připomenout bylo nezbytné hlavně z důvodů srozumitelnosti dalšího výkladu. Pohlédneme-li přímo do zkoumaných knih, zjistíme, že míra návaznosti na normativistické paradigma je v nich odlišná. I když se Merkl v zásadě drží stanovisek Vídeňské ryzí nauky právní, místy s Kelsenem neváhá polemizovat a také již na samotném začátku práce deklaruje snahu vyhybat se „překotným novotám“.<sup>9</sup> V předmluvě naznačuje, že navazuje na práce své i cizí.

Pošvár nezastírá svou příslušnost ke škole Brněnské normativní právní teorie, současně však připomíná, že tato škola budující „základy právníckého myšlení narážela na četné filosofické problémy“. V souvislosti s tím pojmenovává jednu z jejích hlavních metodologických slabín: „Stačí uvědomiti si, že ryze juristické (normativní) hledisko je hlediskem formálním, které k obsahu přihlíží jen jako k náplni formy. Je hlediskem statickým, možno říci interpretačním. Poněvadž však nestačí k vyřešení různých otázek (nazývaných metajuristické – P. M.) ... je nutno použití ještě hledisek obsahových, jako hlediska de lege ferenda a hlediska dynamického (de lege applicata). Je ovšem bezpodmínečně nutno zachovávatí přesně hranice všech těchto hledisek...“<sup>10</sup> Z těchto jeho slov je patrné, že si dobře uvědomoval problém metodologické redukce, s nímž se normati-

<sup>6</sup> Viz BOGUSZAK, J.: Zásluhy a neúspěchy normativní teorie. In *Místo normativní teorie v soudobém právním myšlení*. Brno, 2003, s. 22.

<sup>7</sup> Blíže KUBEŠ, V.: Brněnská škola ryzí nauky právní. In WEINBERGER, O. – KUBEŠ, V. (eds.): *Brněnská škola právní teorie (normativní teorie)*. Praha, 2003, s. 10.

<sup>8</sup> K tomu důkladně PINZ, J.: Normativní teorie – splendídní soustava právního myšlení. In *Místo normativní teorie...*, s. 29 a 33 an.

<sup>9</sup> MERKL, *Obecné právo správní I...*, s. 1.

<sup>10</sup> POŠVÁR, *Obecné pojmy...*, s. 8.

vismus potýkal. Věděl rovněž, že jeho vyřešení vyústí v popření postulátu ryzosti, tedy v opuštění jednoho ze základních východisek normativismu. V rámci možnosti se pak Pošvář snaží tohoto nedostatku vyvarovat, i když ne vždy úplně čistě. Dokládá to první část jeho práce nazvaná O právu.

Míra návaznosti na základní východiska normativismu je v obou spisech patrná v obecných i speciálních tématech. Prozatím se soustředíme na témata nejobecnější, speciálnější záležitosti přijdou na řadu později. Zajímat nás bude, jak obě práce definují stát a právo.

Podle Merkla je stát v nejobecnějším smyslu kvalifikovanou organizací, totiž právní organizací. Jde o souhrn orgánů uskutečňujících právní řád. Stát však nezतोžňuje s právním řádem jako Kelsen. Tvrdí jen, že stát a právní řád jsou nerozlučitelné. Nekryjí se, ale jsou na sobě závislé. Právo chápe jako souhrn všech právních pravidel (norem) donucovací povahy, jako stupňovitě uspořádaný právní řád. V tomto směru se od Kelsena neliší.<sup>11</sup>

Zajímavé jsou některé jeho názory upřesňující pojem a funkci státu. Zdůrazňuje, že stát je v činnosti udržován centrálním fondem, který čerpá své příjmy ze zvláštních právně upravených zdrojů (definice státu v užším smyslu)<sup>12</sup> a že je protipólem samosprávy (definice státu v nejužším smyslu).<sup>13</sup> Z funkcionálního hlediska nahlíží na stát jako na prostředek k plnění jakýchkoli sociálních účelů.<sup>14</sup>

Pošvář věnuje pojmu práva daleko větší prostor než Merkl. Obecnými výklady o právu jeho kniha začíná, zatímco Merkl se pojmy práva a státu zabývá na pozadí správní problematiky. Právo vymezuje Pošvář jako „řád upravující určité vzájemné vztahy jednotlivců v určitém společenském celku“. Tomuto řádu přiřítá několik podstatných vlastností: regulativnost zajištěnou normami, hierarchičnost, trvalost opírající se hlavně o sankce, platnost a uznání ze strany podřízených subjektů. Toto je právo v obecném, objektivním a formálním smyslu (právní řád *de lege lata*). Od něj je třeba odlišovat oprávnění – právo v konkrétním, subjektivním a obsahovém smyslu (právní řád *de lege applicata*). Oprávnění pojímá jako rub plnění povinností.<sup>15</sup> Jak je vidět na první pohled, Pošvář se od názorů Brněnské normativní právní teorie, reprezentované v první řadě F. Weyrem, poněkud odchyluje a jde vlastní cestou – ve směru výše uvedené kritiky. Naopak víceméně recipuje argumenty brněnských normativistů proti rozlišování soukromého a veřejného práva. Poukazuje na nepřesnost běžných způsobů rozlišování, na relativitu rozdílů mezi těmito oblastmi práva. Uzavírá, že rozdíl mezi soukromým a veřejným právem asi nejlépe vyjadřuje jurisdikce: v soukromoprávních věcech rozhoduje soud, ve veřejnoprávních věcech správa. Vedle toho zohledňuje, jak v dané oblasti vzniká právo – v soukromém právu autonomně, ve veřejném heteronomně.<sup>16</sup>

<sup>11</sup> MERKL, *Obecné právo správní II...*, s. 130 an.

<sup>12</sup> Tamtéž, s. 134.

<sup>13</sup> Tamtéž, s. 145.

<sup>14</sup> Tamtéž, s. 133.

<sup>15</sup> POŠVÁŘ, *Obecné pojmy...*, s. 7 an.

<sup>16</sup> Tamtéž, s. 18 an.

O státu píše Pošvář jen jako o jediném a hlavním subjektu veřejné správy, ostatní subjekty veřejné správy od něj odvozují svoji subjektivitu.<sup>17</sup> Bližší analýzu této instituce v knize nepodává.

### III. SPRÁVNĚPRÁVNÍ PROBLEMATIKA V MERKLOVĚ A POŠVÁŘOVĚ KNIZE

Přejdeme k správněprávní problematice, jíž se obě knihy zabývají především. Merklovo dílo je bez diskuze tematicky i zpracováním komplexnější. Pokrývá veškerá podstatná témata týkající se teoretických základů správního práva. Zaměřuje se na základní pojmy nauky o správním právu, právní řád správy, formy správní činnosti, obsah správní činnosti, organizaci správy a kontrolu správy.

Pošvářova kniha je o poznání skromnější – jak výběrem témat, tak co do zpracování. Po části první věnované obecným výkladům o právu následuje část druhá zabývající se správou a část třetí zacílená na správní právo. Zatímco Merklova práce má ráz monografický, Pošvářova vykazuje charakter propedeutický. Nehledě na to i Pošvářova kniha zaujme zařazením některých subkapitol povahy právněteoretické – interpretace a aplikace správního práva, meze platnosti správního práva.

Východiskem obou knih je definice správy. Merkl se drží většinového názoru, který ztotožňuje správu s hospodářstvím, resp. podřazuje hospodářskou činnost správě. Tomu Pošvář oponuje. Tvrdí, že „hospodářství je sice správa, avšak každá správa není hospodářství“. Správa je podle něj „prostředkem, formou, jíž se hospodářství provádí“. Domnívá se, že správa není pojmem hospodářským, ale správně-politickým. Jde o činnost spojující v sobě prvek právní (podřízenost právu) a účelový (sleduje záměrné dosažení nějakého cíle).<sup>18</sup> V rozlišování na správu soukromou a veřejnou vládne shoda. Pošvář výstižně definuje rozdíl mezi nimi: první se vyznačuje autonomií a menší vázaností právem, druhá heteronomií a větší vázaností právem, jakož i tvorbou sekundárních norem.<sup>19</sup>

Veřejnou správu vymezují oba autoři prakticky stejně – na bázi formální a negativní definice: vše, co obstarává stát mimo zákonodárství a justice. Rozhraničení zákonodárství a správy je relativní, stejně jako rozlišení tvorby a aplikace práva. Zákonodárství se jeví jako výkon ústavy, správa jako výkon zákonů. Rozdíl mezi správou a justicí je větší: ve funkcích a orgánech. Justice je nalézáním práva osobami, které jsou relativně nezávislé, správa spočívá ve výkoně činnosti orgánů, které nejsou nezávislé. Společně jsou správa a justice výkonem zákonů, jsou tedy protipólem zákonodárství, a dochází v nich k vydávání sekundárních aktů (mnohdy konkrétních).

I když oba autoři používají stejných nebo podobných argumentů, Pošvář více sází na formální rozlišování mezi správou a ostatními složkami státní moci. K materiálním rozdílům doporučuje přihlížet subsidiárně.<sup>20</sup> Merklův pohled je samozřejmě hlubší –

<sup>17</sup> Tamtéž, s. 36.

<sup>18</sup> Tamtéž, s. 24 an.

<sup>19</sup> Tamtéž, s. 26 an.

<sup>20</sup> MERKL, *Obecné právo správní I...*, s. 3 an. POŠVÁŘ, *Obecné pojmy...*, s. 31 an.

zabývá se i rozdílem mezi správou a vládou. Tu také podřizuje zákonům, nechápe ji jako činnost nevázanou, ale jako souhrn správních funkcí nejvyšších správních orgánů.<sup>21</sup> Důkladný je i jeho výklad o hlavních dějinných typech správy. Sleduje hlavně posun od policejního absolutistického státu nevázaného zákony (tedy státu bez správního práva) k modernímu právnímu státu podřízenému zákonům (tedy státu se správním právem). Ten existuje ve dvou variantách: justiční stát, kompetenčně upřednostňující justici, a správní stát, dávající přednost správě. Pozornost věnuje též modernímu policejnímu státu v radikálních demokraciích a extrémních oligarchiích.<sup>22</sup>

Výklad o rozdělení veřejné správy je u obou autorů kompatibilní. Oba vycházejí z klasického rozlišování správy na vnitřní, zahraniční, vojenskou, finanční a justiční a ukazují jejich překryvy. Poukazují také na historické proměny pojmu policie: od všezahrnující správní činnosti k bezpečnostní složce.<sup>23</sup> Další rozlišení, kterému se obě práce věnují, je dělení na státní správu a samosprávu. Shodně připomínají některé organizační a funkční rozdíly mezi nimi: ve státní správě převažuje princip monokratického rozhodování, jmenování při obsazování funkcí, centralizace a princip byrokratický, v samosprávě pak princip kolegiálního rozhodování, volební, decentralizační a účasti občanstva.<sup>24</sup>

Merkel se navíc zabývá vztahem správy a státní formy. Výrazem demokracie ve správě je kolegiální rozhodování, obsazování funkcí volbou a samospráva. Autokracie se ve správě projevuje monokratickým rozhodováním a jmenovacím principem. Demokratická správa se vyznačuje větší pružností, přizpůsobivostí, ale také nepřesnou aplikací zákonů, nadvládou politiků odtržených od národa a politizací správy. Autokratickou správu sice zdobí přesnější aplikace zákonů, naproti tomu ji zatěžuje odcizenost životu a nebezpečí byrokratismu. Pro demokracii je podle Merkla nejdůležitější důsledně provádění zákonů, parlament by také neměl rozhodovat proti vůli lidu. I v demokracii je autokratický prvek ve správě nutný a svým způsobem prospěšný.<sup>25</sup>

Stejně jako správě věnují se oba spisy i správnímu právu a jeho aplikaci. Podle Merkla je správa funkcí správního práva.<sup>26</sup> Podrobně se zabývá jeho prameny. Rozhodující význam přiřítá zákonům (zásada přednosti zákona), zmiňuje i expanzi mezinárodního práva do práva vnitrostátního. Správní praxi může podstatně ovlivnit i správní a soudní obyčej.<sup>27</sup> Za druhý nejvýznamnější pramen správního práva po zákonu ale pokládá nařízení. Dělí je na právní a správní. Připomíná rovněž specifika správního práva – to, že pro rozsah, různorodost a nutnost pružnosti není (s výjimkou správního procesu) kodifikováno<sup>28</sup> a že se vyznačuje širokou mírou uvážení. Tyto jeho vlastnosti staví do částečného protikladu s justičním právem. Rozdíl mezi nimi se podle něj vy-

<sup>21</sup> MERKL, *Obecné právo správní I...*, s. 47 an.

<sup>22</sup> Tamtéž, s. 64 an.

<sup>23</sup> MERKL, *Obecné právo správní II...*, s. 59 an. POŠVÁŘ, *Obecné pojmy...*, s. 43 an.

<sup>24</sup> MERKL, *Obecné právo správní II...*, s. 150 an., 188 an. POŠVÁŘ, *Obecné pojmy...*, s. 50 an.

<sup>25</sup> MERKL, *Obecné právo správní II...*, s. 177 an.

<sup>26</sup> MERKL, *Obecné právo správní I...*, s. 95 an.

<sup>27</sup> Tamtéž, s. 104 an.

<sup>28</sup> Tamtéž, s. 128 an.

rovnává teprve postupně.<sup>29</sup> Názory Pošváře se od Merklových nijak podstatně neliší, až na to, že vše konfrontuje s právovědou francouzskou a italskou.<sup>30</sup>

Správní právo je částí stupňovitě uspořádaného právního řádu. Reguluje organizaci a činnost veřejné správy (státu a dalších odvozených subjektů veřejné správy – veřejno-právních korporací, podniků a ústavů), jakož i veřejné subjektivní povinnosti a práva.<sup>31</sup> Podle Merkla by správa bez správního práva nemohla existovat. Při své činnosti se musí pohybovat v zákonných mezích.<sup>32</sup> To platí pro akty právotvorné (nařízení i rozhodnutí) i exekutivní. Opak zakládá nicotnost nebo odporovatelnost. Merkl je pro striktní přístup, protože přehlížení vad nebo jejich zhojení podvrací právo.<sup>33</sup> Právní moc přísluší jen aktům bezvadným.<sup>34</sup> Ani zde se Pošvářovy závěry od Merklových mnoho neliší, jen zohledňují existenci ještě jiné literatury než německé a rakouské.<sup>35</sup>

V samostatných kapitolách je v obou knihách pojednáno o správním řízení, o správním právu trestním a správní exekuci. Většinou autorům jde o nalezení shod a rozdílů s řízením před soudy, resp. se soudním trestáním a vynucováním povinností. Konstatováno je zmenšování rozdílů mezi správou a justicí a větší operativnost správy.<sup>36</sup> Rozdíl mezi správním a soudním právem trestním je shledán nejprve jen v kompetenci, pak i v zavinění a trestech.<sup>37</sup> Výklad o správním právu trestním a správní exekuci potvrzuje sankční a donucovací povahu správního práva.<sup>38</sup>

Závěr Merklova díla je věnován kontrole správy. Tato kapitola však u Pošváře zcela chybí. Prostředky kontroly správy jsou rozlišovány na imanentní a transcendentní. Posledně jmenované Merkl dělí na politické, účetní a právní.<sup>39</sup> Těžiště výkladu se pak týká správního soudnictví.

## ZÁVĚR

Ve svém příspěvku jsem se pokusil srovnat dvě knihy: proslulé Merklovo Obecné právo správní a pozapomenuté Pošvářovy Obecné pojmy správního práva. Má-li se celá komparace shrnout, nezbyvá než konstatovat, že obě práce mají vysokou úroveň a plně vyhovovaly účelům, kvůli nimž vznikly. Rozdílů mezi nimi jsou dané hlavně jejich rozsahem, důkladností zpracování a okolnostmi, za kterých byly napsány. Z hlediska obsahového lze zaznamenat některé názorové neshody. Společně však měly normativistické východisko, které následovaly nedogmaticky. I dnes mohou být zdrojem poučení a inspirace, přestože je svět a správní věda o mnoho dále.<sup>40</sup>

<sup>29</sup> Tamtéž, s. 150 an.

<sup>30</sup> POŠVÁŘ, *Obecné pojmy...*, s. 60 an.

<sup>31</sup> Tamtéž, s. 36 an. MERKL, *Obecné právo správní I...*, s. 138 an.

<sup>32</sup> MERKL, *Obecné právo správní I...*, s. 171.

<sup>33</sup> MERKL, *Obecné právo správní II...*, s. 22 an.

<sup>34</sup> Tamtéž, s. 46.

<sup>35</sup> POŠVÁŘ, *Obecné pojmy...*, s. 74 an.

<sup>36</sup> MERKL, *Obecné právo správní II...*, s. 51 an.

<sup>37</sup> Tamtéž, s. 108 an.

<sup>38</sup> Tamtéž, s. 117. POŠVÁŘ, *Obecné pojmy...*, s. 94 an.

<sup>39</sup> MERKL, *Obecné právo správní II...*, s. 208 an.

<sup>40</sup> K tomu viz např. POMAHAČ, R.: *Základy teorie veřejné správy*. Plzeň, 2011.

Nadčasovost obou knih plyne z kritického přístupu autorů a z jejich schopnosti vy-  
pořádat se s nástrahami zpracování správního práva. Ty popsal v jedné ze svých publi-  
kací čelný představitel brněnského normativismu F. Weyr.<sup>41</sup> První komplikací správního  
práva je neuvěřitelný rozsah správní materie a její různorodost, jakož i proměnlivost.  
To nejen problematizuje zobecnění, ale i takřka vylučuje zvládnutí celého tohoto právního  
odvětví jedním člověkem. Druhým úskalím je vztah mezi správním a ústavním  
právem, které od sebe nejsou zcela odděleny. Ústavní právo se týká základních zásad  
činnosti státu a ostatních veřejnoprávních korporací, správní právo stanoví podrobná  
pravidla fungování těchto celků. Jde o to nalézt mezi těmito vrstvami právního řádu  
při výkladu vyvážený poměr. Třetím momentem ztěžujícím zpracování jsou přesahy  
správního práva do ostatních odvětví právního řádu a sklon některých správněprávních  
agend stát se samostatným právním odvětvím, což správní právo nežádoucím způso-  
bem oslabuje a celé právo partikularizuje. Nicméně tyto těžkosti autorům nezabránily  
provést zamýšlenou syntézu správněprávní problematiky. Spíše asi působily jako výzva  
k jejímu vykonání.

I když skutečnou proslulost a vliv na další vývoj právního myšlení a vědy mělo jen  
dílo Merklovo, ani Pošvářovu práci nelze podceňovat – alespoň u nás ne.<sup>42</sup> Merklova  
kniha měla kromě příznivců také více oponentů a kritiků. Významný český administ-  
rativista J. Hoetzel na její adresu jízlivě poznamenal, že byla zvláště u nás přeceněna.<sup>43</sup>  
Od důsledného stoupence klasického právního pozitivismu a předního odpůrce norma-  
tivismu ale nebylo možné očekávat nic jiného.

Doc. JUDr. PhDr. Pavel Maršálek, Ph.D.  
Univerzita Karlova, Právnická fakulta  
marsalep@prf.cuni.cz

---

<sup>41</sup> WEYR, F.: *Československé právo správní. Část obecná*. Brno, 1922, s. 3 an.

<sup>42</sup> Viz MIKULE, V.: *Správní právo v českých zemích (curriculum vitae)*. In *Právnická fakulta Univerzity Karlovy 1348–1998*. Praha, 1998, s. 88 an.

<sup>43</sup> HOETZEL, J.: *Československé správní právo. Část všeobecná*. Praha, 1937, s. 70.

## HANS Kelsen NA PRAHU 21. STOLETÍ

HERBERT SCHAMBECK

**Abstract:** **Hans Kelsen at the beginning of the 21st Century**

Hans Kelsen (1881–1972) led a long and diverse life – he was born into the multinational Austrian empire, experienced several political regimes, both democracy and totalitarianism, and he lectured on several universities in Europe (on the German University of Prague, among others) and in the USA. In a way, Kelsen's body of work reflects his life, it is just as rich, reaching from the theory of law to the constitutional and international law. In the legal theory, Kelsen hoped to create 'pure' – objective, exact and value-neutral – theory of law, unburdened by psychology, sociology or political theory. The aim of the legal theory should be to describe and analyse applicable law, not to concern itself with law as it should be – the latter should be left to 'legal politics' and has no place in the pure theory. Kelsen's hierarchical theory of norms (originally created by his pupil Merkl), which states that all national legal rules are part of one hierarchical structure, with higher norms having derogatory power over lower norms and the constitutional law on the top of the structure governing the procedure for the creation of all positive law within the state. As for international law, Kelsen promoted the existence of international courts as bodies to maintain international peace. These ideas, as well as his other theories, shows that Kelsen was truly 'a man standing outside one specific era', whose work is relevant to this date.

