

34-D-5

1800



ČASOPIS  
pro  
právní a státní vědu.

*III. ročník 2/1*

(Dříve „Zprávy Právnické Jednoty Moravské v Brně.“)

Vydává

Právnická Jednota Moravská v Brně.

Redaktoři

Josef Purcner a František Weyr.

Ročník I. 1918.

V Brně.

Nákladem Právnické Jednoty Moravské za pomoci České Akademie pro vědy  
slovesnost a umění. – Tiskem Ant. Odehnala v Brně.

## Otázka nezměnitelnosti ústav.

F. Brychta.

Problémem jest, zda je možna nezměnitelná ústava. K snadnějšímu pochopení věcného obsahu této otázky bude v následujícím uvedena historie jejího literárního vzniku. K historii té připojíme dosavadní theoretické řešení problému, načež k tomuto řešení zaujmeme své hledisko.

V 11. a 12. čís. časopisu *Juristische Blätter*, ročník 1916, uveřejnil Dr. Alfred v. Verdross článek: *Die Neuordnung der gemeinsamen Wappen und Fahnen in ihrer Bedeutung für die rechtliche Gestalt der österreichisch-ungarischen Monarchie*.

V něm autor tvrdí, že ke vzájemnému právnímu závazku (Bindung) dvou států může dojít nejen tím, že závazek se stanoví státní smlouvou, nýbrž i tím, že každá legislativa »sama sebe zaváže« (durch Selbstbindung der beiden Legislativen, str. 135). Ani státní smlouva nevyjadřuje jiného, než-li že z obou států každý sám sebe zaváže vlastním právním řádem.\*)

To (dle Verdrossa) plyne již z podstaty státní suverenity. Neboť stát jest tehdy suverenním, když sám výhradně svým vlastním řádem se může právně ustavit a »zavázati« (rechtlich bestimmt und gebunden werden kann, str. 135), když v ý h r a d n ě z řádu, jež »uzná«, přijme právní závazky. To platí i pro mezinárodní právo. Neboť i toto váže státy jen tehdy a jen pokud, pokud je »uznaly«. Stát může »uznati« nějaké ustanovení mezinárodního práva však jen tím, že státní orgán, zmocněný k tomu vlastní ústavou, přejme ono ustanovení pro vlastní stát buď jakožto všeobecné právní ustanovení, nebo jakožto zvláštní závazek. Tím se také včlení takové ustanovení v řád státních povinností. Podstata státní smlouvy tkví tedy dle Verdrossa v tom, že orgán, jenž je k tomu ústavou povolán, přijme pro svůj stát určitý právní závazek. Tím ho uloží svému státu se zmocněním ústavy, tedy na základě vlastní ústavy (str. 135).

\*) Odpovídá v. Verdrossově konstrukci mezinárodního práva v *Zeitschrift für Völkerrecht*, 1914.

Totéž platí, jak dí v. Verdross, když legislativy dvou nebo několika států každá svým právním ustanovením určí, že právní řád každé z nich jen tehdy může býti změněn, když druhý stát jest srozuměn se zrušením starého řádu a s určením řádu nového (cit. str.). Tím, že oba vyrovnací zákony (t. j. rakouský a uherský) vycházejíce z pragmatické sankce, která je jim podkladem, praví, že držba (Besitz) obou států je pro společný panovnický rod nedělitelná a neodlučitelná, vyslovují normativní vázanost obou států k sobě. Proto jest uvolnění tohoto svazku právně možno jen za podmínek, stanovených v normách, jež obsahují vázanost obou států, t. j. v případě vyměření linií panovnického rodu, uvedených v pragmatické sankci. Neboť právní ustanovení (Rechtssatz) může býti zrušeno neb změněno jen za podmínek, jež jsou v něm samotném uvedeny nebo mu subintellegovány. Jinak je změna s hlediska právní logiky nemožná (str. 135).

Proto je dle Verdrossa nesprávně, když se tvrdí, že změna neb zrušení každého zákona jest možna za týchž podmínek, za jakých vznikl. Naopak, zákon může stanoviti, že v budoucnu jest jeho změna možna jen za podmínek, kterých k jeho vzniku nebylo třeba. Může proto učiniti svou změnu závislou na souhlasu jiného státu.

Tyto náhledy v. Verdrossovy daly podnět prof. Weyrovi k článku: *Zur Frage der Unabänderlichkeit von Rechtssätzen*. (*Jur. Blätter*, č. 33, roč. 1916.)