**Keywords:** Hans Kelsen, theory of law, hierarchical theory of norms, derogatory power, international courts, constitutional law, European law

**Klíčová slova:** Hans Kelsen, teorie práva, stupňovitá teorie norem, dvojazyčná síla, mezinárodní soudy, ústavní právo, evropské právo

**DOI:** 10.14712/23366478.2017.28

Osobnosti jsou průvodci času a tvoří epochy, pro jejichž pochopení je nutná diskuse. Takovou osobností stojící mimo rámec jedné konkrétní epochy byl bezesporu Hans Kelsen.

### I. ŽIVOT HANSE KELSENA

Vzpomenout na Hanse Kelsena zde v Praze a zabývat se tu jeho učením je s ohledem na jeho životní pouť, k jejímž výzkumu velmi přispěl Dr. Peter Kreuz, po zásluze velmi pozoruhodné! V Praze se Kelsen v roce 1881 narodil jako syn Adolfa Kelsena a jeho ženy Auguste; zatímco jeho otec zemřel již v roce 1907, jeho matku čekal delší a také osudovější život trávající bezmála 90 let. Vzpomenout na něj i na ni bylo pro mne důvodem, abych přicestoval již v roce 2013, kdy jsme si připomínali 40. výročí úmrtí Hanse Kelsena, sem do Prahy. Zde jsem bohužel musel konstatovat, že na jeho



rodném domě nevisí žádná pamětní deska, která by na tak významný fakt upozorňovala, protože jsem se za významné a chvályhodné pomoci velvyslance Rakouska pana Dr. Ferdinanda Trauttmannsdorffa přičinil o její umístění.

Výhotovení této pamětní desky umožnila v roce 2013 finanční podpora honorárního konzula pana Mag. Petera Königa, pamětní deska však byla překvapivě odcizena a její náhradu se podařilo získat díky rakouskému ministru spravedlnosti Univ.-Prof. Dr. Wolfgangu Brandstetterovi.

Hans Kelsen zemřel v roce 1973 ve vysokém věku 92 let v Berkeley, jen několik měsíců po své manželce Margarete, rozené Bondi; oba následovali příklad svých bývalých vídeňských kolegů Alberta Ehrenzweiga a jeho manželky a nechali se zpopelnit a svůj popel rozptýlit do Pacifiku.

Nevěděli, že jsme s bývalým rakouským ministrem spravedlnosti Dr. Christianem Brodou, který se s Kelsenem přátelil už v jeho mládí, projednávali možnost jejich pohřbu do čestných hrobů na vídeňském centrálním hřbitově a plánovali jsme společně tuto poctu také pro oba spolutvůrce vídeňské právně-teoretické školy, Adolfa Merkla a Alfreda Verdrosse; nakonec však bylo možné na čestné místo posledního odpočinku ve Vídni uložit jen Adolfa Merkla v roce 1970 a jeho ženu Dr. Edith Merkl v roce 1984. V případě Verdrosse to možné nebylo, v roce 1980 byl po delším pobytu v nemocnici v Innsbrucku v souladu se svým dříve vyjádřeným přáním pohřben u svých rodičů tamtéž; ti, jichž se tento záměr týkal, o něm neměli samozřejmě ponětí.

Jakkoliv zůstal Kelsen se svým učením v právním myšlení 20. a 21. století stále přítomen, nestalo se tak bohužel s místem jeho posledního odpočinku.

Tragické aspekty provázely i návrat jeho matky domů, když s dcerou Gabriele a jejím manželem utekla před nacistickým režimem do slovinského Bledu, kde v roce 1950 ve vysokém věku zemřela a byla pohřbena anonymně do hromadného hrobu, který nenesl její jméno, ale byl označen jen Davidovou hvězdou. Zemřelí nežidovského původu byli později do tohoto hrobu pohřbíváni s uvedením jména.

Na mou žádost tehdejší rakouský velvyslanec ve Slovinsku Dr. Erwin Kubesch a starosta Bledu prof. Janez Fajfar tento hromadný hrob, do něhož byla paní Auguste Kelsen pohřbena, v roce 2009 objevili. Poté, co jsem osobně toto místo posledního odpočinku navštívil, inicioval jsem zřízení pomníku s uvedením jména paní Kelsen i jejího syna Hanse a také jsem jeho zřízení finančně podpořil.

Když se paní Kelsen v Bledu ptali, zda je pravda, že jedním z jejích čtyř dětí je syn, který je právníkem, odpovídala, že ano, a říkala: Je prý významný!

Tento Kelsenův význam vychází z jeho více než devět desítek let dlouhého života, v němž měl možnost zažít v Rakousku různé státní formy, pluralitu národů, světonázorů a ideologií v politice, v mezních situacích svého života pak změny svého působitě na katedrách v Evropě i mimo ni a v neposlední řadě také dvě světové války.

V této proměnlivé době vytvořil Hans Kelsen se svými zkušenostmi ze života, který začal v končícím 19. století a trval více než sedm desetiletí ve století 20., svou právní nauku, která vycházela z řádu jediného státu někdejší habsburské monarchie, kde součástí státu, který se nazýval „Království a země na říšské radě zastoupené“, byly Čechy a Morava, a která sahala až k celosvětově organizovanému společenství států ve formě Organizace spojených národů; práce, které sahaly od spolkového ústavního zákona

nově vzniklé Rakouské republiky z roku 1920, u níž byl významným tvůrcem, až k jeho komentáři k Chartě OSN v roce 1950. Když jsem v roce 1979 navštívil Nové Dillí, řekl mi zástupce indického parlamentu, že Rakousko je pro něj spojeno s Hansem Kelsenem, protože při své účasti na Valném shromáždění OSN vždy používá jeho komentář.

## II. PRÁVNÍ NAUKA HANSE KELSENA

Právní nauku vypracovával Hans Kelsen kontinuálně, jednak vycházející z plurality veřejného života rakouské habsburské monarchie, přes státní právo k mezinárodnímu právu veřejnému a jednak se svou ryzí naukou právní jako teorií pozitivního práva.

Mohlo by se zdát, že výraz „teorie pozitivního práva“ nedefinuje explicitně výlučnost a jedinečnost jediné teorie, tedy že by zdánlivě mohl považovat za možnou i existenci jiných teorií; v jejím vztahu k „pozitivnímu právu“ chce Kelsen zřetelně vyloučit jakýkoliv vztah k právu přirozenému. Jeho snahou bylo, jak konstatuje v 1. vydání „Ryzí nauky právní“, „vytvořit čistou, tedy od veškeré politické ideologie a všech prvků přírodních věd očištěnou právní teorii – vědom si její osobitosti plynoucí z autonomie jejího předmětu rozvíjet tendence zaměřené výhradně na poznání práva a jejich výsledky co možná nejvíce přiblížit ideálu všech věd, objektivitě a exaktnosti.“ Kritizuje, že tomu v případě tradiční právní nauky tak není: „Zcela nekriticky se jurisprudence smísila s psychologií a sociologií, s etikou a politickou teorií.“ Kelsen chce svou ryzí naukou právní ze státního zřízení eliminovat všechno, co nelze zahrnout pod pozitivní právo. Kelsena pro jeho právní teorii zajímá jen platné právo, tj. právo, které je platné a ne takové, jaké by mohlo být; posledně jmenované patří k právní politice a on jej od ryzí nauky právní odděluje.

Kelsen vychází v této své právně pozitivistické a hodnotově neutrální právní nauce z oddělení toho, co je (*Sein*), a toho, co má být (*Sollen*), a z fiktivního obsahu prosté základní normy, která konstituuje určitý řád právních norem, které slouží stejně jako stupňovitá výstavba právního řádu a stejně jako hierarchické uspořádání pozitivně-právní stupňovitě výstavby k ústavní konkretizaci.

Tuto nauku o stupňovitém uspořádání právního řádu uvádí Kelsen poprvé v 1. vydání své knihy „Ryzí nauka právní“, která vyšla v roce 1934 ve Vídni, ta však nepochází originálně od něj, ale od jeho žáka, mého učitele Adolfa Merkla, který tuto nauku o stupňovitém uspořádání právního řádu vyvinul už o mnoho let dříve. Merkl ji uvedl již ve svých pojednáních v roce 1917 „Das doppelte Rechtsantlitz“ a v roce 1918 „Das Recht im Lichte seiner Anwendung“ a rozvedl ji podrobněji v roce 1931 ve svém příspěvku k prvnímu jubilejnímu sborníku pro Kelsena, v němž Merkl publikoval základní příspěvek o „Prolegomena einer Theorie des rechtlichen Stufenbaues“. Nadto už v roce 1927 začlenil Merkl ve svém díle „Allgemeines Verwaltungsrecht“, které se stalo klasikou, nauku o stupňovitém uspořádání právního řádu do svého právního systému. Na této cestě jej jeho učitel Kelsen následoval. Převzetím nauky o stupňovitém uspořádání právního řádu od Merkla Kelsen svou nauku dynamizoval a propůjčil jí tak ve vztahu k životní realitě své právní teorie obzvláštní sílu.

Jako takové stupně ve výstavbě právního řádu lze uvést ústavní zákon, běžné zákony a nařízení, jako posloupnost všeobecně abstraktních norem, po nichž následují individuální konkrétní normy, správní akty a soudní rozsudky.

Pořadí v tomto stupňovitě uspořádání samém se určuje přesně podle jeho derogace síly. Norma s vyšším pořadím deroguje normu v nižším pořadí a v rámci téhož pořadí deroguje pozdější norma normu dřívější. Vytvoření a další rozvoj svého pozitivního práva řídí stát sám. Takové pozitivní právo může vzniknout jen tehdy, pokud bude dodržena každá podmínka stanovená pro proces jeho vytvoření v ústavě samé. Tímto způsobem se dostává Kelsen ke své známé nauce o identitě státu a práva.

Se svou ryzí naukou právní umožnil Hans Kelsen anatomii pozitivního práva pro každý stát a našel tím i širokou odezvu, která byla patrná v publikacích a nabídkách z univerzit, v roce 1930 do Kolína nad Rýnem, po sesazení nacistickým režimem v roce 1933 do Ženevy a v roce 1935 i s doporučením prezidenta Tomáše Masaryka na Německou univerzitu v Praze.

### III. STADIA V AKADEMICKÉM ŽIVOTĚ HANSE KELSENA

Doba strávená na Německé univerzitě v Praze nebyla pro Kelsena šťastná, protože byl jako žid napadán nacistickým studenty na svých přednáškách a čeští nacionalisté mu zase nadávali do „pangermánských agentů“, „protože se po první světové válce vyslovil pro připojení Rakouska k tehdejšímu Německu“.

Kelsenova akademická přítomnost v Praze neměla dlouhého trvání, protože po mnichovské dohodě požádal Kelsen dopisem z 10. října 1938 děkana Ernsta Hoyera o zproštění vyučovacích povinností. Zimní semestr 1937/38 tak byl posledním Kelsenovým semestrem v Praze, protože si pro plnění svých úkolů v Ženevě vzal volno a na podzim 1938 se Československo podrobilo mnichovskému diktátu a poměry v republice se změnily. Když v roce 1939 vypukla druhá světová válka, přestal se Kelsen se svou rodinou cítit v bezpečí a rozhodl se opustit Evropu a odecestovat do USA, aniž by tam měl dojednáno jakékoliv pevné zaměstnání. Ve své autobiografii k tomu uvedl následující: „Jen s těžkým srdcem jsem se svou ženou opouštěl v červnu 1940 Ženevu, kde jsem sedm let uspokojivě pracoval v ideálním prostředí, abych ve věku téměř 60 let započal svou akademickou dráhu opět od začátku, nadto v zemi, jejíž jazyk jsem jen velmi nedokonale ovládal.“ Nalodil se se svou manželkou Margarete 10. června 1940 na „S. S. Washington“ v Lisabonu a 21. června 1940 přistáli v New Yorku. V roce 1978 mi na Brazílské akademii věd v Rio de Janeiro vyprávěl poslední premiér Portugalska Salazarovy éry žijící v exilu, profesor správního práva na univerzitě Coimbra Marcello Caetano, že to byl právě on, kdo manželům Kelsenovým tuto plavbu na tehdy poslední lodi umožnil.

Po svém příjezdu do USA čelil Kelsen různým obtížím: jednak proto, že pro něj „nebylo snadné“ se přeorientovat na angličtinu, protože anglicky sice „uměl číst, ale stěží mluvit a psát“; a jednak proto, že pro něj bylo obtížné nalézt trvalé zaměstnání. Skromnou akademickou pozici získal v akademickém roce 1940/41 svým jmenováním Oliver Wendell Holms-Lecturer na Harvard Law School, na jejíž univerzitě 18. září

1936 získal čestný doktorát; ani tak mu však smlouvu na Harvardu neprodloužili. Později mu bylo v roce 1942 zprostředkováno místo Roscoe Pound Lecturer in political science na College Berkeley Univerzity v Kalifornii.

Jak Kelsen zdůraznil ve své autobiografii, působil v Berkeley na katedře politických věd a ne na Law School a sám si k tomu poznamenal: „Se svou ryzí naukou právní bych se sice lépe hodil na právnickou fakultu. Ale americké Law Schools nemají žádný zvláštní zájem na vědecké teorii práva.“

Když se v roce 1945 sešli politici, diplomaté a právníci v San Franciscu, aby založili OSN, a pídili se po Kelsenovi, všimla si univerzita jeho významu a jmenovala ho ještě jako čtyřiašedesátiletého v roce 1945 plnohodnotným profesorem; v témže roce získal s manželkou americké občanství. V roce 1952 odešel v Berkeley, kde trávil s manželkou podzim života, do penze.

Jak moc pro Kelsena znamenalo na sklonku života akademické uznání na jeho univerzitě, jsem pochopil, když jsem se v roce 1967 se svým kolegou z Innsbrucku a tehdejším rakouským ministrem spravedlnosti Univ.-Prof. Dr. Hansem Klecatským a salcburským rektorem Univ.-Prof. Dr. Rene Marcicem chopil iniciativy k vydání sebraných spisů vídeňské právně-teoretické školy a zaslal jsem Kelsenovi svůj návrh jeho životopisu a on mě požádal, abych v něm uvedl, že je v Berkeley na univerzitě po něm pojmenovaná knihovna. Když chtěl po jeho smrti rektor této univerzity toto pojmenování odstranit, požádala mě Kelsenova dcera paní Maria Feder, abych intervenoval u rektora v Berkeley za jeho zachování, což se mi nakonec podařilo.

Pokud budeme podle Kelsenova života posuzovat jeho vědecké literární životní dílo, vycházelo z právní filosofie, přes nauku o státu a bylo zaměřeno na ústavní právo a později čím dál více na mezinárodní právo veřejné. Chtěl využít společenství lidí, kteří akceptují platnost vnitrostátních norem a později norem mezinárodního práva k nastolení a zajištění míru.

#### IV. HANS KELSEN A JEHO RYZÍ NAUKA PRÁVNÍ

Kelsen se narodil v době staré habsburské mnohonárodnostní monarchie, v níž také vyrostl a byl vychováván. V tomto multinacionálním prostředí, přetrvávajícím až do roku 1918, chtěl se svou ryzí naukou právní, která byla zaměřena jen na formu, a ne na obsah právních ustanovení, umožnit hodnotově neutrální stát, čímž by se zabránilo konfliktům. Když jsem během svého hostování v USA v roce 1967 obdržel od manželů Kelsenových na Velký pátek pozvání, zeptal jsem se Hanse Kelsena, proč nezakotvil politické strany, které se staly později tak dominantními, do rakouské spolkové ústavy. Odpověděl mi, že to „mlčky předpokládal“.

Kelsen chápal, zejména ve své v roce 1925 uveřejněné Obecné nauce o státu (*Allgemeinen Staatslehre*) nauku o státu jako státoprávní učení, které je pro něj naukou o objektivním právu. Tímto způsobem byl Kelsen monistou, díky svému státoprávnímu učení v nauce o státu.

Georg Jellinek, kterého Kelsen zažil v Heidelbergu během svého stipendijního pobytu, sepsal svou státovědu v roce 1900 dualisticky, a sice jako státoprávní nauku a sociál-

ní nauku, nadto s mnoha historickými konotacemi. Po druhé světové válce šel mnichovský státovědec Hans Nawiasky ještě o krok dále a pojal v letech 1945, 1955 a 1956 svou státovědu trialisticky, sice jako státoprávní, sociální a ideovou nauku o státu.

Tato monistická a pozitivistická právní věda a státověda, s níž chtěl Kelsen čelit pluralitě ve veřejném životě své doby, byla výrazem Kelsenovy snahy o mír, která se v narůstající míře vědeckého zájmu vztahovala vedle právní filosofie a státoprávní vědy také na nauku o mezinárodním právu veřejném.

Obzvláště i později, během jeho pobytu v Ženevě a během všech následujících let v USA, zaměřoval Kelsena problém míru a organizace státu do společenství, jakým byla Společnost národů a OSN; pro OSN zveřejnil v roce 1950 vlastní komentář k Chartě OSN a poukázal v něm na nutnost a význam mezinárodních soudních dvorů, jako jeden z prvních již v roce 1944 ve svém díle „Peace through Law“. Kelsenovi jde také o význam soudů pro vztah práva a moci, i míru a spravedlnosti.

## V. DEMOKRACIE A RELATIVISMUS

Se šíří své životní cesty spojil Hans Kelsen šíří svého právního myšlení, v němž při veškerém oddělení práva a morálky nacházel nutnou odpovědnost v politice.

To ukazuje jeho později velmi často citované a také často překládané dílo „Vom Wesen und Wert der Demokratie“. Toto dílo jsem prezentoval v roce 2013 po své čestné promoci na právnické univerzitě Ukrajinské akademie věd v Kyjevě v ukrajinském překladu se svým úvodem.

V tomto díle řeší Kelsen nejdůležitější otázky demokracie, zejména s ohledem na ústavní státnost. Mnoho ze závěrů, k nimž tehdy došel, jako například o parlamentarismu, politických stranách a vztahu zastupitelské a plebiscitární demokracie je aktuálních i dnes. Velmi často je odkazováno na jeden z Kelsenových výroků, a sice že „relativismus je světový názor“, „který je předpokládán demokratickou myšlenkou“. V této souvislosti odkazuje na kapitolu 18. Janova evangelia, podle které hlasování lidu dopadne proti Ježíši, a když se Pilát zeptá lidu, koho má propustit, křičí všichni Barabáš, a jak uvedl Kelsen, kronikář k tomu dodal: „Byl pak ten Barabáš lotr.“

Tato „událost ze života Ježíše“ patří podle Kelsena „k nejúžasnějším, co světová literatura vytvořila; a aniž by to zamýšlela, roste do tragického symbolu relativismu a demokracie“.

V literatuře nezůstal Kelsen se svým odkazem na relativismus a demokracii později osamocen. Když jiný z profesorů, a sice kardinál Joseph Ratzinger, celebrou jako děkan kolegia kardinálů dne 18. dubna 2005 před katedrálou svatého Petra mši svatou „Pro eligendo Romano Pontifice“ – tehdy jsem byl na mši osobně přítomen – řekl: „S kolika názorovými směry jsme se v posledních desetiletích seznámili, kolik ideologických proudů, kolik způsobů uvažování... Malá bárka myšlení mnoha křesťanů byla mnohokrát těmito vlnami rozkolísána, vržena od jednoho extrému ke druhému; od marxismu k liberalismu až k libertinismu; od kolektivismu k radikálnímu individualismu; od ateismu k vágnímu religióznímu mysticismu; od agnosticismu k synkreatismu

a tak dále... Buduje se tak diktatura relativismu, která neuznává nic za definitivní a jejíž poslední mírou je vlastní já a vlastní chtění.“

Pokud porovnáme oba citáty, obsahují oba, třebaže jeden pochází z oblasti právní vědy a druhý z oblasti teologie, stejný výrok, a sice odkaz na relativismus ve veřejném životě. Tento relativismus ve veřejném životě, který patří k tomu, co je ve státě prepozitivní, zažil Kelsen ve svém životě v různých podobách a musel se s ním mnohokrát vyrovnat. Poznání tohoto relativismu spojil Kelsen s odpovědností ve státě, kde nést odpovědnost vyžaduje podávat odpovědi a odkazovat na význam tvorby právních předpisů ve státě.

Tato tvorba právních předpisů ve státě probíhá na základě příslušné ústavy, která v demokratickém ústavním státě vyžaduje politické rozhodování. Adolf Merkl, který byl Kelsenovým posluchačem a později i spoluvůrcem vídeňské právně-teoretické školy, označil ústavu za kodifikovanou politiku.

S ohledem na jeho ryzí nauku právní zastával Kelsen ve vztahu k tvorbě zákonů hodnotový naturalismus a názorovou indiferentnost, která je patrná i v návrhu rakouské spolkové ústavy, na nějž měl rozhodující vliv. Tuto spolkovou ústavu, na jejíž přípravě se Merkl spolupodílel, označil za ústavu právní cesty, o níž Rene Marcic konstatoval, že je pro ni charakteristické „dojednané mlčení“ o hodnotových soudech.

Toto takzvané „mlčení“ zkoncentrovalo spolkovou ústavu na úpravu státního zřízení, převzala tak katalog základních práv z prosincové ústavy 1867 rakousko-uherské monarchie a změnila její decentralizovanou jednotnou státnost na spolkový stát demokratické republiky. Pokud odhlédneme od rozdělení úkolů nutného pro spolkové rozdělení pravomocí pro účely práva a moci, kultury a obecného blaha, neobsahovala spolková ústava žádné výslovné hodnotové soudy, čímž si ustavující národní shromáždění ušetřilo střety na téma plurality regionů, světonázorů a ideologií.

Vždy, když je právně-pozitivistickým základním postojem zdrženlivost ve věci hodnotových soudů, ustanovení o cílech státu a jeho účelu v ústavním právu, zbývá odpovědnost politiky za další vývoj ústavního práva a tvorbu běžných zákonů; tímto způsobem se Rakousko stalo kulturním, hospodářským a sociálním státem na základě běžných zákonů.

V tomto vývoji vznikla vedle demokratických a justičních základních práv i základní sociální práva, která jsou uvedena v rámci Lisabonské smlouvy v Listině základních práv EU.

K těmto základním právům, která jsou zaměřena na svobodu od státu, ve státě a na svobodu garantovanou státem, přibýlo v poslední době zejména s ohledem na ohrožení životního prostředí základní existenční právo na život, na které odkazuje papež František ve své encyklice *Laudato si*.

V případě vývoje základních práv a odpovědností lidí za právo ve státě je však nutné uvést, že ne všechny nároky a hodnoty, které by zasluhovaly být základními právy, musejí být také způsobilé základními právy být. Kdo by v dnešní době nepocíťoval velmi často potřebu základního práva na klid a ochranu před hlukem, základního práva na bezpečnost provozu a ochranu před nezodpovědností účastníků provozu a základního práva na to, být sám, a ochranu před obtěžováním.



Tyto dimenze toho, co je z normativně-právního hlediska možné a nemožné, ukazují odpovědnost člověka a odkazují na vztah práva a individuální a sociální morálky. Tento vztah a jeho právně-normativní vyjádření jsou patrné v ústavách jednotlivých států.

## VI. NOVÉ USPOŘÁDÁNÍ INTEGRUJÍCÍ SE EVROPY

Tyto společné ústavní tradice států tvoří základy EU, které již v roce 1993 vyžadovaly závěry Evropské rady v Kodani, a stanovovaly kromě převzetí *Acquis Communautaire* i hospodářská a politická kritéria pro přistoupení nových členských států k EU. K tomu přibyla podle článku 6(3) Smlouvy o EU „základní práva, která jsou zaručena Evropskou úmluvou o ochraně lidských práv a základních svobod a která vyplývají z ústavních tradic společných členským státům..., která tvoří obecné zásady práva Unie“.

I uspořádání integrující se Evropy vykazuje v rámci EU formu stupňovitěho právního uspořádání: s primárním unijním právem, které obsahuje smlouvy o založení, obecné právní zásady a odpovědnost států. Od Lisabonské smlouvy patří k primárnímu právu EU i Smlouva o Evropské unii, Smlouva o fungování EU a Listina základních práv EU. Pro výkon pravomoci Unie přijímají orgány dle čl. 288 odst. 1 Smlouvy o fungování Evropské unie nařízení, směrnice, rozhodnutí, doporučení a stanoviska; ty tvoří sekundární unijní právo. Terciárním unijním právem jsou pak abstraktní obecné právní akty vzniklé na základě zmocnění vycházejících ze sekundárního práva.

V tomto sdružení států EU čítajícím nyní 28 členských států je normativní právo tohoto společenství států konstituující; umožňuje, aby toto sdružení států EU bylo vnímáno jako hospodářské a měnové společenství a jako právní společenství, které vychází z určitých hodnot a může tak přispět i k míru. To po přijetí Lisabonské smlouvy předpokládá společné uvědomění na úrovni evropské, státní i vlastenecké, které pro zachování subsidiarity stanovuje podle článku 5 Smlouvy o Evropské unii a článku 69 Smlouvy o fungování EU vlastní kontrolní mechanismy.

Kelsen se sice Evropskou unií nikdy nezabýval, ale jak zjistili Jürgen Busch a Tamara Ehs, zabýval se během svého pobytu v Ženevě na *Institut universitaire de hautes études internationales* spolu s Paulem Guggenheimem otázkou budoucnosti Evropy.

Jak zjistili Busch a Ehs, konstatuje Kelsen v této své studii „nutnost organizační struktury, která nezřídí mezinárodní politický orgán, ale mezinárodní soudní dvůr jako centrální orgán, aby mohla spíše garantovat mír“. EU se však vyvinula jinak; nelze ji srovnat se státem a má charakter *sui generis*.

Pokud se v souvislosti s EU použije pojem ústava, pak ne jako nejvyšší řád superstátu EU nad členskými zeměmi EU, ale spíše jako normativní základní řád EU jako „sdružení států“, jak ji označil německý ústavní soud.

Původní Smlouva o ústavě EU vytvářela dojem vzniku evropského superstátu, z toho důvodu byla odmítnuta a nahrazena reformní smlouvou, která sestává ze Smlouvy o EU, Smlouvy o fungování EU a Listiny základních práv EU a je pojmenována po místě svého uzavření jako Lisabonská smlouva.



Pokud porovnáme Kelsenovo učení ve vztahu k právu a státu s potřebami v EU, vyžadují obě odpovědné myšlení, které předchází jak legislativnímu procesu, tak výkonu práva, v němž každý může aplikovat svůj prepozitivní postoj, ať už se jedná o náboženství, morálku, světonázor či ideologii. Jsou spoluurčujícími faktory pro aktuální politické rozhodování, které vede ke tvorbě zákonů.

## VII. POROZUMĚNÍ STÁTU A PRÁVU JAKO ÚKOL

Kelsen se svou ryzí naukou právní vyslovil pro ústavní a právní stát, který neměl obsahovat žádné prepozitivní podmíněnosti a předpisy. To odpovídalo zcela jeho hodnotové neutralitě a názorové indiferentnosti; ta byla ve 20. století zneužita autoritářskými a totalitními státy, s nimiž se střetl během svého života i sám Kelsen.

V této souvislosti mi jednou v době politického dělení Evropy řekl jeden komunistický univerzitní profesor, že Kelsenovu kritiku marxismu sice odmítá, jeho právní nauku a nauku o státu však používá; ta byla zaměřena na právní formu a ne s hodnoticím aspektem na právní obsah!

Jinak tomu bylo u Adolfa Merkla, který už ve svých prvních uveřejněných pracích, jednalo se o recenzi knihy Ericha Junga „Das Problem des natürlichen Rechts“, která vyšla v roce 1914 v *Zeitschrift für öffentliches Recht*, téměř jako doznání prohlásil, že připisuje přirozenému právu poslání „být stálým, regulativním principem pozitivního práva“. Jako doplnění a také ovlivněn svou manželkou pak Merkl v jedné ze svých posledních publikací, šlo o speciální vydání *Österreichischen Zeitschrift für öffentliches Recht* o „Ryzí nauce právní a morálním řádu“, věnované Hansi Kelsenovi k 80. narozeninám, konstatoval: „Ryzí nauka právní je teoretickou nezbytností a průnikem do práva právě díky svému odsouzení vměšování z jiných normativních a explikativních věd. Protože to však až příliš osciluje mezi pokusem o spravedlnost a její karikaturou, je nutné doplnění právní teorie právní etikou.“ Merkl se tím vyslovil pro doplnění formální právní nauky o úvahy o právním obsahu; já sám jsem měl tehdy tu čest na pozvání Alfreda Verdrosse také přispět článkem do tohoto speciálního vydání, a sice o „Řádu a platnosti“.

K řádu ve státě nastolenému prostřednictvím práva tak Hans Kelsen se svou ryzí naukou právní poskytl trvalý příspěvek, neboť tato jeho ryzí nauka právní zprostředkovává platnou anatomii pozitivního práva, která vede k pochopení práva států a jejich normativních řádů.

To, pro co bude konstitucionalita a legitimita jednotlivých států použita, vyžaduje politiku pro rozhodování o legislativě. K politice stran měl sám Kelsen odstup; to se velmi silně projevilo, když ho předseda rakouské sociální demokracie Karl Seitz v roce 1930 chtěl navrhnout jako člena ústavního soudu a on to odmítl, „protože nechtěl vykonávat soudcovský úřad jako pověřenec nějaké strany“; něco takového „považoval za zcela neslučitelné se soudcovskou nezávislostí“.

I Adolf Merkl zůstával ve svém působení nezávislý na stranické politice.

Pokud na závěr konfrontujeme Kelsenovu cestu s jeho učením, platí pro obojí slovo „postoj“; s ryzí naukou právní chtěl dát státu v době mnohých pluralit jasný směr

a postoj a ve svém životě se svým postojem politické nezávislosti zprostředkovat lidskou důvěryhodnost; obojí zasluhuje respekt, který vzdáváme komplexnosti jeho nauky s jejími diferencovanými úvahami, i jeho životu zde na místě jeho narození touto vzpomínkovou akcí.

Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Herbert Schambeck,  
emeritní prezident Spolkové rady Rakouské republiky,  
emeritní profesor na Univerzitě v Linci  
alfred.obermueller@oevpklub.at

PROJEV PRODĚKANA PRÁVNICKÉ FAKULTY  
UNIVERZITY KARLOVY PROFESORA MICHALA  
TOMÁŠKA V RAKOUSKÉM KULTURNÍM FÓRU  
U PŘÍLEŽITOSTI ZAHÁJENÍ KONFERENCE *HANS  
KELSEN – INSPIRUJÍCÍ OSOBNOST PRO PRÁVNÍ  
VĚDU, FILOZOFII, POLITIKU A MEZINÁRODNÍ  
VZTAHY* DNE 8. ŘÍJNA 2015

Vaše Excellence pane velvyslanče Rakouské republiky, milý pane prezidente Schambecku, vážené kolegyně, vážení kolegové, dámy a pánové.

Téma přednášky Hans Kelsen na prahu 21. století je pro mě neodmyslitelně spojeno se jménem předního rakouského ústavního vědce profesora Herberta Schambecka, jehož přednášku jsme právě vyslechli. Je to právě profesor Schambeck, který Kelsenovy myšlenky uvedl do našeho století ve svých dílech, publikovaných nejen v Rakousku, ale i jinde v Evropě a ve světě. Z mého pohledu profesora evropského práva považuji za významné, jak Kelsenův myšlenkový odkaz dokázal promítnout do dnešní evropské konstrukce.

Profesor Herbert Schambeck vyjadřuje ve své knize „Beiträge zum Verfassungs – und Europarecht“ myšlenku, že Rakousko, na rozdíl od jiných zemí, nemá pevné datum vzniku své státnosti. Za vytvoření rakouského státu označuje svazek německy (a dlouho i česky) mluvících zemí. Bývalý rakouský spolkový kancléř Dr. Wolfgang Schüssel vzpomíná, že nový rakouský stát byl i po první světové válce vytvořen spojením německy mluvících spolkových zemí a obdobně pojalo Rakousko své přistoupení k Evropské unii.

Toto rakouské pojetí EU jako entity vytvořené spojením evropských států dává částečnou odpověď na otázku, co vlastně je Evropská unie. Německý Spolkový ústavní soud kdysi řekl, že EU není spolkový stát „Bundesstaat“, nýbrž společenství států „Staatenverbund“. Nejde ovšem jen o pojmy. Rakouský pohled na EU, popsán profesorem Schambeckem, implikuje silné sebevědomí jednotlivých zemí. A profesor Schambeck ví, o čem mluví. Jako prezident Spolkové rady prosadil podstatné posílení pravomocí spolkových zemí na úkor vídeňských federálních prerogativů.

Rakouské sebevědomí v Evropě má přirozeně vlastní význam. Je opodstatněné a konsekventně se drží evropských hodnot. Také my v Česku jako středně velké evropské zemi musíme stejným způsobem patřit do Evropy. Je na čase méně naříkat na evropskou integraci a na evropské struktury, ale více rozvíjet české myšlenky v Evropě, aby, stejně jako myšlenky rakouské, mohly integrační procesy obohatit.

Dvacáté století, jako žádné století předtím, ukázalo, jak křehké jsou hranice zachování naší civilizace. Zkušenosti z jejího ohrožení v první polovině minulého století vedly

po druhé světové válce k založení Organizace spojených národů, Všeobecné deklaraci práv a svobod přes Smlouvy o EHS, EU až k Lisabonské smlouvě. Profesor Herbert Schambeck ve svém díle napsal: „Cesta ke státoprávnímu soužití vedla prostřednictvím EU ke spolku států, které se rozhodly sdílet hospodářské a měnové společenství, jakož i společenství právní a hodnotové. Státy jako Rakousko nebo Česko, ležící v srdci Evropy, mohou stavět mosty a otevírat okna, jakož i přispívat k uchování míru v Evropě i v celém mezinárodním společenství.“ Konec citátu.

Česko a Rakousko mají společnou minulost a po desetiletích rozdělení železnou oponou se setkaly na cestě do společné budoucnosti v Evropské unii. Letos si Rakousko připomíná dvacáté výročí vstupu do Evropské unie. Má tedy o deset let delší zkušenosti člena rodiny evropských států. Pro naši právní vědu, zejména pro nauku evropského práva, patří proto rakouské zkušenosti k těm z nejcennějších; jako zkušenosti malého středního státu se společnými dějinami a srovnatelnou právní mentalitou. Proto se rádi přidružíme odkazu takových vědeckých osobností jako Hans Kelsen, který proslavil rakouskou právní vědu ve světě, nebo Antonín rytíř Randa, který proslavil v Rakousku tehdy ještě mladou právní vědu českou.

Děkuji vám za pozornost.

VARIA



## ÚSTAVNÍ RÁMEC ZAJIŠŤOVÁNÍ BEZPEČNOSTI ČESKÉ REPUBLIKY – ZHODNOCENÍ SOUČASNÉHO STAVU A ÚVAHY *DE LEGE FERENDA*\*

JAN KUDRNA

**Abstract:** **The Constitutional Frame of Ensuring of the Security in the Czech Republic – An Evaluation of the Current State and a Reflection of Possible Changes**

The presented article is dedicated to the constitutional regulation of the security issues in the Czech Republic. The article focuses especially on the art. 43 of the Czech Republic Constitution. It analyses the applicability of the sections, which were not applied yet, and real application of the sections, which are applied regularly as well. Firstly the issue of declaring the state of war is described, with the stress on problems which could appear in case of emergency under pressure of lacking time or attack on the Czech Republic. Later there is described the issue of sending armed forces of the Czech Republic abroad, especially with the obligation to the NATO and its VJTF forces. Special attention is given to the constitutional regulation of the flights of foreign armed forces over the territory of the Czech Republic and their authorisation. This procedure is in fact inapplicable, as is evident from analysis of the practice. The article deals also with a hypothetical issue of establishing foreign military base at the territory of the Czech Republic and its authorisation. In every above mentioned area there is proposed also possible legal solution *de lege ferenda*.

**Keywords:** constitution, Czech Republic, security, NATO, VJTF, flights, transfers, armed forces

**Klíčová slova:** ústava, Česká republika, bezpečnost, NATO, VJTF, přelety, průjezdy, ozbrojené síly

**DOI:** 10.14712/23366478.2017.29

### I. ÚVODEM

Jedním z hlavních a tradičních úkolů státu je zajištění bezpečí pro své obyvatelstvo. Každý stát plní bezpečnostní funkci a lze říci, že toto je také jeden z důvodů vedoucích ke zřízení států. Bezpečím lze rozumět absenci ohrožení. Ohrožení mohou být mnoha druhů a pojem bezpečnosti můžeme chápat v širším a užším slova smyslu.

V širším slova smyslu by se jednalo o zajištění také např. sociálně nebo environmentálně bezpečného prostředí, v němž by jednotlivec nebyl vystaven nouzi nebo ohrožení života a zdraví pocházejícímu ze znečištěného životního prostředí.

---

\* Tento článek byl vypracován v rámci programu PROGRES Q04. Autor je odborným asistentem na katedře ústavního práva Právnické fakulty Univerzity Karlovy.



V užším slova smyslu, jak bývá pojem bezpečnosti často vykládán, se jedná o zajištění nerušené existence státu, včetně zachování jeho svrchovanosti a územní celistvosti, spolu se stabilitou stávajícího politického režimu, což jsou základní předpoklady pro funkčnost státu a naplňování jeho dalších úkolů, kterými může být zajišťování veřejného pořádku a bezpečnosti uvnitř státu, včetně ochrany života, zdraví a majetku jeho obyvatel.

S ohledem na to, že každý stát je členem mezinárodního společenství, má zajišťování bezpečnosti státu také mezinárodně politický a mezinárodně právní aspekt. Pojem svrchovanosti není vlastní pouze ústavněprávní či státoprávní teorii, ale má svůj odraz také v mezinárodním právu veřejném a jeho pramenech. Např. Charta Organizace spojených národů (dále jen „OSN“) ve svém čl. 2 uvádí jako první zásadu, na které je OSN postavena, zásadu svrchované rovnosti všech svých členů. Ve svém čl. 51 potom zaručuje právo na individuální nebo kolektivní sebeobranu svých členů.

V případě bezpečnosti státu je velmi dobře patrné propojení jejích vnějších a vnitřních aspektů. Ohrožení státu může přijít zvenčí a ovlivnit podmínky uvnitř státu, stejně jako změna vnitřních poměrů může mít vliv na část nebo dokonce celé mezinárodní společenství.

Zde jsou důvody pro konstitucionalizaci, tedy ústavní zakotvení a regulaci otázek zajištění bezpečnosti. Prvý důvod spočívá v úzké vazbě mezi ústavním pojmem svrchovanosti a jejím zajišťováním. Jestliže svrchovanost státu je ústavní hodnotou, potom by na stejné úrovni měl být stanoven alespoň základní rámec jejího zajišťování.

Druhým argumentem ve prospěch konstitucionalizace otázek zajišťování bezpečnosti je již výše zmíněná úzká souvislost se životem mezinárodního společenství a nakonec také pravidly mezinárodního práva veřejného. Ústavní zakotvení v tomto smyslu znamená v případě ústavních států jednak předvídatelnost, jednak snazší kontrolu využívání např. ozbrojených sil a ozbrojených sborů, ať už navenek anebo uvnitř státu. Tato skutečnost nabývá na dalším významu v období internacionalizace lidských práv, kdy tato přestávají být do značné míry vnitřní záležitosti státu a stávají se jednou z hodnot ovlivňujících činnost mezinárodního společenství.

Třetím důvodem pro ústavní zakotvení základních pravidel zajišťování bezpečnosti státu a jeho obyvatel je to, že zajišťování bezpečnosti s sebou ve větší nebo menší míře nese omezování lidských práv a svobod. Ta jsou přitom zakotvena na ústavní úrovni a jsou jedním z hybných momentů vytvoření ústavy jako společenské smlouvy a nástroje sloužícího ochraně lidských práv a svobod před nepřiměřenými zásahy veřejné moci. Zde tedy platí, že změny a omezení v této klíčové otázce moderního konstitucionalismu by měly být prováděné nástrojem stejné právní síly a společenského významu, jako byly založeny.