Weyr vyvodil z názorů v. Verdrossových logický důsledek a ve zmíněném článku řeší mimo jiné otázku, je-li možna nezměnitelná ústava.

Praví vzhledem k názoru v. Verdrossovu: Je-li možno, aby zákon »též stanovil, že v budoucnu jest jeho změna možna jen za podmínek, jichž k jeho vzniku nebylo třeba«, pak je možný i případ, že zákon určí, že jeho změna není možna za žádně podmínky, čili jinými slovy, že jest nezměnitelný (str. 388). Při tom prof. Weyr poukazuje na francouzský zákon ze 14./8. 1884, jenž výslovně praví, že republikánská státní forma nemůže býti předmětem návrhu na změnu ústavy, a táže se, je-li toto ustanovení pro suverenního zákonodárce francouzského závazným . . . . a do jaké míry.

Aby došel k jasnému zodpovězení problému, rozlišuje Weyr dva druhy zmíněných Verdrossových »podmínek«. K jednomu z nich řadí Weyr na př. skutečnou událost nebo pouhé uplynutí doby. Zákon již předem časově omezený jest pak dle Weyra ovšem změnitelný, resp. zrušitelný důsledkem jiné podmínky, než-li za jaké vznikl, jako je usnesení parlamentu, sankce monarchova a j.). Za určitých podmínek vzniklý (sc. rakousko-uherský) vyrovnací zákon může na př. býti zrušen vyměřením urči-

tých linií panovnického rodu, jestliže je tato podmínka v zákoně obsažena nebo mu alespoň subintellegována.

Rozumím-li Weyrovi správně, míní těmito podmínkami určitá ustanovení, jež sama o sobě — bez dalších předpokladů (jako je na př. usnesení parlamentu) — jsou s to, přivoditi změnu právního stavu (na př. zákon pouhým uplynutím lhůty přestává býti platným). Soudím tak z další věty prof. Weyra: Takové podmínky, jež si zákon sám určí, nutno však rozlišovati od podmínky, která svou podstatou je heterogenní. Touto (sc. podmínkou heterogenní) je na př. projev vůle zákonodárce (jehož s u v e r e n í t u předpokládáme), kterým jsou prohlášeny (i když ne výslovně, tedy všeobecným »ustanovením o nezměnitelnosti«) jeho pozdější projevy vůle, jež by dřívějším obsahově odporovaly, již předem za právně neplatné.

Toto, jak praví prof. Weyr, jest všeobecnou formulací Verdrossovy idee »vázanosti legislativ sebou samými« (Selbstbindung der Legislativen). Tuto ideu pokládá prof. Weyr s hlediska právní logiky za nesprávnou, ovšem předpokládáme-li, že ony legislativy jsou suverenní (str. 388). (Na tento předpoklad Weyrův obzvláště upozorňujeme. Jest pro Weyrovo řešení naší otázky podstatným.)

Než-li prof. Weyr přistupuje k objasnění theoretických základů, na nichž idea o nezměnitelnosti právních ustanovení spočívá, používá přirovnání z civilního práva.

Třetí novelou ke všeob. obč. zák. (cís. nař. z 19./3. 1916 čís. 69. ř. z.) byl mimo jiné změněn též § 716. všeob. obč. zák. Dřívější jeho text zněl: »Doložil-li zůstavitel v testamentě nebo kodiciilu, že žádné potomné pořízení nemá míti platnosti buď vůbec, nebo když nebude opatřeno určitým znakem, tu nezabrání taková doložka zůstaviteli, aby změnil svou poslední vůli; jestliže však ve svém pozdějším pořízení právě uvedenou buď všeobecnou nebo zvláštní doložku výslovně nezrušil, tedy pokládá se za platnou ne jeho pozdější, nýbrž dřívější vůle.

Novela změnila tento text následovně: Dožil-li zůstavitel ..... určitým znakem, taková doložka budiž pokládána za nevyjádřenou.

Dle prof. Weyra možno si představití testatora — když ovšem může svým majetkem dle právního řádu volně nakládati — jakožto zákonodárce »v malém«; lze na něho pohlížeti jako na subjekt dávající normu, jako na subjekt normotvorný. A tu se prof. Weyr táže: Možno v tom případě, když testator funguje jakožto normující subjekt, akceptovati konstrukci jeho vlastní závaznosti, t. j. že sám sebe sama zaváže, konstrukci to ve smyslu Verdrossova názoru? Prof. Weyr má za to, že nikoliv, neboť dle něho závazání sebou samým a (ovšem předpokládaná) suverenita normotvorného subjektu se nesrovnávají.