Konečně čtvrtý důvod hovořící pro konstitucionalizaci otázek zajišťování bezpečnosti spočívá v tom, že v některých případech je hrozící nebezpečí tak velké, že běžné prostředky, jimiž disponuje veřejná moc, nejsou dostačující. V takových případech je nezbytné použít prostředků mimořádných, které kromě dočasného omezení některých lidských práv a svobod vyžadují v zájmu efektivní činnosti také zjednodušení pravidel řídicích konání veřejné moci. To znamená modifikaci systému dělby zakotveného opět na ústavní úrovni. I v tomto případě platí, že ke změně je nutné použít prostředek stejné právní síly. Protože uspořádání a dělba veřejné moci je druhou základní záležitostí defi-

nující moderní konstitucionalismus, i v tomto případě je nutná ústavní úprava pravidel a nástrojů, jimiž lze do systému dělby moci zasáhnout.

Pro stanovení ústavního rámce zajišťování bezpečnosti státu tedy hovoří to, že velmi úzce souvisí s ústavními pojmy svrchovanosti státu a podílení se na životě mezinárodního společenství, a dále s pojmy a zajištěním lidských práv a základních svobod a systému dělby moci. Pro zajišťování bezpečnosti je typické to, že v řadě případů v zájmu odstranění nebezpečí je nutno sáhnout k prostředkům, které samy o sobě mohou některé uvedené hodnoty ohrozit, respektive na nějakou dobu suspendovat. Každý zásah do nich by měl mít vzhledem k jejich klíčovému významu stejnou legitimační a legální základnu, jako ony samy.

Moderní ústavy, hledající vyváženou cestu mezi zajištěním bezpečnosti obyvatel a státu na straně jedné a zajištěním demokracie a právního státu na straně druhé, obvykle obsahují pravidla předem stanovící meze zásahů do ústavně garantovaných práv a svobod, dále ustanovení modifikující způsob vytváření veřejné vůle a její aplikace a kontroly, a to vše včetně kontrolních mechanismů, které musí v kterémkoliv okamžiku umožňovat ukončení mimořádného právního stavu orgánem odlišným od toho, který rozhodl nebo inicioval jeho vyhlášení.

Koncepční potřeba zakotvit a limitovat mimořádné právní stavy na ústavní úrovni se objevuje s počátkem konstitucionalismu. Tento právně filozofický směr vychází z předpokladu svobody jednotlivce, přičemž stát je ustavován za účelem její ochrany. Proto má být stát omezený a kontrolovaný, aby nedošlo ke zneužití moci a především zbavení obyvatel svobody. Potom ovšem musí nutně nastat problém, jak na jedné straně zajistit dostatečné nástroje k udržení a obnově veřejného pořádku a bezpečnosti i v mimořádných situacích, a jak na straně druhé dosáhnout toho, aby se dočasná mimořádná situace nestala trvalou. Jinými slovy, aby svobody těžce vydobyté na panovníkovi, často absolutistickém, nebyly opět odstraněny ve jménu nutnosti obnovit bezpečnost státu. Z toho důvodu je saháno ke *konstitucionalizaci*,<sup>1</sup> *parlamentarizaci*,<sup>2</sup> *diferenciaci*, a s ní spojené *proporcionalizaci*<sup>3</sup> mimořádných právních stavů.

<sup>1</sup> Tento pojem používám ve smyslu konstitucionalistickém, jak je popsán výše a jak jej používá také např. polský konstitucionalista prof. Leszek Garlicki. Viz např. GARLICKI, L.: *Polskie prawo konstytucyjne (zarys wykładu)*. 4. vyd. Warszawa: Liber, 2000, s. 418. Lze se setkat také s použitím tohoto pojmu ve smyslu čistě instrumentálním, kdy se konstitucionalizací rozumí účelové zakotvení (často již uskutečňovaných) mimořádných pravomocí exekutivy do textu ústavy v tom rozsahu, v jakém je to pro exekutivu výhodné. Viz např. LEE, H. P.: *Constitutionalised emergency powers: a plague on Asian constitutionalism?* In RAMRAJ, V. V. – THIRUVENGADAM, A. K. (eds.): *Emergency Powers in Asia: Exploring the Limits of Legality*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009, s. 399. Takové použití uvedeného pojmu však považuji za zavádějící, protože hodnotově vyprazdňuje samotný pojem „konstitucionalismus“ a nakonec vede k tomu, že pojem „legitimita“ je redukován na „legalitu“. Toto odlišné užívání jednoho pojmu nicméně dobře ukazuje na rozdíl mezi evropskou, potažmo západní ústavností a situací v některých státech Asie.

<sup>2</sup> Obdobně upozornění lze uvést také v tomto případě. Ve smyslu konstitucionalistickém je předpokládána existence svobodného a samostatného parlamentu, který je schopen vykonávat kontrolu nad výkonnou mocí. Ve druhé citované publikaci je naopak hovořeno o exekutivě, která využívá svou kontrolu nad parlamentem.

<sup>3</sup> Viz jejich vyjádření např. v čl. 4 odst. 1 Mezinárodního paktu OSN o občanských a politických právech z roku 1966, kde se hovoří o „rozsahu, který si vyžadají potřeby takové situace“. Obdobně také evropská Úmluva o ochraně lidských práv a základních svobod ve svém čl. 15, který stanoví „v rozsahu přisně vyžadovaném naléhavostí situace“.

Konstitucionalizace, neboli definice na ústavní a nikoliv zákonné úrovni, znamená určitou stabilizaci pravidel za předpokladu, že se jedná o ústavu rigidní. Současně to znamená, že ústavní pravidla jako záruky lidských práv a svobod nebo pravidla dělby a kontroly moci jsou suspendována předpisem stejné právní síly, jako byla ustavena.

Parlamentarizace, neboli svěření vyhlášování nebo přinejmenším rušení mimořádných opatření do rukou parlamentu zajišťuje kontrolu nad exekutivou, která v mimořádných situacích posiluje a je částečně osvobodována zpod kontroly. Znamená to také vyšší legitimitu rozhodnutí, neboť parlament je reprezentativnější orgán než vláda.

Diferenciace a proporcionalizace má za cíl minimalizovat zásah do ústavně garantovaných práv a svobod, respektive mechanismů dělby a kontroly moci. Zasahováno má být pouze v nezbytně nutné míře a způsobem odpovídajícím charakteru ohrožení. Mimořádná opatření mají být *ultima ratio*.

Cílem těchto ustanovení je předem a transparentně určit jasná pravidla fungování státu a společnosti, spolu s definováním postavení jednotlivce, pro jednotlivé mimořádné situace znamenající ohrožení bezpečnosti. Pouze takto nepochybně a jasně stanovená pravidla mohou později v krizové situaci umožnit snadnou kontrolu, zda nedochází ke zneužívání moci.

Není nezbytně nutné, aby všechna tato pravidla byla předem stanovena a kodifikována. Je však žádoucí, aby byl předem stanoven jasný rámec, který nebude dvojznačný a o kterém bude zřejmé, že je při dodatečném určování pravidel nepřekročitelný. Je tedy možné přijmout dodatečnou úpravu ve stavu hrozící krize, případně i v jejím průběhu. Mělo by však být předem jasné, čeho se daná úprava týkat může a které meze jsou nepřekročitelné.

Z hlediska, jak jednotlivé státy k této problematice přistupují, můžeme hovořit o dvou základních skupinách států.

Do jedné patří státy, které problematiku zajišťování bezpečnosti řeší na ústavní úrovni, a to velmi podrobně. Důvodem může být špatná historická zkušenost se zneužitím státní moci, často za účelem obnovení bezpečnosti státu a jeho obyvatel. Do této kategorie patří např. Německo, Španělsko nebo Polsko. Tyto státy stanoví ve svých ústavách relativně podrobná pravidla pro použití mimořádných opatření a jasné meze pro omezení ústavně garantovaných lidských práv a svobod, respektive pro omezení běžného systému dělby moci. Lze říci, že v řadě případů tyto státy v zásadních otázkách zajišťování bezpečnosti ponechávají velmi malý prostor zákonodárci.

Do druhé skupiny patří státy, které podobnou historickou zkušenost nemají, případně jejich postavení je takové, že mají důvod předpokládat, že riziko některých druhů ohrožení je v jejich případě spíše malé. Tyto státy často mají pouze velmi rámcovou nebo dokonce žádnou ústavní úpravu bezpečnostních záležitostí a vycházejí z toho, že v případě potřeby bude dostačující úprava na úrovni zákona. Zde je řeč např. o Spojených státech amerických, Británii nebo Švýcarsku.

Z tohoto hlediska může být zajímavé přemýšlet o ústavní úpravě a jejím vývoji v České republice. Ačkoliv Česká republika patří svými zkušenostmi do výše uvedené první skupiny států, protože se v rámci kontinuity s Československem setkala jednak se zneužitím moci proti ústavně garantovaným právům a svobodám, jednak s opakovanou cizí okupací, včetně potíží se zajištěním činnosti a kontinuity státních orgánů v exi-

lu, její ústavní úprava tyto zkušenosti nereflektuje podobným způsobem, jako je tomu v případě některých sousedních zemí s podobnou zkušeností. Zejména po prvních pět let své existence Česká republika odpovídala svým charakterem druhé uvedené skupině států. Nyní, jak bude ukázáno dále, jsou výše uvedené zásady částečně naplněny, ale právní úprava není komplexní a není v některých směrech zcela funkční.

## II. SOUČASNÁ ÚSTAVNÍ ÚPRAVA ZAJIŠŤOVÁNÍ BEZPEČNOSTI A JEJÍ ZHODNOCENÍ

### 1. NEDŮSLEDNÁ KONSTITUCIONALIZACE

Vůči stávající ústavní úpravě lze vznést jistou námitku koncepčního charakteru. Již na počátku jsem odkázal na stávající trendy konstitucionalistického řešení zakotvení a regulace mimořádných právních stavů, projevující se v zásadách jejich konstitucionalizace, parlamentarizace, diferenciacie a proporcionalizace.

V případě České republiky nelze říci, že by všechny uvedené zásady byly naplněny odpovídajícím způsobem. Především konstitucionalizace mimořádných právních stavů není důsledná. V první řadě proto, že ústavní úprava je v případě stavu válečného a stavu ohrožení státu spíše kusá, nebo dokonce nejasná. V druhé řadě proto, že ústavní úprava není výlučná. Vedle tří mimořádných právních stavů, které předpokládají předpisy ústavního pořádku, existuje ještě stav čtvrtý, a sice stav nebezpečí vyhlášený podle § 3 zákona č. 240/2000 Sb. o krizovém řízení a o změně některých zákonů, v platném znění (dále jen „krizový zákon“).

Tento čtvrtý mimořádný právní stav se přitom svou podstatou nijak neodlišuje od tří mimořádných právních stavů definovaných na ústavní úrovni. Dokladem zde může být rozsah opatření, která může podle § 6 krizového zákona v případě nouzového stavu vyhlásit vláda, a rozsah opatření, která podle § 14 téhož zákona může nařídít hejtman kraje. Přirozeně existuje rozdíl kvantitativní, ale nikoliv zásadní rozdíl kvalitativní.

Závěr v tomto směru může být takový, že ústavní úprava mimořádných právních stavů není limitem pro rozšiřování jejich katalogu zákonodárcem. Tato situace z hlediska konstitucionalismu má daleko k ideálu. Nelze jistě popřít její praktičnost, avšak zásady konstitucionalismu směřují ke kontrole státní moci, nikoliv k usnadnění jejího rozšiřování a pružného uplatňování, za cenu pružného omezování lidských práv. Stojí za to připomenout, že právo státu na sebeobranu a jeho právo i povinnost zajišťovat také vnitřní pořádek, nikdy nebylo ani teoreticky zpochybňováno. Bylo vždy vnímáno jako součást práva státu na sebezachování. Konstitucionalismus však směřuje k omezení arbitrárního uplatňování a rozšiřování státní moci na úkor svobod jednotlivce.

Konstitucionalizace bezpečnostních otázek zejména ve vztahu k ústavně garantovaným právům a svobodám je v České republice problematická také proto, že velká většina ústavně garantovaných práv ke své realizaci buď potřebuje zákon, nebo může být zákonem omezena z ústavně stanovených důvodů. Všude tam, kde jsou mezi důvody uváděny ochrana veřejného pořádku, bezpečnosti nebo bezpečnosti státu, lze ústavně garantovaná práva omezit zákonem v případě mimořádné situace, za účelem jejíhož

odstranění je vyhlášen mimořádný právní stav. To však znamená, že z hlediska Listiny je dostatečné zakotvení mimořádného právního stavu na zákonné úrovni, respektive z hlediska Listiny ani nemusí být mimořádný právní stav vyhlášen a na základě zákona může být přijato za formálně „běžné“ situace, avšak za stavu faktického mimořádného ohrožení, pouze dílčí mimořádné opatření.

Jinými slovy, nedostatečná konstitucionalizace v případě České republiky znamená, že k přijímání mimořádných opatření spočívajících v omezování ústavně garantovaných práv a ukládání povinností není ústavní zakotvení, případně vyhlášení mimořádného právního stavu nutné.

Další dvě zásady, tedy proporcionalizace a diferenciacie jsou v zásadě naplněny, ačkoli, jak bude ukázáno dále, není zcela jasné, co je podstatou jednoho z mimořádných právních stavů. Zásada parlamentarizace je naplněna, nicméně až příliš, jak bude ukázáno také dále.

Ústavní zakotvení mimořádných právních stavů, jak k nim došlo zejména přijetím ústavního zákona č. 110/1998 Sb., tak má především význam pro zavedení mechanismů zpružnění a zjednodušení činnosti ústavních orgánů.

## 2. NEJASNOST A NEÚPLNOST ÚSTAVNÍ ÚPRAVY VÁLEČNÉHO STAVU

Zaměříme-li se na konkrétní právní úpravu a její formulace, potom je třeba s ohledem na její strukturu na prvním místě věnovat pozornost otázce ústavní úpravy válečného stavu. V Ústavě je zmíněn dvakrát – v čl. 43 odst. 1 a v čl. 39 odst. 3. Prvé ustanovení určuje, kdy může být válečný stav vyhlášen a kým. Druhé určuje proceduru.

Válečný stav je tedy vyhlášen parlamentem, je-li Česká republika napadena nebo je-li třeba plnit mezinárodní smluvní závazky o společné obraně proti napadení. K vyhlášení je třeba nadpoloviční většiny všech členů obou komor parlamentu. Tolik, co je z ústavní úpravy zřejmé.

Co však zřejmé není, je otázka, co se vlastně válečným stavem rozumí. V úvahu přicházejí dvě možnosti. Buď se může jednat o vyhlášení války ve smyslu stavu ozbrojeného konfliktu mezi státy z hlediska mezinárodního práva veřejného, anebo se může jednat o mimořádný právní stav mající vnitrostátní účinky v době, kdy se stát nachází ve válce. Na tuto pojmovou nejasnost upozorňuje ostatně odborná literatura.<sup>4</sup> Není to zcela jasné ani z informačních internetových stránek státních institucí.<sup>5</sup>

Zcela otevřená a jak českým právním řádem, tak i teorií je neřešená skutečnost, na kterou poukazuje odborná literatura v zahraničí, že válečný stav znamená mimo jiné

<sup>4</sup> Více v této věci viz např.: HŘEBEJK, J.: Válečný stav. In PAVLÍČEK, V. – JIRÁSKOVÁ, V. (eds.): *Bezpečnost České republiky a potřeba ústavních změn*. Praha: UK Právnická fakulta, 2004 nebo JIRÁSEK, J.: *Vyhlášení mimořádných stavů*. In PAVLÍČEK, V. – JIRÁSKOVÁ, V. (eds.): *Bezpečnost České republiky a potřeba ústavních změn*. Praha: UK Právnická fakulta, 2004.

<sup>5</sup> Zde Ministerstva vnitra České republiky: <http://www.mvcr.cz/clanek/valecny-stav.aspx> [cit. 20. 10. 2016]. Na citované stránce se hovoří o stavu vzniklém mezi znepřátelenými stranami vypuknutím ozbrojeného konfliktu, a to bez ohledu na to, zda byla vypovězena válka. Zdůrazněna je tedy faktičnost onoho stavu. To je dále potvrzeno odkazem na Ústavu, v němž se hovoří o situaci, kdy je Česká republika napadena nebo musí plnit své závazky týkající se společné obrany proti napadení. Tedy má se jednat o faktický existující stav, na který parlament reaguje vyhlášením válečného stavu.

také převzetí výkonu části veřejné správy vojenskými orgány, včetně např. podřízení civilistů vojenskému soudnictví.<sup>6</sup>

Provést výklad v této otázce je složité, a žádný výklad dle mého názoru nevede ke zcela jednoznačnému závěru. Osobně se kloním k výkladu, že válečným stavem ve smyslu stávající ústavní úpravy je míněn zvláštní mimořádný právní stav mající vnitrostátní účinky na ústavní uspořádání ve všech směrech, jak byly výše popsány. K tomu mě vede následující úvaha.

Zprvė válečný stav jako mimořádný právní stav s vnitrostátními účinky je znám jak teorii a odborné literatuře<sup>7</sup>, tak i jiným ústavním úpravám.<sup>8</sup> Zadruhé z formulace Ústavy vyplývá, že válečný stav je vyhlášován v okamžiku, kdy už se stát nachází ve válečném konfliktu ve smyslu mezinárodního práva veřejného, tedy mu byla válka vyhlášena, respektive konflikt již fakticky probíhá. Případně se totéž týká jeho smluvního spojení, což má nakonec stejné důsledky. Zatřetí, pokud by bylo třeba vyhlásit válku ve smyslu mezinárodního práva veřejného, může tak zřejmě učinit na základě norem tohoto práva hlava státu, přičemž z hlediska ústavního práva České republiky tato pravomoc zřejmě spadá pod ustanovení čl. 63 odst. 1 písm. a) Ústavy. Začtvrté lze jako podpůrný argument – podpůrný proto, že se nejedná o interpretaci Ústavy – uvést skutečnost, že s válečným stavem jako druhem mimořádného právního stavu pracuje zákonodárce, a to např. v zákoně č. 241/2000 Sb. o hospodářských opatřeních pro krizové stavy a o změně některých souvisejících zákonů, v platném znění.<sup>9</sup>

Naproti tomu výklad ve smyslu, že válečným stavem podle čl. 43 Ústavy se rozumí deklarace stavu války dle mezinárodního práva veřejného, narazí na všechny výše uvedené argumenty. Vedle toho se musí vypořádat s problémem, že pro úspěšnou, legální aktivizaci všech vnitrostátních opatření pro dobu války by parlament musel hlasovat dvakrát. Jednou o vyhlášení válečného stavu ve smyslu mezinárodního práva veřejného, podruhé pro vyhlášení zřejmě stavu ohrožení státu, který by mohl vést k některým vnitrostátním účinkům, ale který např. neumožňuje provést mobilizaci.

Přijmeme-li výše uvedené závěry o tom, že válečný stav je jedním ze tří ústavně definovaných mimořádných právních stavů v České republice, budou některé otázky vyřešeny.

Některé však zůstanou otevřeny, a to např. otázka, na čí podnět může parlament válečný stav vyhlásit. V tomto směru jak ústavní, tak zákonná úprava mlčí. Patrně by se tak mělo dít na návrh vlády. Pro tento závěr hovoří jednak skutečnost, že za zajištění obranyschopnosti státu je odpovědná vláda.<sup>10</sup> Dále je to vláda, respektive jednotlivá ministerstva, typicky ministerstvo zahraničních věcí a ministerstvo obrany, které jsou vybaveny pravomocemi a nástroji k tomu, aby mohly podat jasnou informaci o tom, zda nastala jedna ze dvou situací předpokládaných čl. 43 odst. 1 Ústavy, za nichž může být

<sup>6</sup> V této věci viz např.: BRZEZIŃSKI, M.: *Stany nadzwyczajne w polskich konstytucjach*. Warszawa: Wydawnictwo Sejmowe, 2007, s. 36.

<sup>7</sup> Viz např. předchozí poznámka pod čarou.

<sup>8</sup> Viz např. čl. 228 odst. 1 Ústavy Polské republiky z 2. dubna 1997.

<sup>9</sup> Viz ustanovení § 1 odst. 1 citovaného zákona.

<sup>10</sup> Viz ustanovení § 4 zákona č. 222/1999 Sb. o zajišťování obrany České republiky, v platném znění.



válečný stav parlamentem vyhlášen. Podpůrně lze v tomto výkladu použít také analogii k vyhlásování stavu ohrožení státu, kde je jako iniciátor určena jednoznačně vláda.<sup>11</sup>

Nejasnosti spojené s aktuální právní úpravou válečného stavu lze tedy snad překle-  
nout výkladem. Určité výhrady však lze mít ke způsobu vyhlásování válečného stavu.  
Stávající mechanismus vyžaduje rozhodnutí parlamentu učiněná v obou komorách nad-  
poloviční většinou všech jejich členů. Tento mechanismus se za určitých okolností může  
ukázat jako poměrně těžkopádný, zejména pokud by nastala časová tíseň. Je vhodné  
upozornit, že celá řada opatření pro zajištění obrany státu je vázána na formální vy-  
hlášení válečného stavu, a bez něj není možná jejich legální realizace. Může se jednat  
o všeobecnou mobilizaci, která je vázána na vyhlášený válečný stav<sup>12</sup>, nebo o některých  
hospodářských opatřeních, která jsou také vázána na vyhlášený válečný stav.<sup>13</sup>

Ačkoliv tedy vyhlásování válečného stavu v rámci našeho ústavního systému plně  
odpovídá výše popsanému požadavku parlamentarizace, stálo by za úvahu počítat s ná-  
hradním způsobem vyhlášení válečného stavu v případě, že by hrozilo časové prodlení  
než by se parlament sešel. Taková situace může nastat v případě probíhající agrese proti  
státu nebo v případě, že taková hrozba bezprostředně hrozí. Náhradní způsob, jak je  
ostatně znám také jiným ústavním úpravám,<sup>14</sup> by mohl spočívat ve vyhlášení válečného

<sup>11</sup> Viz čl. 7 odst. 1 ústavního zákona č. 110/1998 Sb. o bezpečnosti České republiky, v platném znění.

<sup>12</sup> Viz ustanovení § 23 odst. 3 zákona č. 585/2004 Sb. o branné povinnosti a jejím zajišťování, v platném  
znění.

<sup>13</sup> Viz ustanovení § 23 zákona č. 241/2000 Sb. v platném znění.

<sup>14</sup> Již zmíněná polská ústavní úprava dokonce počítá s vyhlásováním válečného stavu prezidentem republiky  
na návrh Rady ministrů jako se standardním způsobem. Ústava Estonské republiky z 28. června 1992 ve  
svém § 128 odst. 2 dává prezidentu republiky v případě agrese proti republice vyhlásit válečný stav, aniž by  
čekal na rozhodnutí parlamentu. Obdobně ústava Litevské republiky z 25. října 1992 ve svém čl. 142 odst. 2.  
Podobně ústava Lotyšské republiky ze dne 15. února 1922 a znovu vyhlášená 6. června 1993 ve svém od-  
díle III., bodu 44. Abychom však opustili oblast pobaltskou, můžeme čerpat z příkladu ústavy Rumunské  
republiky ze dne 21. listopadu 1991, konkrétně jejího čl. 92 odst. 3. Svěření pravomoci vyhlásování mimo-  
řádné právní stavu prezidentu republiky nepřekvapí v případě Ruské federace, jejíž ústava z 12. prosince  
1993 tuto záležitost upravuje v čl. 87. Ústava Albánské republiky z 28. listopadu 1998 tuto pravomoc  
zakládá v čl. 162 odst. 1. Běloruský prezident tak činí na základě čl. 84 odst. 29 ústavy z 15. března 1994.  
Bulharský prezident je vybaven takovou pravomocí na základě čl. 100 odst. 5 ústavy z 12. července 1991.  
Obdobně řešení volí také ústava Makedonské republiky ze 17. listopadu 1991 v čl. 124 odst. 3. Obdobně  
v případě Slovinska, jehož ústava z 23. prosince 1991 náhradní mechanismus vyhlášení mimořádných  
právních stavů a užití ozbrojených sil obsahuje v čl. 92.

Podobná řešení však neobsahují pouze ústavy států střední a východní Evropy. Silná role prezidenta re-  
publiky nepřekvapí ve Francii, kde tuto záležitost řeší ústava ze 4. října 1958 ve svém čl. 16. Nicméně  
i německá spolková ústava z 23. května 1949, ačkoliv počítá velmi silně se schválením mimořádných  
opatření Spolkovým sněmem a Spolkovou radou, předpokládá pro případ obtíží s jeho svoláním přijetí  
rozhodnutí Společnému výboru. Také nizozemská ústava ze 17. února 1983 ve svém čl. 100 počítá s na-  
sazením ozbrojených sil z rozhodnutí vlády (v mezích zákona) a se souhlasem parlamentu, ale tehdy, kdy  
by předběžný souhlas nebyl možný, se počítá s projednáním následným. Také italská ústava z 22. prosince  
1947 počítá ve svém čl. 77 odst. 2 s možností vlády v případě nutnosti vydávat dekrety se silou zákona,  
které musí být následně schváleny parlamentem.

Z nových ústav lze odkázat na Finskou republiku a její ústavu z 11. června 1999. Její čl. 23 stanoví, že  
mimořádné právní stavu jsou vyhlášeny vládním dekretem, který je následně předkládán parlamentu ke  
schválení. Dále ačkoliv Finové učinili velký posun od systému poloprezidentského k systému parlament-  
nímu, v čl. 129 své ústavy stanoví, že mobilizaci ozbrojených sil vyhláší prezident republiky na návrh  
vlády. Obdobně švýcarská ústava z 18. dubna 1999 svěřující v čl. 185 mobilizaci ozbrojených sil Federální  
radě a následně posouzení Federálnímu shromáždění. Podobně můžeme ukázat na Maďarskou republiku  
a její ústavu z 25. dubna 2011, která počítá se svěřením pravomoci vyhlásit nutná opatření k odvrácení  
agrese prezidentu republiky ve svém čl. 48 odst. 3.



stavu prezidentem republiky na návrh vlády s tím, že parlament by takové opatření při nejbližší příležitosti potvrdil, a pokud by se tak nestalo, došlo by k jeho okamžitému zrušení.

### 3. ÚSTAVNÍ MECHANISMUS POVOLOVÁNÍ PŘELETŮ PŘES ÚZEMÍ ČESKÉ REPUBLIKY A JEHO NEREALIZOVATELNOST

Při dalším hodnocení podoby čl. 43 Ústavy lze říci, že jeho novela provedená ústavním zákonem č. 300/2000 Sb. byla v zásadě zdařilá. Užitečné a funkční je zakotvení zvláštního mechanismu schvalování účasti České republiky v obranných systémech mezinárodní organizace, jíž je Česká republika členem. Stejně tak vhodné a v zásadě funkční je základní rozdělení vyslovování souhlasu s vysláním vlastních ozbrojených sil mimo území státu a povolení přítomnosti cizích ozbrojených sil na území státu mezi parlament a vládu podle účelu takové akce, respektive dle její délky a dalších podmínek jejího provedení. Těmto věcem není dle mého názoru nutné věnovat pozornost, s určitými výjimkami týkajícími se věci Ústavou nyní neřešených a vyplývajících z vývoje za posledních 16 let, jimž budu věnovat pozornost dále.

Z hlediska stávající ústavní úpravy však je nutno věnovat pozornost mechanismu povolování především přeletů přes území České republiky. Jak ukáží dále, je stávající ústavní úprava nefunkční.

Povolování přeletů – průjezdy v zásadě nejsou či nemusí být problematické, neboť jejich počet je menší a lze je plánovat s větším předstihem – přes území České republiky je regulováno čl. 43 odst. 5 písm. a) a odst. 6 Ústavy. Rozhodovací pravomoc je svěřena vládě, viz odst. 5, nicméně podle odst. 6 je vláda povinna *neprodleně* informovat obě komory parlamentu, přičemž parlament může rozhodnutí vlády *zrušit*. Ke zrušení postačí nesouhlas jedné komory vyslovený nadpoloviční většinou všech členů komory.

Ústavní text lze dle mého názoru interpretovat jediným způsobem. Vláda je povinna informovat parlament neprodleně,<sup>15</sup> a to tak, aby parlament měl možnost rozhodnutí posoudit a případně zrušit, a to ještě před jeho naplněním. Tento závěr vyplývá hned ze dvou argumentů. V první řadě by nedávalo smysl, aby si ústavodárce přál, aby parlament rozhodoval a eventuálně rušil již zkonsumovaná rozhodnutí. V druhé řadě zde je argument kontrolní funkce parlamentu nad činností vlády. První uvedený argument považuji za rozhodující, protože opačný výklad vede k absurdním závěrům.

Potíž však spočívá v tom, že uvedený ústavní mechanismus *prakticky nelze dodržet*. Důvodem je velmi vysoký počet přeletů nad územím České republiky. Analýza<sup>16</sup> přípra-

Neměli bychom ovšem zapomenat na nám blízkou ústavu Slovenské republiky z 1. září 1992, která svěřuje ve svém čl. 102 odst. 1 písm. m) pravomoc vyhlášovat mimořádné právní stavy a mobilizaci, po návrhu vlády, prezidentu republiky.

Podobně by bylo možné pokračovat ještě dlouho. Lze každopádně shrnout, že náhradní způsob vyhlášení mimořádných právních stavů, respektive činění rozhodnutí k jejich odvrácení, není v evropských ústavách řešením neznámým, ani nijak výjimečným.

<sup>15</sup> Význam pojmu „neprodleně“ sice politici s oblibou zpochybňují či relativizují, ale nevyžaduje žádný zvláštní výklad. Vláda má jednat bez jakékoliv prodlevy, tedy nemá předání informace zdržovat či je odkládat.

<sup>16</sup> Celý název dokumentu je „Analýza stávající právní úpravy dosavadní praxe vyslovování souhlasu s přelety a průjezdy ozbrojených sil jiných států přes území České republiky“.

vená ministerstvem obrany pro jednání vlády<sup>17</sup> uvádí, že počet přeletů nad územím státu činí 500–700 měsíčně, přičemž většina byla partnerským státem vyžadována nebo oznamována velmi krátkou dobu před uskutečněním, obvykle méně než 7 dní. Ministerstvo dále uvádí, že některé požadavky na přelety, zejména v krizových situacích spočívajících např. v náhlé nutnosti evakuace ozbrojených sil nebo obyvatelstva nebo v přepravě raněných, jsou předkládány dokonce pouze několik hodin před uskutečněním letu.

Příčin těchto vysokých počtů přeletů přes území České republiky je několik, jistě mezi ně patří zeměpisná poloha našeho státu, ale také naše členství v různých mezinárodních organizacích, na prvním místě v Severoatlantické alianci, a z nich vyplývající spojenecké závazky.

Současně je nutno uvést, že sama Česká republika má obdobné zájmy jako její spojenci či zahraniční partneři a nastávají situace, kdy je třeba evakuovat české státní občany ze zahraničí<sup>18</sup> nebo zraněné příslušníky Armády České republiky,<sup>19</sup> respektive české jednotky v zahraničí vyměňovat a zásobovat.

To znamená, že je nutno počítat mj. s principy reciprocity a spojenectví, na jejichž fungování má Česká republika jednoznačný zájem. Ačkoliv princip reciprocity neplatí automaticky a bezvýjimečně, přesto jeho dodržování má vliv na rozhodování v jednotlivých případech. Stejně princip spojenectví znamená, že Česká republika by svou rozhodovací praxí a jejími mechanismy neměla znejišťovat spojence, např. rozhodnutím těsně před uskutečněním přeletu.

Jak je s ohledem na výše uvedené patrné, Ústavou definovaný mechanismus rozhodování nelze v praxi naplnit. V případě některých náhlých situací vyžadujících okamžitou reakci v řádu hodin je téměř vyloučené získat i jen souhlas vlády, natož projednání v parlamentu.

V praxi je postupováno podle mechanismu, který navrhlo na přelomu tisíciletí ministerstvo obrany. Na každý rok je vypracován seznam států, jejichž ozbrojeným silám je za účelem průjezdů či přeletů přes území České republiky vydán souhlas vládou na dobu jednoho roku. V případě ostatních států je postupováno *ad hoc*. O uskutečněných průjezdech a přeletech je potom informován parlament. A to v některých letech v půlroční frekvenci, v některých letech se jednalo o frekvenci čtvrtletní. Poprvé bylo tímto způsobem postupováno v roce 2001, konkrétně se jednalo o usnesení vlády č. 1322 z 10. prosince 2001. Podobně bylo postupováno v dalších letech až do dneška.

Pokud se jedná o státy, které byly zahrnuty do výše uvedené první skupiny, jednalo se o členské státy NATO a účastníky Partnerství pro mír. Nicméně toto rozdělení se ukázalo být nevyhovující, protože skupina států, vůči nimž bylo postupováno *ad hoc* byla velmi velká a řada států byla pro Českou republiku důležitá z hlediska jejich polohy pro realizaci zájmů našeho státu. Takto došlo k postupnému rozšíření první skupiny a v roce 2015 do ní náleží 84 států a do skupiny druhé potom 117 států.<sup>20</sup>

<sup>17</sup> Projednána vládou dne 22. července 2015 jako dokument č. j. 875/15 a vzata na vědomí usnesením vlády č. 580 z téhož dne.

<sup>18</sup> Jednalo se např. o evakuaci českých státních občanů postižených vlnou tsunami z Thajska v roce 2004.

<sup>19</sup> Zde se v posledních letech jednalo zejména o evakuace z Afghánistánu.

<sup>20</sup> Dopočítáno do čísla 201, což je počet států, které Česká republika v polovině roku 2015 uznávala.

Za účelem realizace popsaného mechanismu byla na základě usnesení Bezpečnostní rady státu č. 136 z 20. listopadu 2000 uzavřena Dohoda o povolování letů státních letadel (dále jen „Dohoda“). Aktuální verze Dohody byla uzavřena dne 27. září 2004 na základě usnesení Bezpečnostní rady státu č. 130 ze dne 13. července 2004. Dohoda je uzavřena mezi ministerstvy obrany, vnitra, financí, dopravy a zahraničních věcí. Zabezpečováním přeletů ozbrojených sil jiných států je pověřeno ministerstvo obrany, které tak činí prostřednictvím Odboru vojenské dopravy. Vyslovení vládního souhlasu na dobu jednoho roku tedy není časově a co do počtu neomezeným povolením pro přelety letadel států zahrnutých do první skupiny, ale předpokladem pro rychlé a snadné vyřízení povolení k jednotlivému přeletu. Na něm se podílejí v mezích svých kompetencí všechna výše uvedená ministerstva.

Nicméně ani tato praxe se neukázala být jako dostačující pro povolování přeletů států náležejících do druhé skupiny. Současně, jak již bylo uvedeno výše, princip reciprocity bránil operativnímu přístupu partnerského státu v případě, když jej neuplatňovala Česká republika, a přitom to pro Českou republiku mohlo být zásadní.

Proto ministerstvo obrany navrholo vládě v roce 2007 nový mechanismus, který spočíval ve vyslovení vládního souhlasu předem všem Českou republikou uznávaným státům k přeletům na jeden rok, ovšem s tím, že státy budou i nadále děleny na dvě výše uvedené skupiny. V případě prvého bude povolení k jednotlivému přeletu vydávat bez dalšího Odbor vojenské dopravy, v případě druhém také, avšak za splnění dalších podmínek, kterými jsou: absence námitek ministerstva zahraničních věcí proti uskutečnění daného letu, povolení může mít pouze jednorázový charakter a platnost pouze na 72 hodin, a každé takto vydané povolení bude zvláště vyznačeno ve zprávě pro parlament.<sup>21</sup> Tento postup byl vládou poprvé schválen dne 19. prosince 2007 usnesením č. 1437. Obdobně bylo postupováno i v následujících letech.

Jak je patrné, povolování a uskutečňování přeletů cizích ozbrojených sil přes území České republiky je velmi rozsáhlou a náročnou záležitostí a praxe několikrát narazila na meze tehdejších postupů a pravidel, která musela být změněna. Současně je zřejmé, že existující ústavní úprava je *nerealizovatelná*. Ačkoliv výše uvedená Analýza tvrdí, že stávající praxe je v souladu s ústavním pořádkem, z důvodů, které jsem uvedl podrobně výše, s tímto závěrem nesouhlasím.

Zastávám názor, že ústavní mechanismus povolování přeletů cizích ozbrojených sil přes území České republiky by měl být změněn. Vzhledem k tomu, že v případě kritických okolností není dostatečně operativní ani vyslovení souhlasu vládou, domnívám se, že Ústava by měla být změněna a měla by dát vládě možnost určit pravidla povolování přeletů. Současně by mělo dojít k přeformulování kontrolní pravomoci parlamentu, který by mohl posuzovat vládou stanovená pravidla povolování přeletů. Takto by mohla být existující praxe, která je vyhovující, východiskem pro úpravu ústavního pořádku.<sup>22</sup>

<sup>21</sup> Přeletů ozbrojených sil států druhé skupiny je velmi málo. Nejvíce jich bylo 10 za rok, a to v roce 2008. V roce 2009 se jednalo o 2 přelety, v roce 2010 o 5 přeletů, v roce 2011 o 1 přelet, v letech 2012–2014 vždy o 2 přelety za rok. Zdrojem těchto údajů je výše uvedená Analýza.

<sup>22</sup> Přirozeně by bylo možné se pokusit dále rozlišit přelety letadel přepravujících např. cizí ústavní činitele nebo zraněné vojáky od přeletů např. bombardovacích svazů. Je ale otázkou, zda lze v ústavním textu takové rozlišení provést. Současná praxe se přitom ukazuje být v zásadě vyhovující a z postoje parlamentu není

#### 4. K OTÁZCE ÚSTAVNÍHO POSTUPU PŘI PŘÍPADNÉM ZŘIZOVÁNÍ CIZÍ STÁLÉ VOJENSKÉ ZÁKLADNY NA ÚZEMÍ ČESKÉ REPUBLIKY

V minulých letech se objevila úvaha o možném zřízení stálé vojenské základny cizího státu na území České republiky. Politická diskuze o této otázce byla poměrně bouřlivá, ale v jejím rámci nebyla podrobněji probrána otázka, jakým ústavní postup by měl být při eventuálním povolování a zřizování takové vojenské základny zvolen.

Mám za to, že se jedná o záležitost ústavního charakteru. V prvé řadě proto, že tato problematika souvisí v té nejširší možné míře s otázkami nakládání s vlastními i cizími ozbrojenými silami. V druhé řadě jde o záležitost dotýkající se velmi úzce suverenity státu. Tyto záležitosti na tomto místě nebudu podrobněji rozebírat, neboť jsem tak učinil již dříve.<sup>23</sup>

Nabízí se několik otázek, jejichž zodpovězení není jednoznačné ani jasné, a tím pádem není jasný ani vhodný ústavní postup. Samotných postupů při realizaci dlouhodobého pobytu cizích ozbrojených sil na území České republiky může být více. Může být nejprve projednán a realizován na základě mezinárodní smlouvy, která by stanovila bližší podmínky pobytu. Teprve poté a v rámci této mezinárodní smlouvy může dojít k přesunu na území státu. Jemu by patrně měl předcházet souhlas parlamentu, případně předcházený souhlasem vlády, dle čl. 43 Ústavy. Lze si však představit také situaci, že nejprve dojde k přesunu, přirozeně na základě souhlasu parlamentu, kterému opět může předcházet souhlas vlády, přičemž cizí jednotky by se nejprve v rámci svého pobytu řídily výše uvedeným zákonem č. 310/1999 Sb. A teprve později by došlo k uzavření mezinárodní smlouvy, která by stanovila podrobnější nebo odchylné podmínky od zákona.<sup>24</sup> Otevřená je také otázka charakteru případné mezinárodní smlouvy stanovící právní režim cizí vojenské základny na území České republiky.

Krátce lze říci, že čl. 43 Ústavy spolu s dalšími jejími ustanoveními zřízení stálé vojenské základny cizí mocí na našem území umožňují, ale některé otázky lze pokládat za sporné.

Na prvním místě je vhodné věnovat pozornost otázce, jaký charakter by měla mezinárodní smlouva stanovící právní režim cizí vojenské základny a jejího osazenstva. Nabízejí se dvě možnosti, podle okolností.

---

patrný názor, že by vláda konala z věcného a politického hlediska nesprávně. Proto je patrně bez většího nebezpečí svěřeni určení celkového mechanismu do rukou vlády.

<sup>23</sup> KUDRŇA, J.: K některým otázkám interpretace čl. 43 Ústavy. In JIRÁSKOVÁ, V. (ed.): *Interpretace Ústavy České republiky a Ústavy Slovenské republiky (Evropeizace ústavních systémů)*. Praha: UK Právnícká fakulta, 2007.