A »býti suverenním« neznamena pro subjekt dávající normy nic jiného, než-li zásadu: »všecko, co chci, platí, poněvadž to chci«. Tato věta neplatí dle prof. Weyra toliko s t a t i c k y, to jest pro určitý okamžik, v němž zpytujeme emanaci vůle normujícího subjektu, ke kteréžto emanaci již došlo, nýbrž platí též d y n a m i c k y, tedy pro postupné emanace jeho vůle v určitém údobí.

Na základě těchto úvah pokládá prof. Weyr nové znění §u 716. všeob. obč. zák. logicky za správnější, ačkoliv prý ani dřívější znění není přímo nesprávným, jelikož i ono jest jen »p o d m í n ě n ý m závazáním (testatora) sebou samým«.

Jde-li pak o skutečného zákonodárce (při tom třeba dle prof. Weyra mysliti ne na nějaký »orgán« státu, nýbrž na stát sama o t n ý), tu nutno především míti na mysli, že na určitá právní ustanovení... od něho pocházející... nesmí se pohlížeti jakožto na »vázání« zákonodárce nebo na jeho »závazání se sebou samým«. Taková ustanovení skytají právnímu poznávání toliko princip, dle něhož toto může seznati, zda a za jakých podmínek nějaké právní ustanovení (na př. usnesení parlamentu, určitou většinu, sankci monarchovu, promulgaci a j.) možno pokládati za součást dotyčného noremního systému. Neboť platnost i oněch právních ustanovení podléhá dle profesora Weyra témuž principu, v nich obsaženému, to jest, mohou býti právě pomocí tohoto principu měněna, po př. zrušena. Při tom onen princip obsahově (na př. té či oně majority sněmovní jest potřebí atd.) naposledy se uplatní. Právě touto možností idea suverenity ve své f o r m á l n í funkci přijde k platnosti. Totiž: nejen jakýkoliv obsah může býti suverenním zákonodárcem dán, nýbrž také forma, již obsah musí míti, má-li platiti.

Zmíněná formální funkce legislativní suverenity má dle prof. Weyra význam ovšem jen pro určitý způsob právního poznávání, který nazývá dynamickým. Toto se zabývá vznikem a zánikem, nebo lépe řečeno, změnou resp. zrušením právních ustanovení ve všeobecném smyslu a právních norem ve zvláštním smyslu. (Právní normou rozumí prof. Weyr jen takové právní ustanovení, které ukládá povinnost.) Poznávání to operuje s pojmovou kategorií č a s u. Oproti tomu jest statické právní poznávání, jež dle prof. Weyra jest označiti za vlastní n o r m a t i v n í poznávání, zásadně »bezčasové« (zeitlos), to jest, jím se poznává noremní systém, platný v u r č í t ě m o k a m ž i k u. Proto dle prof. Weyra nemá s hlediska statického pozorování pojem zmíněné formální funkce suverenity již žádného smyslu a není žádným objektivním poznávacím principem pro zkoumatele. Ano, jak praví prof. Weyr, pro statické poznávání jest i pojem »zákonodárce« zbytečný, protože ono se obírá toliko »právním řádem«, který jest pro zvolený okamžik zkou-

mání zásadně »nezměnitelný« — »Zákonodárce« a »právní řád« jest pro toto poznávání totéž.

Dle prof. Weyra náleží náš problém pod hledisko dynamické ho právního zkoumání.

Aby uvedl konkrétní případ, pojednává o svrchu uvedeném ustanovení francouzské ústavy a táže se: Je správně, že ustanovení to může býti odstraněno toliko násilně, ne však právně (jak soudí mimo jiné též Georg Jellinek)? Jistě že ne, odpovídá prof. Weyr. Pokud prý platí ono ustanovení, jest ovšem republikánská ústavní forma právně nezměnitelná, neboť nepřipouští způsobu, kterým jedině jest změnitelná (t. j. podání návrhu na revisi ústavy).\*)

Nutno však dle prof. Weyra uvážiti, že ustanovení to sice takový revisní návrh znemožňuje, avšak neznamená, že návrhu, jenž by měl za předmět ono ustanovení samo (resp. jeho obsah), přesněji řečeno: jeho změnu nebo zrušení. A kdyby i takové ustanovení bylo výslovně v ústavě obsaženo (totiž že ústava je nezměnitelná), nutno je pokládati dle prof. Weyra za změnitelné, pokud ovšem uznáváme suverenitu francouzského zákonodárce.