<sup>24</sup> S ohledem na požadavek právní jistoty a předvídatelnosti práva se kloním ke stanovisku, že za běžné bezpečnostní situace by měla být nejprve řádně sjednána, ratifikována a vyhlášena příslušná mezinárodní smlouva, včetně vyslovení souhlasu s ratifikací oběma komorami Parlamentu, a teprve poté by měl Parlament, se znalostí sjednaného právního rámce, rozhodovat o udělení souhlasu k pobytu cizích ozbrojených sil na území České republiky. Nevylučuji však možnost opačného pořadí v případě akutního ohrožení bezpečnosti státu. Za vyloučené však považuji, aby byl souhlas k pobytu vyjádřen přímo v mezinárodní smlouvě a oba stupně schvalování se tak spojily v jeden. Není to totiž Parlament, kdo smlouvu sjednává a uzavírá na straně jedné, a na straně druhé vláda či prezident nemůže souhlas Parlamentu zaručit a učinit z něj předmět smlouvy.

Může se jednat o smlouvu spojeneckou, jak s ní počítá čl. 49 písm. b) Ústavy. K její ratifikaci tak bude třeba souhlasu obou komor Parlamentu, a to nadpoloviční většinou přítomných členů každé komory, při splnění podmínky usnášeníschopnosti.

Avšak s největší pravděpodobností by smlouva o zřízení cizí vojenské základny na území České republiky zahrnovala jisté prvky jurisdikčních výsad a exempcí, zejména pokud se jedná o disciplinární, eventuálně trestní a přestupkovou jurisdikci nad cizími vojáky. Bývá častým ujednáním v takových smlouvách, že hostitelský stát se ve větším nebo menším rozsahu vzdává své jurisdikce, čímž omezuje svou svrchovanost a přenáší část svých pravomocí na stát, jehož vojáky hostí. V takovém případě by se však jednalo o smlouvu podle čl. 10a Ústavy. K jejímu schválení by potom byla potřebná ústavní většina.

Svůj význam může mít také skutečnost, že parlament nemusí být jediným fórem, kde by tato otázka mohla být posuzována. Charakter příslušné mezinárodní smlouvy by mohl být také přezkoumáván Ústavním soudem, na který se může obrátit také menšina poslanců či senátorů.

Dalším krokem bude vyslovení souhlasu Parlamentu s pobytem cizích ozbrojených sil na území České republiky. Jak jsem uvedl výše, mám za to, že ten nemůže být zakotven v samotné mezinárodní smlouvě. Vysloven musí být nadpoloviční většinou všech členů každé z komor Parlamentu.

Na tomto místě je vhodné upozornit, že Ústavou požadovaná většina pro toto druhé hlasování, je vyšší, než v případě vyslovování souhlasu se smlouvou podle čl. 49 písm. b). Logika věci by žádala, aby kvalifikovaná, respektive nejvyšší většina byla vyžadována v případě hlasování prvního. V případě, že by smlouva o zřízení stálé vojenské základny svým obsahem nespádala režimu čl. 10a Ústavy, potom by se náročnost podmínek stupňovala. Komplikovalo by se nikoliv sjednání smlouvy, ale její naplnění. Potenciálně zde mohou vzniknout poměrně vážné problémy se splněním závazků České republiky v případě, kdy se změní rozložení sil mezi zastánci a odpůrci smlouvy v jedné z komor mezi prvním a druhým hlasováním.<sup>25</sup> Takový důsledek současné ústavní úpravy je nežádoucí.

V případě, kdy by byla smlouva o zřízení cizí vojenské základny klasifikována jako smlouva dle čl. 10a Ústavy, tyto problémy odpadají.

Tyto otázky by podle mého názoru měly být jasně vyřešeny předtím, než dojde k případné potřebě realizovat popsané řešení, které lze předpokládat spíše v situaci krizové a vyhocené. Za takových okolností není vhodné řešit základní sporné otázky, ale spíše rychle jednat.

Otevřenou otázkou také je forma, respektive podrobnost souhlasu s pobytem cizích ozbrojených sil, který vysloví Parlament. V takto závažném případě by bylo krajně nevhodné, aby byla převzata praxe schvalování zejména přeletů nad územím státu, kdy se tak činí často formou obecného rozhodnutí. Souhlas s pobytem by měl být dostatečně konkrétní zejména co do alespoň rámcového určení počtu příslušníků ozbrojených sil,

<sup>25</sup> Tuto situaci nelze vyloučit, protože nebude-li podpora zřízení základny ve společnosti a v Parlamentu dostatečně přesvědčivá, lze očekávat větší odpor při jednání o schválení přísunu konkrétních lidí a prostředků, než při dřívějším jednání o smlouvě, která je pro většinu veřejnosti, v porovnání s přísunem jednotek, relativně abstraktní záležitost.

druhu vojenských jednotek a způsobu jejich vybavení. Pouze za těchto tří podmínek splní Parlament svou kontrolní roli. Současně podle mého názoru platí také to, že podstatná změna počtu nebo druhu přítomných vojenských jednotek nad předchozí souhlas nebo mimo jeho rozsah by vyžadovala nový souhlas parlamentu. Také v tomto případě hrozí eventuální zablokování v parlamentu.

Jak je z uvedeného patrné, zastávám názor, že v rámci stávající ústavní úpravy cizí základnu na území České republiky zřídit lze. Současně se však domnívám, že v souvislosti s touto záležitostí se může objevit celá řada sporných otázek, ať už povahy teoretické nebo praktické. Vzhledem k tomu, že uvedené opatření by bylo poměrně citlivou záležitostí a uskutečňováno by bylo spíše v situaci vážné krize, a mohlo by být předmětem přezkumu Ústavního soudu, měla by podle mého názoru existovat shoda co do postupu a jeho jasná pravidla daleko dříve.

#### 5. K NĚKTERÝM LIMITŮM SOUČASNÉ ÚSTAVNÍ ÚPRAVY PRO PŘÍPAD ROZŠÍŘENÍ ÚLOHY NATO

NATO již v roce 2002, na svém summitu konaném v Praze, rozhodlo o zřízení Sil rychlé reakce (NATO Response Forces, dále jen „NRF“). O dva roky později bylo oznámeno dosažení jejich operační způsobilosti. NRF mají mít způsobilost zasáhnout kdekoliv na světě a plnit různé úkoly, včetně civilní ochrany, mírových operací nebo použití síly. Jedná se o mnohonárodnostní jednotky ustavované na základě rotačního principu. Tedy každý členský stát účastníci se na činnosti NRF poskytuje část svých ozbrojených sil pod velení NATO.<sup>26</sup> Na svém summitu konaném v roce 2014 ve Walesu NATO rozhodlo o vytvoření Sil velmi rychlé reakce (NATO Very High Readiness Joint Task Force, dále jen „VJTF“).<sup>27</sup> Akceschopnost této části NRF má být ještě vyšší, počítá se s jejich nasazením během 48–72 hodin.

Z hlediska české ústavní úpravy můžeme při plnění svých závazků vůči NATO v závislosti na úkolu, který by měly zejména VJTF plnit, narazit na zásadní limity. Mise NRF i VJTF znamená vyslání ozbrojených sil České republiky mimo území státu. Takový krok je, podle okolností, podmíněn buď souhlasem parlamentu, nebo ve vyjmenovaných případech vlády.

Rozhodování parlamentu nemusí být dostatečně pružné zejména pro činnost VJTF a jejich vysokou akceschopnost a pružnost nasazení, s nimiž je počítáno. Dokonce i pro vládu může obtížné splnit být limit 48–72 hodin, což je pro některé typy jednotek limit maximální, nikoliv žádoucí. Každopádně vláda má v tomto směru vyšší předpoklady se sejit a rozhodnout.

Vláda je však limitována jasně stanovenými ústavními podmínkami, kdy může rozhodovat namísto parlamentu. Je otázkou, zda některé mise, k nimž by mohly VJTF být určeny, nepřesahují tyto meze. Omezující by mohlo být ustanovení čl. 43 odst. 4 písm. b), které předpokládá souhlas přijímajícího státu. Pokud by měla být předpokládána mírová operace VJTF bez souhlasu přijímajícího státu, potom by z hlediska naší

<sup>26</sup> Více viz např. zde: [http://www.natoaktual.cz/nrf-cke/-na\\_zpravy.aspx?y=na\\_summit/nrf\\_main.htm](http://www.natoaktual.cz/nrf-cke/-na_zpravy.aspx?y=na_summit/nrf_main.htm) [cit. 20. 10. 2016].

<sup>27</sup> Více viz např. zde: [http://www.nato.int/cps/pl/natohq/topics\\_49755.htm](http://www.nato.int/cps/pl/natohq/topics_49755.htm) [cit. 20. 10. 2016].



Ústavy byl vyžadován souhlas parlamentu. Může také nastat situace podobného zásahu v oblasti tzv. zhrouteného státu, kde souhlas nemá ani kdo dát. I v tomto případě by však účast našich ozbrojených sil na misi VJTF zřejmě byla podmíněna souhlasem parlamentu.

Souhlas parlamentu zajišťuje jednak vyšší kontrolu, ale zejména vyšší legitimitu rozhodnutí, které ve svých důsledcích má závažné mezinárodní dopady, a to jak politické, tak i právní. Na druhé straně však může nastat situace, že Česká republika nebude reálně schopna naplnit své závazky vůči NATO.

Tato otázka by dle mého názoru měla být širěji diskutována, a i zde se nabízí prostor k úpravě Ústavy. Současně však zastávám názor, že se jedná o záležitost vysoce citlivou a potenciálně spornou, protože mnohé<sup>28</sup> zásahy na území cizího státu bez mandátu OSN hrozí porušením Charty OSN, konkrétně zásady nevměšování se do vnitřních poměrů členského státu. O to by měla být případná diskuze důkladnější.

### III. ZÁVĚREČNÉ SHRNUTÍ

Jak jsem v podrobnostech uvedl již výše, dle mého názoru obsahuje současná ústavní úprava bezpečnostních otázek celou řadu nedostatků, a to jak v záležitosti koncepce, tak i konkrétních ustanovení.

Na prvním místě stávající ústavní úprava dává velké pole působnosti a málo záruk v oblasti omezování lidských práv a svobod. Značný prostor je dán zákonodárci, což neodpovídá myšlenke konstitucionalismu. V tomto směru by tedy mohla být ústavní úprava detailnější, aby bylo zřejmé, za jakých okolností může být do ústavně garantovaných práv a svobod zasaženo. Může se to týkat např. řady práv ze skupiny práv na soudní a jinou právní ochranu. V tomto případě není dostatečným způsobem naplněna již dříve popsána zásada *konstitucionalizace* mimořádných právních stavů.

Druhou oblastí zasluhující změnu je dle mého názoru úprava vyhlášení zejména válečného stavu a určitého vyjasnění, co je válečným stavem rozuměno. Pokud se jedná o jeho vyhlášení, je možné uvažovat o možnosti jeho vyhlášení náhradním způsobem. Ten by měl být stanoven pro případ, kdy by bylo vyhlášení parlamentem nerealizovatelné. Např. proto, že by se parlament nemohl sejít z důvodu probíhající nebo bezprostředně hrozící agrese. Zde narážíme nejenom na nejasnost, ale i na nepružnost celé řady klíčových procedur. Z hlediska teoretického narážíme na problém s naplněním zásady *diferenciace*, respektive *proporcionalizace* mimořádných právních stavů. Problémem je také přílišná *parlamentarizace*.

Obdobná situace nastává u třetího velkého problému, a sice mechanismu schvalování přeletů cizích ozbrojených sil nad územím České republiky. Stávající ústavní

<sup>28</sup> Mezinárodní právo veřejné např. nepovažuje za nelegální použití síly za účelem ochrany vlastních občanů na území cizího státu i bez jeho souhlasu. Viz např. SHAW, M. N.: *International Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, s. 1143–1146. Pokud by bylo zvažováno vyslání českých vojenských jednotek na území cizího státu za účelem např. záchrany českých státních občanů, otázka souladu či nesouladu s mezinárodním právem veřejným by zřejmě nevystala. Zůstal by však zachován problém vyplývající z ústavní úpravy, podle které by souhlas s podobným vysláním nemohla vyslovit pouze vláda, ale musel by tak učinit parlament. Taková procedura je jednak časově náročná a existuje zde větší hrozba vyzrazení.



procedura je nerealizovatelná. Podle mého názoru by Ústava měl dát pravomoc stanovit pravidla pro povolování takových přeletů vládě, která by tak činila v určitém zákonném rámci. Také zde narážíme na přílišnou *parlamentarizaci*.

Čtvrtou otázkou, která by zasluhovala zvláštní řešení, je procedura, na jejímž základě by případně byla zřízena cizí vojenská základna na území České republiky. Stávající ústavní úprava takový krok umožňuje. Přitom ale hrozí opět řada nejasností a hrozeb zdržení.

Pátou oblastí zasluhující určité zpružnění a vyjasnění je zapojení České republiky do Sil rychlé reakce NATO. Je otázkou, nakolik by mělo dojít k uvolnění schvalovacích procedur, ale současně je zřejmé, že stávající Ústava patrně není s to dostát požadavkům vyplývajícím z našich spojeneckých závazků. V této věci by byla zvláště na místě důkladná odborná a politická diskuze, jejímž předmětem by byl rozsah spojeneckých závazků České republiky a jejich možné mezinárodněprávní důsledky, a tomu potom odpovídající způsoby naplňování uvedených závazků, včetně schvalovacích mechanismů.

Celá výše popsaná situace je o to závažnější, že se nejedná o doporučení směřující pouze k určitému vylepšení či racionalizaci procedur. Podstatná část identifikovaných problémů dle mého názoru brání řádnému fungování státu v krizových situacích v souladu s ústavními předpisy, nebo tím přinejmenším hrozí. Jiné se mohou velmi úzce dotýkat základních zásad mezinárodního práva veřejného a pravidel fungování mezinárodního společenství.

Na úplný závěr lze shrnout, že v rámci stávajícího ústavního uspořádání České republiky je oprávněn přijmout téměř jakékoliv rozhodnutí ve věci zajištění bezpečnosti státu parlament. Jediným limitem jeho rozhodování je čl. 1 odst. 2 Ústavy. Rozhodnutí parlamentu by tedy nemělo porušovat závazky vyplývající České republice z mezinárodního práva. *Parlamentarizace* takového rozhodování zajišťuje nejvyšší legitimitu činěných rozhodnutí, a také kontrolu nad výkonnou mocí. Současně však je nutno říci, že rozhodování parlamentu může být těžkopádné a jeho časová náročnost může být v přímém rozporu s některými mezinárodními závazky České republiky. V některých případech podobný problém může patrně vyvstat i v případě vlády. V případě parlamentu také existuje větší nebezpečí vyřazení projednávané záležitosti.

Ústava České republiky v tomto směru vyžaduje dle mého názoru přehodnocení. Je pro to ideální čas, protože na jedné straně jsou poměrně jasné potřeby a nedostatky, na straně druhé je relativně čas na rozvážnou úvahu a případnou změnu.

JUDr. Jan Kudrna, Ph.D.  
Univerzita Karlova, Právnická fakulta  
kudrnaj@prf.cuni.cz

## SKUPINA G20 JAKO NOVÉ FÓRUM PRO KOHERENCI A MULTILATERALIZACI MEZINÁRODNÍHO INVESTIČNÍHO PRÁVA

ONDŘEJ SVOBODA\*

**Abstract:** **The Group of G20 as a new forum for coherence and multilateralization of international investment law**

The group of G20 has never been previously so much involved in investment policy issues and regulation of investment environment in its short history as of now. The recent Chinese presidency of the group in 2016 nevertheless marked a change by establishment of trade and investment working group whose the most important achievement was the Guiding Principles for Global Investment Policymaking. This brings a question whether the G20 with its global impact and in connection with the recently found interest does not constitute a potential for future comprehensive debates on the system of international investment law and its reform, especially in the context of multilateralization and coherence. This contribution attempts to find an answer through an analysis of current trends in investment policies and the Guiding principles as such.

**Keywords:** G20, investment law, investment policy, guiding principles, multilateralisation

**Klíčová slova:** G20, investiční právo, investiční politika, řídicí principy, multilateralizace

**DOI:** 10.14712/23366478.2017.30

Skupina G20<sup>1</sup> a mezinárodní investiční právo. Dva pojmy, které do nedávna neměly mnoho společného. Členové G20 si však při hledání způsobů, jakými oživit globální hospodářský růst, postupně uvědomují, že zahraniční investice jsou pro něj důležitým impulzem a jeho nezbytnou součástí. Zcela nový rozměr aktivního zaměření G20 na problematiku investiční politiky přineslo čínské předsednictví skupině v roce 2016. Čína v rámci svého předsednictví nejen vytvořila stálou pracovní skupinu G20 pro obchod a investice, ale tato skupina pod jejím vedením připravila během krátké doby i první dokument G20 k investicím pojmenovaný Řídicí principy pro tvorbu globálních investičních politik (*G20 Guiding Principles for Global Investment Policymaking*, dále také jen „Principy“), který byl následně v Šanghaji v červenci 2016 schválen

\* Mgr. Bc. Ondřej Svoboda působí jako interní doktorand na katedře mezinárodního práva Právnické fakulty UK a profesně na oddělení mezinárodního práva Ministerstva průmyslu a obchodu ČR. Text byl zpracován v rámci programu Právnické fakulty Univerzity Karlovy Progres Q04 – Právo v měnícím se světě. Jeho obsah je pouze osobním názorem autora a nevyjadřuje oficiální stanovisko MPO ČR. Autor by chtěl poděkovat za cenné postřehy Ing. Mgr. PhDr. Davidu Müllerovi, Ph.D.

<sup>1</sup> Skupina G20 sdružuje dvacet nejvýznamnějších světových ekonomik: Jihoafrická republika, Argentina, Brazílie, Kanada, Mexiko, USA, Indonésie, Saudská Arábie, Indie, Čína, Japonsko, Jižní Korea, Rusko, Turecko, Evropská unie, Francie, Německo, Itálie, Spojené království a Austrálie.

ministry zemí G20 pro obchod a nakonec i na vrcholném summitu představitelů zemí G20 v Chang-čou v září 2016. Obecně platí, že některé jednostranné akty hrají v oblasti mezinárodního práva mezinárodních organizací významnou roli.<sup>2</sup> Ačkoli G20 není mezinárodní organizací, může hrát tato její iniciativa v rozvoji mezinárodního investičního práva výraznou roli, a to především v multilaterální rovině.

Stávající omezený rozsah multilaterálních investičních pravidel je přitom v ostrém kontrastu s hustou globální sítí bilaterálních a regionálních dohod. Podle údajů Konference OSN o obchodu a rozvoji (UNCTAD) uzavřely státy za posledních 60 let téměř 3 000 dvoustranných dohod o podpoře a ochraně investic (*bilateral investment treaties* – BITs),<sup>3</sup> které tvoří spolu s některými regionálními a univerzálními pravidly základ dnešního systému mezinárodního investičního práva. Opravdový multilaterální přístup však stále chybí.<sup>4</sup> Tento stav je dán především historickým vývojem, kdy pokusy o multilaterální úpravu investic skončily neúspěchem, ať už se jednalo o samotný prvopočátek ve formě několika ustanovení k investicím v Havanské chartě v roce 1948, iniciativy na půdě Organizace pro hospodářskou spolupráci a rozvoj (OECD) – návrhy Úmluvy o ochraně zahraničních investic z roku 1962 a Mnohostranné dohody o investicích diskutované v letech 1995–1999, nebo Světové obchodní organizace (WTO), v rámci činnosti Pracovní skupiny pro vztah mezi obchodem a investicemi v období let 1996–2004.

V kontextu těchto neúspěšných snah, kdy selhaly i organizace jevící se jako přirozená místa k debatám nad společnými investičními pravidly jako OECD a WTO, se nyní objevuje G20 jako zcela nové fórum. Při srovnání s předchozími neúspěšnými pokusy však lze pozorovat nejen jistou opatrnost u tradičních hybatelů, za které lze považovat Spojené státy a západoevropské země, nyní členské státy Evropské unie (EU),<sup>5</sup> ale především podstatnou změnu okolností, které mohou přispět k dosažení širšího konsenzu, co se týče multilaterální úpravy investic. Zaprvé, se změnou ekonomických sil ve světě se tradiční vývozci investic dostali také do role jejich příjemců a naopak rozvojové země, které byly obvykle pouze jejich příjemci, se stávají také významnými vývozci. Tento trend je zvláště patrný na příkladu Číny. Zadruhé, aktuálně probíhá několik významných vyjednávání o dvoustranných investičních dohodách a regionálních dohodách o volném obchodu (*free trade agreements* – FTAs), které podle současných textů obsahují kapitoly upravující liberalizaci investic, jejich ochranu a mechanismus řešení sporů.<sup>6</sup> Pokud se tyto dohody podaří uzavřít, budou představovat významný krok

<sup>2</sup> ŠTURMA, P. – BALAŠ, V.: *Ochrana mezinárodních investic v kontextu obecného mezinárodního práva*. Praha, 2012, s. 31.

<sup>3</sup> UNCTAD. *World Investment Report 2015 – Reforming International Investment Governance*. Ženeva, 2015, s. 106.

<sup>4</sup> Ačkoli podle Schilla jde spíše o multilaterální systém vytvořený na bázi BITs a prostřednictvím doložek nejvyšších výhod, možností tzv. treaty-shopping a judikatury arbitrážních tribunálů. Blíže viz SCHILL, S. W.: *The Multilateralization of International Investment Law*. Cambridge, 2009, s. 19–21.

<sup>5</sup> Lisabonskou smlouvou pozbyly členské státy EU pravomoci v oblasti přímých zahraničních investic, které byly přeneseny na unijní úroveň.

<sup>6</sup> Máme na mysli především dvě sjednávané BITs mezi EU a Čínou a Spojenými státy a Čínou a tři FTAs: Transatlantické obchodní a investiční partnerství (TTIP) mezi EU a USA, Transpaciřské partnerství (TPP) uzavřené 12 tichomořskými zeměmi a Regionální komplexní ekonomické partnerství (RCEP) sdružující východoasijské země, Austrálii a Nový Zéland.

k harmonizaci investičních pravidel a mohou vést de facto k vytvoření jejich společného rámce.<sup>7</sup> Tento trend nicméně ponecháme dále stranou, protože se v kontextu úvah o novém významu G20 zaměříme především na prvně jmenovaný aspekt.

Při zohlednění výše uvedeného lze souhlasit, že G20 má značný potenciál pro tvorbu investičních pravidel. Její členové jsou největšími vývozci a současně příjemci zahraničních investic. Navíc má od počátku minulého roku zcela novou institucionální složku v podobě pracovní skupiny G20 pro obchod a investice. Za těchto okolností se G20 může stát důležitým fórem pro diskuzi a spolupráci nad reformou investičního systému, obzvláště co se týče jeho multilateralizace a zajištění širší koherence. Je ale opravdu reálné očekávat, že především politické uskupení jako skupina G20 může přinést pokrok v natolik kontroverzní oblasti mezinárodního práva? V odpovědi na tuto otázku se příspěvek nejdříve soustředí na analýzu nových trendů v investičních tocích, v uzavírání investičních dohod a v souvisejících investičních sporech. Uvedené změny mají vliv na ofenzivní a defenzivní postoje vyspělých i rozvojových zemí, které zaujímají k regulaci zahraničních investic. Zvláštní důraz bude přitom kladen na Čínu jako zemi, která je ukázkovým příkladem tohoto procesu. To potvrdila v rámci předsednictví G20 v roce 2016, jehož průběh a výstupy budou následně popsány a zhodnoceny. Pozornost bude zvláště věnována rozboru Principů, ať už pohledu jejich širšího významu nebo obsahu. V závěru je při zohlednění zjištěných poznatků nová iniciativa G20 stejně jako samotné Principy přijaty pozitivně. Rozhodujícím momentem pro rozvoj činnosti G20 v oblasti investiční politiky však zůstane politický zájem se tímto tématem dále zabývat.

## PROMĚNY GLOBÁLNÍHO INVESTIČNÍHO PROSTŘEDÍ

V dřívějších vyjednáváních, ať už na půdě OECD nebo WTO, byl vždy patrný rozdíl mezi pozicemi zemí vyvážejícími kapitál a zeměmi, které jej přijímají. Pro období 60. a 70. let byl nejdříve typický konflikt mezi vyspělými rozvinutými zeměmi na straně jedné a rozvojovými a socialistickými státy na straně druhé. Znatelný rozdíl mezi pozicemi zemí, které investice vyvážely, a zeměmi, které sloužily jako hostitelské země pro tyto investice, hrál později zásadní roli při neúspěchu vyjednávání o Mnohostranné dohodě o investicích i pozdějších diskuzích ve WTO v 90. letech a později. Tato dělící linie převážně odrážela tradiční rozdělení na vyspělé a rozvojové země a odlišné přístupy k zacházení se zahraničními investicemi zůstávají relevantní dodnes. Situace se nicméně postupně mění. Investice míří oběma směry, a zatímco investice z vyspělých zemí v posledních letech spíše stagnovaly, u rozvojových zemí vzrostly mezi rokem 2014 a 2015 o 23 %. Z rozvojových zemí tak v roce 2015 pocházela více než jedna třetina všech přímých zahraničních investic, přičemž v roce 2000 to byla pouhá desetina.<sup>8</sup>

<sup>7</sup> SAUVANT, K. P.: China, the G20 and the International Investment Regime. *China World Economy*, sv. 24, č. 4/2016, s. 78–79; FELDMAN, M. – VIGNOLO, R. M. – CHIFFELLE, C. R.: *The Role of Pacific Rim FTAs in the Harmonisation of International Investment Law: Towards a Free Trade Area of the Asia-Pacific*. International Centre for Trade and Sustainable Development, 2016, s. 2.

<sup>8</sup> UNCTAD, *Report*, s. 30–31.

V dnešní době tak rozvojové země nezohledňují ve svých politikách čistě defenzivní zájmy. Jako země vyvážející investice chtějí také ony chránit své investory v zahraničí a usnadňovat jim vstup na jiné trhy. Přirozeně jejich investoři začínají využívat i ochrany poskytované BITs a přibývá investičních sporů, které zahájili investoři ze zemí, které nepatří mezi tradiční vývozce kapitálu. Veřejně známé jsou např. čtyři spory zahájené čínskými investory, tři indickými a jihokorejskými investory a po jednom investičním sporu již vedli investoři jihoafričtí, saúdskoarabské, mexičtí a argentinští. U tureckých investorů se dokonce eviduje 19 sporů.<sup>9</sup> Naopak vyspělé země, donedávna hlavní vývozci kapitálu, čelí rostoucímu počtu žalob ze strany zahraničních investorů,<sup>10</sup> což je nově vede v jejich smluvní praxi k tomu, aby více dbaly o defenzivní zájmy. Dříve platilo, že z těchto zemí pocházela většina významných investorů a měly určující vliv na mezinárodní standardy pro zacházení s investicemi. Proto tyto standardy upřednostňovaly především zájmy investorů. Nově jsou však rozvinuté země nuceny reagovat na situace, kdy jsou sami hostitelskými zeměmi pro investice ze zahraničí a čelí následným, často kontroverzním, sporům. To způsobuje u jejich občanů stále častější pochybnosti a obavy nad stávajícím investičním systémem.<sup>11</sup>

Dalším důležitým trendem je uzavírání BITs mezi rozvojovými státy a jejich výraznější role při tvorbě mezinárodních investičních pravidel.<sup>12</sup> Dvoustranné ani regionální dohody se již dlouho neuzavírají pouze mezi vyspělými zeměmi na jedné straně a rozvojovými zeměmi na straně druhé. Přibližně 40 % všech BITs uzavřely rozvojové země mezi sebou.<sup>13</sup> Aktivní jsou především v uzavírání regionálních dohod, z nichž mnohé obsahují závazky k liberalizaci či ochraně investic.<sup>14</sup> Rostoucí vliv je typický především pro asijské země. Tento vývoj je logickým důsledkem změn v globálních investičních tocích, kdy se Asie stala v rámci regionů hlavním zdrojem zahraničních investic.<sup>15</sup> Tamní země se tak logicky snaží více prosazovat v debatách na různých mezinárodních úrovních nad podobou pravidel regulujících zahraniční investice a systém investičního práva se zapojením nových aktérů navíc stává reprezentativnějším.<sup>16</sup>

Tato nová krajina globálního investičního prostředí tak směřuje k postupné konvergenci zájmů obou skupin zemí, což by mělo napomoci dosažení kompromisu nad

<sup>9</sup> Seznam sporů a podrobnosti k nim lze nalézt na *UNCTAD Investment Dispute Settlement Navigator* [online]. 12. 10. 2016. Dostupné na <<http://investmentpolicyhub.unctad.org/ISDS>>.

<sup>10</sup> V roce 2014 bylo celých 40 % sporů zahájených proti rozvinutým státům a např. Itálie čelila žalobě ze strany zahraničního investora poprvé v historii.

<sup>11</sup> Nejvýrazněji se odpor proti investiční ochraně a zvláště systému řešení sporů investor–stát projevil ve veřejné konzultaci, kterou zahájila Evropská komise k investiční kapitole pro TTIP a následně novém přístupu EU k ochraně investic.

<sup>12</sup> Rostoucí vliv rozvojových zemí není omezen pouze na oblast investic, ale také na obchodní pravidla a agendu WTO. Viz např. DRAHOS, P.: When the Weak Bargain with the Strong: Negotiations in the World Trade Organization. *International Negotiation*, sv. 8, č. 1/2003; HOPEWELL, K.: Different path to power: The rise of Brazil, India and China at the World Trade Organisation. *Review of International Political Economy*, sv. 22, č. 2/2015.

<sup>13</sup> POULSEN, L. S.: The Significance of South-South BITs For the International Investment Regime: A Quantitative Analysis. *Northwestern Journal of International Law & Business*, sv. 30, č. 1/2010, s. 101.

<sup>14</sup> DATTU, R.: A Journey from Havana to Paris: The Fifty-Year Quest for the Elusive Multilateral Agreement on Investment. *Fordham International Law Journal*, sv. 24, č. 1/2000, s. 277.

<sup>15</sup> UNCTAD, *Report*, s. 5.

<sup>16</sup> SCHILL, S. W.: Changing geography: prospects for Asian actors as global rule-makers in international investment law. *Columbia FDI Perspectives*, č. 177/2016, s. 2.

univerzálními pravidly pro investice, ať už v omezené podobě, nebo ve formě multilaterální dohody.<sup>17</sup>

Čína jako výrazný hybatel v současných debatách o tvorbě pravidel regulujících toky zahraničních investic je dokonalým ilustrativním příkladem. Na tomto poli je z rozvojových zemí jednoznačně neaktivnější, jak ostatně potvrdila během předsednictví G20. Její zájem odpovídajícím způsobem odráží vzrůstající čínské investice v zahraničí a rozvoj vlastní investiční politiky. Čínské vnější přímé zahraniční investice dlouhodobě rostou a tento trend bude pravděpodobně nadále pokračovat, zvláště v odvětvích služeb a infrastruktury.<sup>18</sup> Z poslední doby jsou dobře známé velké čínské investiční plány, ať už se jedná o založení Asijské investiční banky pro infrastrukturu nebo projekt Nové hedvábné stezky. Čínské společnosti nicméně současně čelí v zahraničí rostoucím překážkám. Tato situace je téměř imperativem pro čínskou vládu, aby zlepšila ochranu a přístup čínských investorů na bilaterální, regionální i multilaterální úrovni.<sup>19</sup> Čína má v současnosti uzavřeno na 148 dohod týkajících se úpravy zahraničních investic, z nichž je 129 bilaterálních a 19 jiného typu.<sup>20</sup> Ačkoliv Čína nemá vyvinutou vlastní vzorovou investiční dohodu, lze v její smluvní praxi vystopovat několik „generací“ investičních modelů, přičemž poslední vývoj se vyznačuje rostoucím důrazem na ochranu zájmů čínských investorů a zlepšení podmínek pro jejich operace.<sup>21</sup> Pro názornou ukázkou nových rolí jednotlivých zemí a regionů v kontextu čínského příkladu poslouží dvě skutečnosti. První z nich je údaj, že téměř 60 % čínských investic směřovalo do vyspělých zemí jako Austrálie, Spojené státy, Německo a Kanada.<sup>22</sup> Druhým příkladem je investiční spor, kdy čínští investoři zažalovali Belgii poté, co během finanční krize v roce 2008 vykoupila a následně znárodnila a prodala třetí straně finanční instituci, do které čínské společnosti investovaly.<sup>23</sup>

V těchto podmínkách má G20, tvořená dvaceti největšími ekonomikami světa, přesněji 19 zeměmi a EU, ambice formulovat hlavní rámec pro hospodářskou spolupráci a může hrát unikátní roli mostu mezi tradičními hospodářskými velmocemi, de facto zeměmi skupiny G7, a rostoucími ekonomikami v čele s Čínou. Jde o poměrně nový formát mezinárodní spolupráce původně založené jako pravidelné roční zasedání ministrů financí a guvernérů centrálních bank v reakci na světovou finanční krizi v letech 1997–1999. Původně byla G20 založena jako nový mechanismus pro neformální dialog, za účelem budování konsenzu nad mezinárodními otázkami a se zvláštním zaměřením na mezinárodní finanční stabilitu. Postupně se agenda uskupení rozšiřuje, protože

<sup>17</sup> SAUVANT, c. d., s. 78.

<sup>18</sup> UNCTAD, *Report*, s. 41.

<sup>19</sup> HE, F. – BIJUN W.: Chinese interests in the global investment régime. *China Economic Journal*, sv. 17, č. 1/2004, s. 18.

<sup>20</sup> UNCTAD *International Investment Agreements Navigator* [online]. 12. 10. 2016. Dostupné na <<http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA>>.

<sup>21</sup> Pro podrobnější popis vývoje čínské smluvní praxe viz např.: BERGER, A.: Hesitant Embrace: China's Recent Approach to International Investment Rule-Making. *Journal of World Investment & Trade*, sv. 16, č. 5–6/2015.

<sup>22</sup> BIJUN, W.: A Misread Official Data: The True Pattern of Chinese ODI. *International Economic Review*, č. 1/2013, s. 61–74.

<sup>23</sup> *Ping An Life Insurance Company of China, Limited and Ping An Insurance (Group) Company of China, Limited v. Kingdom of Belgium*, ICSID Case No. ARB/12/29.



s členskými ekonomikami, které představují přibližně 85 % celosvětového HDP, se jedná o formát spolupráce s velkým potenciálem. Prozatím však G20 byla spíše terčem kritiky pro svůj malý praktický dopad na globální ekonomiku. Je však zapotřebí mít realistická očekávání v tom, co lze spoluprací na globální úrovni dosáhnout.<sup>24</sup>

To platí i co se týče investic. Statistiky dokládají, že podíl zemí G20 jako vývozců zahraničních investic zahrnuje od roku 2007 stabilně přes 60 % veškerých investičních toků.<sup>25</sup> Téměř ve stejném podílu byly také jejich recipienty.<sup>26</sup> O potenciálu skupiny svědčí i další údaje. V úvodu bylo řečeno, že je evidováno na 3 000 investičních dohod. U celých 40 %, přesně 1 175, je jednou smluvní stranou země G20. Pokud jde o jiné mezinárodní dohody upravující investiční toky, např. FTAs, je toto číslo ještě větší, a to 77 %. Podobně zajímavé statistiky se týkají i investičních sporů. V celkem 381 případech, tj. 57 % všech známých sporů, byla žaloba podána investorem ze země G20. Země G20 byly žalovány ve 183 sporech, což činí 27% podíl. G20 tak má nepochybně pro svoji různorodost a váhu potenciál stát se mimořádně prospěšným diskuzním forem s významným vlivem na tvorbu a na vývoj investičních politik.

Tento potenciál, kdy se investicím na agendě G20 dostává zvýšené pozornosti, se začíná v posledních dvou letech pomalu naplňovat. Poprvé se to projevilo v závěrečném komuniké představitelů G20 na jejich setkání v Antalyi v Turecku v listopadu 2015. V tomto dokumentu se mj. zavázali k posílení investic a konkrétním krokům za účelem zlepšení investičního prostředí, které by dle odhadu OECD mohly vést k nárůstu poměru celkových investic G20 vůči HDP do roku 2018 o jedno procento.<sup>27</sup> Představitelé G20 dále potvrdili, že světový obchod a investice jsou a budou důležitými motory hospodářského růstu a rozvoje, které vytvářejí pracovní místa a přispívají obecnému prospěchu.<sup>28</sup> Nejnověji se představitelé G20 na summitu v Chang-čou v září 2016 zavázali k usnadňování (facilitaci) a liberalizaci investic.<sup>29</sup> Ačkoliv se to může jevit jako banální, nenahlížely vždy některé méně vyspělé země, které jsou členy G20, na obchod a investice pozitivně. S ohledem na omezený růst obchodu i investic dále nejvyšší představitelé G20 předestřeli širší spolupráci, a to zvláště v boji proti protekcionistickým opatřením. S tímto cílem se také měli pravidelně setkávat ministři obchodu a měla být vytvořena specializovaná pracovní skupina.<sup>30</sup>

## ČÍNSKÉ PŘEDSEDNICTVÍ SKUPINY G20

Na závěry antalijského summitu navázalo následné čínské předsednictví v uplynulém roce. V dokumentu oznamujícím hlavní programové body svého před-

<sup>24</sup> AMIGHINI, A. – GOLDSTEIN, A.: Introduction: Contextualizing the 2016 G20: Global Analyses and Challenges for the Chinese Presidency. *China & World Economy*, sv. 24, č. 4/2016, s. 1–2.

<sup>25</sup> *UNCTAD G20 Investment Fact Sheet* [online]. 12. 10. 2016. Dostupné na <[http://investmentpolicyhub.unctad.org/Upload/Documents/G20\\_factsheet\\_FINAL.pdf](http://investmentpolicyhub.unctad.org/Upload/Documents/G20_factsheet_FINAL.pdf)>.

<sup>26</sup> *Ibid.*

<sup>27</sup> *G20 Leaders' Communiqué*, 16. 11. 2015, odst. 9.

<sup>28</sup> *Ibid.*, odst. 11.

<sup>29</sup> *G20 Leaders' Communiqué Hangzhou Summit*, 5. 9. 2016, odst. 25.

<sup>30</sup> *Ibid.*



sednictví skupiny G20 v roce 2016 zaujímají investice prominentní místo a opětovně je uznána jejich klíčová role pro hospodářský růst. V dokumentu je dále konstatováno, že celosvětově narůstá počet obchodních a investičních dohod a ačkoliv země G20 podporují liberalizaci a posilování obchodu a investic, vede to také k fragmentaci jejich úpravy, na což musí G20 reagovat.<sup>31</sup> G20 by tak měla prozkoumat možnosti vytvoření nezávazných investičních principů při zohledňování problémů, kterým musí čelit rozvojové země. Současně by G20 měla sloužit jako platforma rozvoje spolupráce v oblastech jako sdílení osvědčených postupů, výměna informací či vytváření vhodného politického prostředí.<sup>32</sup> Podle očekávání se tedy investice staly jedním z prioritních témat a Čína byla v této oblasti značně ambiciózní.

Potvrzením skutečného zájmu Číny o mezinárodní investice bylo založení pracovní skupiny G20 pro obchod a investice hned na začátku jejího předsednictví. Nejen že skupina představuje vhodný formát k výměně názorů a hledání konsenzu u mnoha investičních témat pro zástupce a národní experty zemí G20, ale je také příležitostí k posílení koherence mezi obchodem a investicemi, což je vztah, který je někdy opomíjený. Pracovní skupina se setkala celkem čtyřikrát – v lednu v Pekingu, v dubnu v Nankingu, neoficiálně na přelomu května a června v Paříži a v červenci v Šanghaji. Jednotlivých zasedání se vedle delegátů zemí G20 navíc účastnili také zástupci jiných států a mezinárodních organizací, aby do diskuzí přispěli svojí expertízou. Na prvním setkání si předsednická země vytyčila pro pracovní skupinu tři cíle: posílit spolupráci G20 v obchodu a investicích a podporovat setkávání ministrů obchodu G20; přispět k multilaterálnímu obchodnímu systému a konečně napomoci silnému oživení světového obchodu a investic a zahájení spolupráce např. při formulování globálního investičního rámce.<sup>33</sup> Na druhém setkání se již debata zaměřila na několik konkrétních témat, mezi kterými se objevily nezávazné principy investičních politik, usnadňování investic, posílení podpory nízkopříjmových zemí a užší koordinace obchodních a investičních politik.<sup>34</sup> Poslední setkání pak především připravilo půdu pro historicky první jednání ministrů obchodu G20.<sup>35</sup> O samotném průběhu všech jednání a jejich agendě bohužel nejsou dostupné další bližší informace.

Výstupy červencového zasedání ministrů obchodu G20 ve formě ministerské deklarace s třemi přílohami (Zásady činnosti pracovní skupiny G20 pro obchod a investice, Strategie G20 pro růst světového obchodu a Řídící principy pro tvorbu globálních investičních politik)<sup>36</sup> jsou zajímavé hned v několika ohledech. Ministři přivítali vytvoření pracovní skupiny G20 pro obchod a investice a odsouhlasili zásady její činnosti uvedené

<sup>31</sup> *China's G20 2016 priorities document and statement by Xi Jinping, President of the People's Republic of China*, 1. 12. 2015, s. 9–10.