Totéž, co bylo ukázáno na příkladě z francouzské ústavy, platí dle prof. Weyra i pro případ Verdrossův. Prohlásí-li zákon totiž, že jest změnitelný nebo zrušitelný toliko za souhlasu jiného faktora, než-li normujícího subjektu (tedy na př. za souhlasu cizího státu), pak nutno velmi přesně rozeznávat mezi konkrétním obsahem tohoto zákona (»to neb ono má nebo nemá být« atd.) a mezi oním formálním principem. Pokud tento princip platí, pak ovšem nemůže onen obsah právně jinak býti změněn, než-li pomocí tohoto principu (na př. se souhlasem cizího zákonodárce). Změnitelnost principu samotného nepodléhá však logicky tomuto principu, t. j. právě tak jak byl stanoven výhradně suverenní vůlí určitého normujícího subjektu (a nikoliv též pomocí »souhlasu« někoho jiného), může touž cestou býti změněn resp. zrušen! Tento důsledek jest dle prof. Weyra za daných premis (totiž při jednotném a suverenním právním řádu) nutným.

Prof. Weyr se táže: Za jakých předpokladů jest možno mluvíti o »zavázání sebou samým«? »Zavázání sebou samým« (Selbstbindung) — ovšem v našem vědním odboru — neznačí nic jiného, než-li »vlastní závažek« uložený si sebou samým (Selbstverpflichtung), t. j., ono může vysloviti toliko povinnosti subjekt (a contr. subjektu normotvorného).

\*) Zmíněná část francouzské ústavy zní: art. V..... La forme republicaine du Gouvernement ne peut faire l'objet d'une proposition de revision.

Slovy sebou samým« a »vlastní« však se naznačuje, že se za účelem určité normativní (a sice tak zv. autonomní a contr. heteronomní) konstrukce ztotožňuje normující subjekt s povinnostním subjektem, jako na př. u státu, avšak dle prof. Weyra nesmí následkem tohoto ztotožňování dojíti také k identifikaci dvou různých pozorovacích method, což znamená: povinnosti subjekt ztotožněný s normotvorným subjektem, nemůže ve své funkci jakožto normotvorný subjekt způsobiti »zavázání sebe sebou samým«.

Na článek Weyrův odpověděl v. Verdross ve 40. a 41. čísle »Juristische Blätter« (ročník 1916), a to pod nadpisem: »Zum Problem der Rechtsunterworfenheit des Gesetzgebers«.

Uvedu, pokud možno, stručně podstatu toho, co se dle mého názoru přímo týká našeho problému.

Dle v. Verdrossa každá věda musí pracovati s celým obsahem a zpracovati celý obsah látky, jež spadá do jejího oboru. Látkou právní vědy jest materiál obsažený v pozitivních právních pramenech. Tuto látku má právní věda obsahově rozčleniti, vyvoditi z ní důsledky a uvésti je v systém. Avšak na materiále, daném prameny, nesmí ničeho měniti. Veškeren právní obsah nutno tedy zjistiti z pramenných dat. Proto může pozitivní právní věda podrobiti tato data toliko immanenční, nikoli však transcedenční kritice. Jinými slovy: právní látku možno čerpati výhradně z pozitivních pramenů. Jakmile přibereme k právní látce jiný obsah, než jaký je v pozitivních pramenech, přestává býti právní zkoumání pozitivním (str. 472).

Poslední právní základnou, z níž jest odvoditi veškeré právo určitého státu, jest jeho ústava. Tato jest svobodným výtvorem státu, na cizí moci nezávislým. Vzešla z jeho suverenity. A pro tento princip suverenity je každému zkoumateli dané a ústavně souvislé právní látky znemožněno, aby právní řád, jenž se vyvinuje z ústavy, odvozoval normativně z nějakého jiného řádu. (»Ordnung«, str. 473.)

Jestliže je tedy v pozitivním právu ústavně řečeno, že určitá právní norma je i ze zákonodárceovy dispozice vyjmuta, tedy se musí zkoumatel práva tímto zjištěním spokojiti. Neboť vůči lex positiva má »svázané ruce« (tamtéž).

Máme-li daný problem právnícky rozřešiti, pak jest to možno jedině právně-normativní methodou. Tato pozůstává v tom, že naše zkoumání se děje na základě právních norem deduktivním postupem. Použití této methody jest proto všude jen tam možno, kde jsou vůbec právní ustanovení, o jejichž právnícké zbadání se jedná. A proto v. Verdross se táže, proč by zákonodárce měl býti z tohoto způsobu pozo-

rování vyjmut. Proč by i na něho nemělo se použití této metody. A odpovídá, že by to bylo jen tehdy možno, kdyby byl správný názor prof. Weyra, že totiž funkce dávatí normy není slučitelná s podřízením se právním normám.

Tomuto názoru nelze však dle Verdrossa přisvědčiti. Prof. Weyr mylí prý se mimo jiné slovem normotvorný (normsetzend). Neboť v materiálně obsahovém smyslu není dle Verdrossa toliko zákonodárce normujícím subjektem, nýbrž každý orgán, který vyplňuje daný mu blanket ustanovením nového obsahu. Oproti tomu formálně není ani zákonodárce normujícím subjektem, jelikož ani on nemá žádné původní právní moci, nýbrž veškerá syá oprávnění musí odvozovati z právních norem platné ústavy.

Ústava jest základním právním řádem, který právně nedá se již z ničeho odvoditi. Jakmile však jest ústava dána, pak máme tím měřítko k posuzování právního stavu. Pak teprve možno a nutno počítí s použitím právně-normativní metody. Neboť pak teprve jsou dány normy, na základě nichž je možna právní deduce. Ani zákonodárce nesmí se vymykati měřítku, jež skýtá ústava. Vždyť on toliko na základě ústavy existuje po právu. A jeho dílo, totiž zákon, má jenom na základě ústavy normativní moc. Důsledkem toho jest, že oprávnění zákona a zákonodárce nesahají dále, než-li je vyznačeno v pozitivní ústavě.

Proto ovšem by bylo nesprávným tvrzení, že každá legislativa musí míti možnost, aby stát zavázala tak, že ani příští legislativa nemohla by tohoto »uloženého závazku« (auferlegte Bindung) právně odstraniti. Neboť i oprávnění k takovému závazání nutno hledati výhradně v pozitivní ústavě. Proto otázka, zda může zákonodárce stát a v něm i další zákonodárce trvale zavázati, nedá se nikdy zodpověděti prostředky právní logiky, nýbrž vždy toliko pozitivním právem. Právní ustanovení je tedy jen tehdy vyňato z disposiční moci zákonodárce, jestliže takové zákonodárcovo omezení dá se ústavou prokázati (str. 484).

Jest tomu tak jmenovitě tehdy, jestliže sama ústava vyjme některé právní ustanovení z moci zákonodárce, měniti zákony. Je-li taková ústavní norma, tedy jest věcí interpretace, aby vyšetřila, zda-li ústava prohlašuje takové ustanovení za právně nezměnitelné, či zda dovoluje změnu prostřednictvím právní, t. j. ústavní změny ústavy. Jestliže pak z výkladu vyplývá, že ona norma byla dána jakožto absolutně nezměnitelná, tedy je tím z disposičního práva zákonodárcova vyjmuta. Zákonodárce nemá právní možnosti, aby ji odstranil nebo změnil. Neboť ústava, z níž nutno vyvozovati veškeru možnost právní změny, neskýtá mu k tomu prostředků.

Je-li zákonodárce ústavou oprávněn, že může ústavu jakkoliv změniti, pak ji může změniti i tak, že ustanoví, že některá její norma nesmí býti vůbec změněna. O ústavě takto změněné nutno pak říci: Veškery ústavní normy jsou změnitelné, s výjimkou jednoho nebo několika ustanovení. Pak tato nová ústava platí tak, jako by byla původní ústavou. Neboť tato původní ústava byla ústavně změněna. Dřívější, nyní odstraněné ustanovení již právně neexistuje. Nyní již není možno vrátiti se k původní ústavě a říci, že novou normu, vyjmutou ze zákonodárcovy moci, jest možno změniti na základě dřívějšího principu. Tento byl pro určitou část ústavy právně odstraněn, a to tím, že absolutní právní zákonodárná moc byla ústavní změnou ústavy omezena. Na toto omezení jest zákonodárce bezpodmínečně vázán a není prostředku, aby omezení to právně odstranil. Vždyť hranice jeho moci jsou dány ústavou. A vyššího právního ustanovení, jež by bylo nad ústavou, není. —

Jelikož při řešení naší otázky jest pro prof. Weyra pojem suverenity rozhodným činitelem, poznamenává v. Verdross k tomuto pojmu, že suverenním není každý ze zákonodárců. Neboť má-li býti »stát« suverenním, pak tak může býti jen ve své ústavě, jelikož právně teprve jí stává se státem. Při tvoření své ústavy jest ovšem stát zcela volným, svobodným.