<sup>32</sup> *Ibid.*, s. 12.

<sup>33</sup> First G20 Trade and Investment Working Group Meeting Held. In *Ministry of Commerce People's Republic of China* [online]. 8. 11. 2016. Dostupné na <<http://english.mofcom.gov.cn/article/newsrelease/significantnews/201602/20160201251500.shtml>>.

<sup>34</sup> 2nd Meeting of the G20 Trade Investment Working Group Held in Nanjing. In *Ministry of Commerce People's Republic of China* [online]. 8. 11. 2016. Dostupné na <<http://english.mofcom.gov.cn/article/newsrelease/significantnews/201604/20160401291087.shtml>>.

<sup>35</sup> The 3rd Meeting of the G20 Trade and Investment Working Group Held in Shanghai. In *Ministry of Commerce People's Republic of China* [online]. 8. 11. 2016. Dostupné na <<http://english.mofcom.gov.cn/article/newsrelease/significantnews/201607/20160701358736.shtml>>.

<sup>36</sup> Všechny uvedené dokumenty dostupné na <<http://www.g20.utoronto.ca/2016/160905-annex.html>>.

v příloze I.<sup>37</sup> Z toho lze usoudit, že pracovní skupina se nyní stane stálou součástí struktury G20 stejně jako obchodní a investiční témata zůstanou v dohledné době v agendě G20. Tento krok lze hodnotit jednoznačně pozitivně. Do činnosti pracovní skupiny se zapojili zástupci zemí G20 spolu s experty mezinárodních organizací a připravili během sedmi měsíců společné prohlášení pro ministry obchodu s třemi příloženými dokumenty, což je jistě úspěch s ohledem na to, jak je obtížné dosahovat konsenzu v obchodních a zvláště investičních otázkách. Tyto výstupy jsou také důkazem potenciálu, který pracovní skupina má jako institucionalizovaná spolupráce pro hledání širší shody mezi rozvinutými a rozvojovými ekonomikami ohledně investičních politik. V ministerské deklaraci je také zmínka o usnadňování investic, přičemž UNCTAD, Světová banka, OECD a WTO jsou v rámci svých mandátů vyzvány k pokračující práci v této oblasti pro budoucí využití jejich aktivit ze strany G20.<sup>38</sup> Na základě toho lze předjímat, že se toto téma na úrovni G20 vrátí a bude diskutováno. Při závěrečném zhodnocení výstupů čínského předsednictví se tak ukázalo, že se v oblasti investic podařilo v omezeném časovém prostoru dokončit pouze jednu z původně deklarovaných iniciativ, kdy jediným konkrétním výstupem jsou nakonec Principy tvořící přílohu III deklarace.

## VÝZNAM A SLABINY PRINCIPŮ PRO TVORBU GLOBÁLNÍCH INVESTIČNÍCH POLITIK

Principy se skládají z devíti obecných zásad s relativně vyrovnaným obsahem, který se snaží uspokojit zájmy všech zemí G20 a jejich vyjednávačů. Ve stručnosti představují tyto východiska: 1. boj proti protekcionismu, 2. zajištění nediskriminace, 3. investiční ochrana, 4. transparentní tvorba politik, 5. udržitelný a inkluzivní růst, 6. uznání práva na regulaci, 7. podpora a usnadňování investic, 8. dodržování osvědčených postupů u společenské odpovědnosti podniků a správy společností a 9. pokračování dialogu k mezinárodním investicím. Popsané zásady by měly dle jejich tvůrců napomoci větší koherenci na úrovni národních i mezinárodních investičních politik, a tím přispět k otevřenějšímu, transparentnějšímu a předvídatelnějšímu investičnímu prostředí.<sup>39</sup>

Při bližším pohledu není na Principech možná natolik zajímavý jejich obsah, ale skutečnost, že představují výsledek shody a společného úsilí zemí, které zaujímají v oblasti investic značně odlišné postoje, pokud uvažíme, jaké země jsou členy G20. Je to snad poprvé, co byl u investičních politik dosažen konsenzus mezi tak různorodou skupinou zemí, která ale současně představuje dvě třetiny celosvětových přímých zahraničních investic. Je však vhodné připomenout, že shoda nad některými body byla dosažena již dříve, ovšem v odlišných formátech. V roce 2009 se v rámci heiligendammského dialogu shodly země skupiny G8 (Německo, Spojené státy, Velká Británie, Francie, Itálie, Japonsko, Kanada, Rusko) a skupiny G5 (Brazílie, Čína, Mexiko, Indie, Jižní Afrika) mj. na „podpoře, ochraně a usnadňování mezinárodních investic s cílem posílení hospodářského a společenského rozvoje. Je zde zjevná potřeba posílit otevřené a transparentní

<sup>37</sup> *G20 Trade Ministers Meeting Statement*, 9.–10. 7. 2016, odst. 5.

<sup>38</sup> *Ibid.*, odst. 18.

<sup>39</sup> *Ibid.*, odst. 19.

investiční režimy a potlačit snahy o vytváření překážek a omezení. Současně je třeba uznat, že každá země má především svoji odpovědnost za vlastní hospodářský a společenský rozvoj a za ochranu vlastních legitimních národních bezpečnostních zájmů.<sup>40</sup> Dalším příkladem je Prohlášení ke sdíleným principům pro mezinárodní investice, které společně prezentovaly Evropská unie a Spojené státy v roce 2012 a představovaly jednotnou pozici těchto tradičních zemí vyvážejících kapitál k budoucímu směřování investičních standardů.<sup>41</sup> Pro úplnost ještě dodejme Nezávazné investiční principy Ekonomického seskupení Asie a Tichomoří (APEC) v revidované verzi z roku 2011, kde lze nalézt mnoho společných bodů s výše uvedenými dokumenty.<sup>42</sup>

Principy schválené G20 však mají v porovnání s ostatními dokumenty větší váhu. Mohou totiž posloužit jako základ k další spolupráci členských zemí G20 v investiční politice. Ačkoli deklarované standardy jsou obecného rázu, platí, že odráží jistou míru shody nad dalším směřováním u skupiny zemí, které se podílely na jejich formulování. Identita tvůrců, v tomto případě dvaceti nejvýznamnějších světových ekonomik, právně nezávazných dokumentů (*soft law*) je zásadním předpokladem pro jejich přijetí.<sup>43</sup> Podle některých názorů jsou tak tyto Principy prvním krokem k debatě o podobě mnohostranné investiční dohody.<sup>44</sup> Ta by rovněž mohla obsahovat nejen tradiční investiční ochranu a systém řešení sporů, ale upravovala by rovněž společenskou odpovědnost podniků a problematiku státem vlastněných společností.<sup>45</sup> Důležitost Principů vyzdvihly i mezinárodní organizace, které na jednáních pracovní skupiny účastnily. Dle vyjádření představitelky OECD jsou Principy „předkrmem“, který může vytyčit cestu vpřed, pokud bude u členů G20 politická vůle k dalším reformám.<sup>46</sup> Generální tajemník UNCTAD dokonce Principy označil za klíčový výsledek čínského předsednictví. Principy podle jeho názoru přispějí k větší koherenci při vyjednávání dohod a budou mít dopad i nad rámec G20.<sup>47</sup> Naneštěstí dokument nenaznačuje žádné navazující kroky a bylo by tak

---

<sup>40</sup> *Concluding of Report of the Heiligendamm Process*, 9. 7. 2009, odst. 14.

<sup>41</sup> Prohlášení např. vyzývá vlády k dodržování otevřeného, transparentního a nediskriminačního investičního klimatu. Současně potvrzuje, že státy se mohou zavázat k dodržování vysoké úrovně investiční ochrany i při zachování práva na regulaci ve veřejném zájmu. Zdůrazňuje také, že vlády by neměly snižovat standardy za účelem zvyšování atraktivity pro zahraniční investory.

<sup>42</sup> *APEC Non-Binding Investment Principles (2011 Update)*, 2011/AMM/014app04, 23rd APEC Ministerial Meeting, 11. 11. 2011.

<sup>43</sup> BJORKLUND, A. K.: Assessing the effectiveness of soft law instruments in international law. In BJORKLUND, A. K. – REINISCH, A.: *International Investment Law and Soft Law*, Cheltenham, 2012, s. 60–61.

<sup>44</sup> SAUVANT, c. d., s. 83.

<sup>45</sup> BERGER, A.: A Multilateral Investment Agreement: A Road to Nowhere? In *G20 Hangzhou Summit 2016: Proposals for Trade, Investment, and Sustainable Development Outcomes*, International Centre for Trade and Sustainable Development, 2016, s. 65; LIN, J. Y. China's G20 Agenda: Call for a Multilateral Investment Framework for Development. In *G20 Hangzhou Summit 2016: Proposals for Trade, Investment, and Sustainable Development Outcomes*, International Centre for Trade and Sustainable Development, 2016, s. 57–58.

<sup>46</sup> NOVIK, A.: G20 serves an appetiser to a potential investment policy feast. In *OECD Insights Blog* [online]. 15. 11. 2016. Dostupné na <<http://oecdinsights.org/2016/07/13/g20-serves-an-appetiser-to-a-potential-investment-policy-feast/>>.

<sup>47</sup> MUKHISA, K.: G20 Trade Ministers Meeting. Statement by Mr. Mukhisa Kituyi, Secretary-General of UNCTAD. In *UNCTAD* [online]. 15. 11. 2016. Dostupné na <<http://unctad.org/en/pages/SGStatementDetails.aspx?OriginalVersionID=215>>.

poměrně optimistické interpretovat Principy jako významný posun k vytvoření jednotného investičního režimu.

Principy mají navíc svá negativa. Především se vyznačují značnou neurčitostí. To není u *soft law* dokumentů, snažících se o co nejširší mezinárodní přijetí, výjimečné. Pokud je však obsah dokumentu hodně obecný, je jeho přidaná hodnota pro tvůrce investičních politik stejně jako pro vyjednavče investičních dohod omezená. Na druhou stranu mohla být snaha zahrnout některé další zásady, nebo jejich přesnější vymezení, kontraproduktivní. V takovém případě jsou strany méně ochotné ke kompromisu, protože prokázaná ochota ustoupit ve vybraných oblastech by mohla oslabit jejich pozice v probíhajících nebo perspektivních vyjednáváních o úpravě investic. Rovněž ale vynechání některých principů je možné interpretovat jako ztrátu jejich významu, proti čemuž se některé země mohou zdráhat.<sup>48</sup> Lze tedy připustit, že dosažení smysluplného textu i v případě obecných nezávazných Principů nemuselo být jednoduché a obtíže spojené s nalezením kompromisního textu během krátké doby od založení pracovní skupiny do přípravy setkání ministrů G20 pro obchod není patřičně podceňovat.

Panuje zde však nejistota i v samotném rozsahu působnosti Principů. Zprvce není jasné, zda se vztahují pouze na investice soukromé, nebo také v rámci veřejného sektoru. Druhou závažnou nevyjasněnou otázkou je, zda se dokument vztahuje na všechny formy investic, nebo pouze zahraniční. V dokumentu se sice jednou zmiňují zahraniční investice, nicméně ve zbytku textu se používá obecného označení investice. To má vážné dopady na praktické uplatnění Principů, pokud by se vztahovaly také na domácí investice. Principy samotné se pak vyznačují také řadou obecných pojmů, kdy např. není jasné, co přesně je myšleno protekcionismem v kontextu prvního principu. Oproti tomu právo státu na regulaci ve veřejném legitimním zájmu je stanoveno v šestém principu jasně a bez pochybností. Tyto kontrasty zrovna nevypovídají o správně nastavené rovnováze mezi právy a povinnostmi vyplývajícími z Principů pro členy G20.<sup>49</sup> Zcela pak chybí některé důležité aspekty současné veřejné i odborné debaty o stavu mezinárodního investičního práva jako uznání, že současný systém lze reformovat, nebo určení cílů investičních dohod.

## ZÁVĚR

Skupina G20 původně vznikla za účelem řešení hospodářských a finančních potíží spojených s globální krizí. Její role krizového managementu se ale postupně mění. Skupina získává pevnější strukturu a má ambici se stát významným fórem i pro spolupráci v oblasti obchodu a investic. Významným krokem v tomto směru je bezpochyby založení pracovní skupiny pro obchod a investice během čínského předsednictví v uplynulém roce, což vytvořilo vhodné podmínky pro zařazení otázek spojených s úpravou investic v agendě G20. Spolu se stanovením mandátu pracovní skupiny získala G20 platformu, která umožní členským státům definovat další směřování, a tak účinněji při-

<sup>48</sup> SAUVANT, c. d., s. 83.

<sup>49</sup> EVENETT, S. J. – FRITZ, J.: *FDI Recovers? The 20th Global Trade Alert Report*. Centre for Economic Policy Research, 2016, s. 30.

stupovat k výzvám, kterým obchodní a investiční systém čelí. G20 jako diskuzní fórum může být navíc efektivnější v těchto snahách i v porovnání s tradičními mezinárodními organizacemi jako OSN nebo WTO, kde je historická dělící linie Sever–Jih patrnější.

Oživenému zájmu o nastavení multilaterálních investičních pravidel nahrávají změny v mezinárodních investičních tocích. Oproti dřívějšímu narůstá podíl přímých zahraničních investic z rozvojových zemí. V důsledku toho se mění také jejich národní zájmy při prosazování investičních pravidel, což může otevřít cestu širšímu konsenzu s vyspělými zeměmi, které se naopak pomalu snaží o vyrovnanější přístup k ochraně investic. Nejvýrazněji se tento posun v investičních tocích projevuje v případě Číny, která se v roce 2013 stala třetím největším vývozcem kapitálu a v dohledné době se pravděpodobně stane vůbec největším zdrojem přímých zahraničních investic. Čína je také vhodným příkladem toho, jak rozvojové země projevují větší zájem o nastavení mezinárodních pravidel pro investice, než tomu bývalo v minulosti. Její aktivita v této oblasti v rámci předsednictví G20 byla mimořádná a ve výsledku přinesla i konkrétní výstup v podobě Principů pro tvorbu globálních investičních politik. Ačkoliv se jedná o obecný a na mnoha místech nejednoznačný dokument, je možné jej považovat za slibný začátek aktivit G20. Bude však hodně záležet na dalších předsednických zemích, jak vysoko zařadí investice mezi své priority. V rámci programových priorit německého předsednictví v tomto roce jsou investice uvedeny poměrně obecně a především v souvislosti s usnadňováním investic.<sup>50</sup> Lze proto předpokládat, že investiční agenda během roku 2017 alespoň částečně ztratí na pozornosti, které se jí dostávalo.

Dosažení širší shody nad společným přístupem v oblasti zahraničních investic se ukázalo v minulosti nesnadným cílem a v podstatě podobné snahy vždy skončily neúspěchem kvůli rozdílným zájmům zemí, které investice vyvážejí a přijímají, a businessu a veřejnosti. I dnes jsme svědky toho, jak jsou nástroje investiční ochrany ve formě BITs nebo FTAs předmětem vášnivých debat a vyvolávají u veřejnosti i politické reprezentace značné obavy. Principy G20 se zjevně snaží docílit rovnováhy a zohlednit jak zájmy rozvojových, tak rozvinutých zemí a současně najít střední cestu mezi ochranou a podporou na straně jedné a právem vlád na regulaci na straně druhé. Musíme je také chápat v kontextu citovaných deklamací představitelů G20 – jako nástroj pro oživení hospodářského růstu, posílení toků přeshraničních investic či zajištění alespoň určité úrovně koherentního investičního prostředí. Bylo by předčasné Principy hodnotit jako začátek diskuzí o multilaterální investiční dohodě. Přestože zaznívají hlasy o vhodných podmínkách pro oživení prací na takové dohodě,<sup>51</sup> podobné volání zaznělo v minulosti již několikrát. Principy však mohou sehrát svoji pozitivní roli a ukázat se přiměřeným předpokladem pro sjednocování mezinárodních standardů pro zahraniční investice a první vlaštvou G20 jako nového fóra v této oblasti.

Mgr. Bc. Ondřej Svoboda  
Univerzita Karlova, Právnická fakulta; Ministerstvo průmyslu a obchodu ČR  
ondrej.svobod@gmail.com

<sup>50</sup> *G20 Germany 2017. Priorities of the 2017 G20 Summit*, 1. 12. 2016, s. 6–7.

<sup>51</sup> Např. LIN, c. d., s. 58.



## REDAKČNÍ RADA

*Předseda:* prof. JUDr. Pavel Šturma, DrSc.

*Tajemnice:* Mgr. Naděžda Svobodová

### *Členové:*

doc. PhDr. JUDr. Ilona Bažantová, CSc.

prof. JUDr. Stanislava Černá, CSc.

prof. JUDr. Marie Karfíková, CSc.

doc. JUDr. Martin Kopecký, CSc.

prof. JUDr. Jan Kysela, Ph.D.

doc. JUDr. PhDr. Pavel Maršálek, Ph.D.

prof. JUDr. Monika Pauknerová, CSc., DSc.

prof. JUDr. Václav Pavlíček, CSc., dr. h. c.

prof. JUDr. Michal Skřejpek, DrSc.

prof. JUDr. PhDr. Michal Tomášek, DrSc.

prof. JUDr. Petr Tröster, CSc.

prof. JUDr. Alena Winterová, CSc.

### *Externí členové:*

prof. JUDr. Michael Bogdan (Lund)

doc. JUDr. František Cvrček, CSc. (ÚSP, Praha)

prof. Dr. hab. Wladyslaw Czaplinski (Varšava)

doc. JUDr. Jaroslav Drobník, CSc. (Praha)

prof. JUDr. Jaroslav Fenyk, Ph.D., DSc. (Brno)

prof. JUDr. Jan Filip, CSc. (Brno)

prof. Dr. Michael Geistlinger (Salzburg)

prof. JUDr. Pavel Holländer, DrSc. (Bratislava)

Dr. Kaspar Krolop (Berlín)

prof. JUDr. Jan Musil, CSc. (Brno)

prof. JUDr. Jiří Přibáň, DrSc. (Cardiff)

prof. JUDr. Ján Svák, DrSc. (Bratislava)

JUDr. Milada Tomková (Brno)

prof. Dr. Miroslav Vítěz (Subotica)

prof. JUDr. Ladislav Vojáček, CSc. (Brno/Bratislava)





RECENZENTI ČLÁNKŮ PUBLIKOVANÝCH  
V ACTA UNIVERSITATIS CAROLINAE IURIDICA V ROCE 2017

č. 1/2017

prof. JUDr. Richard Pomahač, CSc.  
prof. JUDr. Alena Winterová, CSc.  
doc. JUDr. PhDr. Ilona Bažantová, CSc.  
doc. JUDr. František Cvrček, CSc.  
doc. JUDr. Vladimír Kindl  
doc. JUDr. Lenka Pítrová, CSc.  
JUDr. Ondřej Horák, Ph.D.  
JUDr. Vladimír Kosek, Ph.D.  
JUDr. Petr Kotáb, Ph.D.

č. 2/2017

prof. JUDr. Jaroslav Ivor, DrSc.  
prof. JUDr. Jan Musil, CSc.

č. 3/2017

JUDr. Libor Dvořák, Ph.D.  
JUDr. Ondřej Vícha, Ph.D.

č. 4/2017

prof. JUDr. PhDr. Miloš Večeřa, CSc.  
doc. JUDr. Zdeněk Kühn, Ph.D.

ACTA  
UNIVERSITATIS  
CAROLINAE

---

IURIDICA 4/2017

Časopis Acta Universitatis Carolinae – Iuridica je evidován v České národní bibliografii (vedena Národní knihovnou ČR), na seznamu recenzovaných vědeckých časopisů RVVI, v Index to Foreign Legal Periodicals (veden American Association of Law Libraries) a je rovněž indexován Central and Eastern European Online Library ([www.ceeol.com](http://www.ceeol.com)).

Vědeční redaktoři: prof. JUDr. Jan Kučlík, DrSc.  
prof. JUDr. Pavel Šturma, DrSc.  
Vydala Univerzita Karlova  
Nakladatelství Karolinum, Ovocný trh 560/5, 116 36 Praha 1  
[www.karolinum.cz](http://www.karolinum.cz)  
Praha 2017  
Sazba DTP Nakladatelství Karolinum  
Vytiskla tiskárna Nakladatelství Karolinum  
Periodicita: 4×/rok  
ISSN 0323-0619 (Print)  
ISSN 2336-6478 (Online)  
MK ČR E 18585