Oproti tomu ústavně odvozené moci — a to jak legislativa, tak i justice a správa — nejsou volny, jsou podřízeny ústavě, jež je stanoví a váže.

Třetím příspěvkem k řešení našeho problému jest článek Dra. Adolfa Merkla ve 4. a 11. čísle Juristische Blätter, ročník 1917. Jest nadepsán: Die Unveränderlichkeit von Gesetzen — ein normlogisches Princip.

Merkel souhlasí s názorem Weyrovým, že »vázání legislativ sebou samými« za předpokladu jejich suverenity jest s hlediska právní logiky nemožno. Weyr praví: vázání sebe sebou samým a suverenita se nesrovnávají. K tomu připojuje Merkel: »vázání suverenních legislativ sebou samými jest contradictio in adiecto«. A dodává: »Avšak ani z á k o n o d á r s t v í a s u v e r e n i t a se nesrovnávají«, a tvrdí, že zákonodárce není suverenním. Má nad sebou ústavu. Kdybychom přiklí zákonu suverenitu, pak bychom se vzdali poznávání, zda zákon je ústavním či protiústavním.

Toliko ústava je suverenní. Kdybychom předpokládali, že suverenní není ona, nýbrž zákonodárství, pak bychom měli místo klidného polu proud zjevů. Mezi nimi nebylo by takové souvislosti, aby bylo možno usouditi, že při každém zákonodárném aktu jde o emanaci téže a jedině suverenní instance. Jen tím, že se dají ony akty vyvoditi z jedné ústavy, vznikne mezi nimi

jednota. Tato pak umožní, že hledíme na zákonodárství jakožto na uzavřený právní řád. Dle Merkla jest nesprávně přímo na zákonodárce vztahovati Weyrovu větu: »Všechno, co chci, platí; poněvadž to chci«. Tato věta platí proň jen z moci práva, poněvadž ústava tak chce. Tato však, jakožto první východisko veškeré právní vázanosti, jest naprosto volná a nemůže ani sama sebe samu předem vázati.

Merkel praví, že se zdá, jako by s tímto tvrzením byl zjev tak zvaného ústavního zákonodárství neslučitelným. Vždyť, jak známo, vymezila ústava ústavnímu zákonodárství určité, mnohdy přísně vyznačené formy. Tím vyjádřila, že si nepřejí jiných změn ústavy — dle Merkla obsahuje totiž každý akt nového ústavního zákonodárství změnu ústavy — nežli těch, k nimž dojde předepsanou cestou.

Tu pak, jak dí Merkel, mohlo by se míti, že přece v tomto omezení zákonodárce měniti ústavu je vázání ústavy sebou samou. Než takové mínění bylo by dle Merkla nesprávné. Nesmí prý se ústavní zákonodárství zaměřovati s ústavou samou; i ústavní zákonodárství jest toliko zákonodárstvím a liší se od vlastní ústavy právě tak, jako »obyčejné« zákonodárství. Toliko jeho obsah skytá mu titul ústavního zákonodárství. Toto pozměňuje ustanovení ústavy a odtud jest jeho pojmenování. Materiálně jest ústavním zákonodárstvím, formálně zkoumání odezírá však od tohoto obsahu a spatřuje v něm toliko zákonodárství, kvalifikované určitými předpisy formy. Jde dle Merkla, třeba prý to paradoxně zní, právě tak o pouhé provádění (Ausführung) ústavy, k němuž tato dala blanket, jako u všech aktů obyčejného zákonodárství. Jen že toto »provádění« tkví ve změně ústavních ustanovení, k nimž sama ústava dala zmocnění.

A tak Merkel dospívá, jak praví, k hlavnímu bodu svých vývodů: Bez zmocnění ústavy žádná její změna. To prý je nejúplnějším »zavázáním« ústavního zákonodárce, současně však nejúplnějším výrazem suverenity ústavy (str. 109).

Je-li ústava podkladem poznání práva, pak může tento základ poznání státi se jiným toliko mocí ústavy samé. Zákonodárce má svou kompetenci z ústavy; proto může změniti ústavu jen tehdy, je-li k tomu jí samotnou zmocněn. Ústava nepotřebuje svou změnu teprve výslovně zakázati, aby změna byla nemožnou; jakmile jí výslovně nedovolí, jest změna nemožná. I praví Merkel: »Má-li Weyrova these ten smysl, že zákon... myšlený jakožto suverenní... není s to, aby se stal nezměnitelným, tu má můj základní názor ten smysl, že ústava, již si představuji jakožto suverenní, jest nutně nezměnitelnou. Neboť i tehdy, když připouští změny, jsou tyto změnami materiálními,

ne však formálními. Ústavní identita se zachová, jelikož materiální změny jsou již obsaženy v ústavě, t. j. ve zmocnění zákonodárce k ústavním změnám« (tamtéž).

Jestliže ústava skutečně vyslovila svou změnitelnost, pak je třeba předepsaného způsobu pro změnu ústavy, již má býti některé ústavní ustanovení prohlášeno za nezměnitelné. V takovém případě nejedná se — jak dle Dra. Merkla by odpovídalo myšlenkovému postupu prof. Weyra — o suverenitu budoucího zákonodárce, jenž takovou změnu zamýšlí, nýbrž o suverenitu dřívějšího zákonodárce, který stanovil změnitelnost ústavy, již vytvořil, jakožto její zvláštnost.

Pro Merkla rozumí se nezměnitelnost ústavy, již si představuje jako suverenní, sama sebou a změnitelnost musí dle něho býti výslovně stanovena. Merkel konstatuje, že Weyr pokládá ústavní ustanovení, které prohlašuje nezměnitelnost, za změnitelné. Weyrovi prý platí jeho logický princip i oproti pozitivnímu právnímu ustanovení. Merkel však praví, že mlčí-li ústava o své změnitelnosti, tu že on vyžaduje pro seznání její změnitelnosti právního ustanovení, jež změnitelnost stanoví. Neboť Merklovi, jak sám praví, jest nezměnitelnost noremně-logickým principem. V nezměnitelnosti a nikoli ve změnitelnosti vidí pak nejlépe vyjádření státní suverenity.

Potud sahá dosavadní řešení našeho problému.

Mám za to, že nejprve jest nutno odpověděti, zda tento náš problém dá se řešiti dynamicky či staticky. Prof. Weyr míní, že dynamicky, Dr. v. Verdross však výslovně je názoru, že naši otázku jest zodpověděti s hlediska statického; jinak ze se právnický vůbec nedá rozřešiti. Neboť právník může konstruovati své theorie toliko na normách. Kde těchto není, není právní vědy a není právních poznatků. Proto máme-li rozřešiti náš problém právnícky, jest nutný předpoklad normy, a jiné řešení než právnícké není naším úkolem.

Proto sdílím náhled Verdrossův, jenž požaduje řešení statické. I Merkel má stanovisko řešení statického, což patrně z jeho myšlenkového postupu. —

Která norma nebo normy jsou nutným podkladem a východiskem našeho pozorování? Ty, jimiž se dá celá právní organizace a činnost státu právně zdůvodniti. A těmito normami jest ústava. Proto obsah ústavy je basí, na niž nutno řešení naší otázky konstruovati.

Obsah ústavy určuje vůle ústavodárného subjektu. Jestliže tento neurčí v ústavě, kdo jí může změniti, není vůbec subjektu, jenž by jí právně mohl změniti.

I pro svého vlastního původce jest ústava ve všech svých částech nedotknutelnou. Kdyby jí pozměnil, jednal by proti ústavě a dal by novou ústavu, neboť by právnícky nebyla v žád-

ném vztahu k předcházející. Tím by právní kontinuita byla přerušena, neboť jednotu právního systému netvoří totožnost normujícího subjektu, nýbrž skutečnost, že nové normy vznikly na podkladě dosavadních platných norem starých. Na kterou normu však by se odvolal ten, kdo není ke změně ústavy samou ústavou oprávněn a přece ji mění?

Možno namítnouti, že jí mění nový normující subjekt, jenž je suverenní. V kterém právním systému je však řečeno přesně, kdo je takovým suverenním subjektem? Co však není pozitivně ustanoveno nebo obsaženo v právní soustavě, jest pro právní hledisko nerozhodným a není předmětem právního zkoumání.

Protože nikde nenalezneme normy, který činitel pro všechny časy jest ústavodárným suverenním subjektem, nemůže býti takový subjekt právní teorií stanoven.

A jest pro ni také zcela nerozhodným.

Právník nanejvýše může usouditi, zda-li ten, kdo mění ústavu, činí tak ústavně nebo protiústavně. A k tomu je mu jediným podkladem ústava. Co je v ní obsaženo, je materiálem, na který je odkázán. Elementů, jež nejsou přímo obsaženy v ústavě, nesmí pojati do svého ústavoprávního myšlení a usuzování. Naopak zase všecko, co je v ústavě obsaženo a má ústavní ráz, t. j. ráz ustanovení, která organisují stát, musí býti předmětem a basí jeho teorií. Je-li proto v ústavě řečeno, že je nezměnitelná, jest toto prohlášení pro právní teorii závazným.

Proto se shodují s Verdrossem i s Merkle, že toliko ústava je rozhodující pro zodpovědnost našiotázky.

Formelně, t. j. se stanoviska vůle původního ústavodárce jest ústava vůbec nezměnitelnou; i když obsahuje pozitivně princip změnitelnosti, pak se změny mohou týkati pouze materiálního obsahu ústavy, ne však její formelní platnosti. Pokud formelně se nic nezmění na tak zvané změnitelné ústavě, jest ústava přese všechny obsahové právníky touž ústavou, t. j. veškerá její ustanovení dají se zdůvodniti původní ústavou. Formelní změna byla by vlastně vznikem nové samostatné ústavy.

Jestli-že je ústava prohlášena za změnitelnou, může býti proměněna v nezměnitelnou tím, že se ústavně zruší ustanovení, které praví, jakým prostředkem je její změna možná. Zrušení takové jest proto přípustno, jelikož k němu sama ústava opravňuje.

Normující subjekt není materiálním obsahem ústavy nikdy vázán, je-li stanovena její změnitelnost. Jestli-že však prohlásil, že některé části ústavy jsou nezměnitelné, ostatní

však změně podléhají, jsou ony části ústavy formelně i materiálně nedotknutelné.

Stanoveno-li, že změna některých bodů může nastati teprve po určitém faktu (na př. po vyměření určitého rodu, po svolení cizího státu), jest otázkou, zda takové ustanovení podléhá všeobecné klausuli o změnitelnosti. Dle mého mínění podléhá jí vždycky, když není *expressis verbis* řečeno, že jí nepodléhá. Takové ustanovení by bylo prostě materiální částí ústavy, která přece může býti stále měněna.

Jestli-že však je část ústavy výslovně vyjmuta z dosahu předpisu o změnitelnosti, má část ta nejen materiální, nýbrž hlavně formelní ráz. Pak je vůlí ústavodárcovou, již jest možno změniti jen za podmínek, jež jeho vůle zvlášť a odlišně od modalit všeobecné klausule o změnitelnosti určila.

Přijímám proto názor Merklův o principiální nezměnitelnosti ústavy za svůj. —

Logickým důsledkem mých vývodů pak je, že s hlediska právní noetiky nezměnitelná ústava jest možná.

### Poznámka pořadu a postoupení přednosti dle III. částečné novely k vš. obč. zák.

František Mrština.

I. Ukázal jsem již ve článku »Vlastníková hypoteka v novele obč. zák.«, otištěném v tomto časopise r. 1917, str. 105/110, 153/160, že novela je ovládána snahou, dáti vlastníku nemovitosti volnost využití reálného úvěru. Tomu pak slouží nejen dispozice s hypotekou uhaslou, ať po shlazení dluhu (§ 469.), neb nastalém spojení (§ 1445.), nýbrž i možnost, daná již §em 53. kn. zák., iisté místo vyhraditi si pro úvěr, poznamenati pořad.

Ustanovení dotyčná nepotřebovala valné změny. Byloť jen pozměniti znění 1. odst. §u 53. kn. zák., a to tím způsobem, že nejde jen o zápůjčku, nýbrž o dluh vůbec, neboť dispozice vlastníka s hypotekou uhaslou týká se práva zástavního nejen pro zápůjčku, ale i pro jinaký dluh.

Nejde však nadále o služebnosti, břemena věcná, právo zpětné koupě či předkupní, rovněž ne o práva nájemní, poněvadž tato práva nejsou v těsné souvislosti s reálním úvěrem. Ovšem není zase vyloučena pohledávka vzniklá z těchto právních poměrů, ku př. pohledávka budoucí náhrady škody z nedodržení povinností a pod., a tu poznámka zástavního práva pro takový dluh ciferně vyznačený je možná.