II

Problém suverenity jako problém právní formy a rozhodnutí

Jestliže se státoprávní teorie a pojmy přetvářejí pod dojmem politických událostí a změn, je diskuse nejprve pod vlivem praktických hledisek dne a modifikuje tradiční představy podle nějakého nasnadě ležícího účelu. Nové skutečnosti mohou vyvolat nový sociologický zájem a reakci proti „formalistické" metodě pojednávání o státoprávních problémech. Je však také možné, že se projeví snaha učinit právní pojednání nezávislým na změně politických poměrů a dosáhnout právě důsledně formálním způsobem pojednání vědecké objektivity. Z téže politické situace tak mohou vzejít rozdílné vědecké tendence a proudy.

Ze všech právních pojmů je právě pojem suverenity nejvíce ovládán aktuálními zájmy. Na počátek jeho dějin je obvykle kladen Bodin, nelze však říci, že by od 16. století prošel nějakým logickým vývojem či dalším utvářením. Etapy jeho dogmatických dějin jsou poznamenány různými boji o politickou moc, nikoli dialektickým stupňováním vycházejícím z imanence jeho pojmového založení. V 16. století vzniká z definitivního rozpadu Evropy v národní státy a z boje absolutního vládcovství se stavy Bodinův pojem suverenity. V 18. století se státní vědomí nově vzniklých států reflektuje ve Vattelově mezinárodněprávním pojmu suverenity. V nově založené Německé říši se po roce 1871 stává nutným stanovit určitý princip vymezující sféru svrchovanosti členských států ve vztahu ke státu spolkovému a německá teorie státu vedená tímto zájmem dospívá k distinkci mezi pojmem suverenity a pojmem státu, jejíž pomocí může pro jednotlivé státy zachránit charakter státnosti, aniž by jim musela přiřknout suverenitu. V nejrozmanitějších variacích je tak stále opakována stará definice: suverenita je nejvyšší, právně nezávislá, neodvozená moc.

Taková definice se dá aplikovat na nejrůznější politicko-sociologické komplexy a postavit do služeb nejrůznějších politických zájmů.

Není adekvátním výrazem reality, nýbrž formulí, znakem, signálem. Je nekonečně mnohoznačná, a proto je v praxi podle dané situace mimořádně upotřebitelná či zcela bezcenná. Superlativu „nejvyšší moc" používá jakožto označení reálné veličiny, ačkoliv ve skutečnosti ovládané zákonem kauzality nemůže být žádný jednotlivý faktor vyjmut a obdařen takovýmto superlativem. Nějaká nevývratná, nejvyšší, to znamená největší moc fungující s jistotou přírodního zákona v politické skutečnosti neexistuje; moc nedokazuje pro právo nic, a to z onoho banálního důvodu, který Rousseau v souladu s celou svou epochou formuloval takto: La force est une puissance physique; le pistolet que le brigand tient est aussi une puissance.[15] Spojení fakticky i právně nejvyšší moci je základním problémem pojmu suverenity. V tom právě spočívají všechny jeho obtíže a jde o to, nalézt definici, která postihne tento základní pojem právní vědy nikoli obecnými tautologickými predikáty, nýbrž upřesněním toho, co je právně podstatné.

Nejpodrobnější pojednání o pojmu suverenity, které je k dispozici z posledních let, se ovšem pokouší o jednodušší řešení tím, že vytyčuje disjunkci: sociologie – právní věda a simplicistickým buď–anebo dospívá k něčemu ryze sociologickému a něčemu ryze právnímu. Kelsen se touto cestou vydal ve svých spisech *Das Problem der Souverenität und die Theorie des Völkerrechts* (Tübingen 1920) a *Der soziologische und der juristische Staatsbegriff* (Tübingen 1922). Veškeré sociologické prvky jsou z právního pojmu vypuštěny, aby byl v nefalšované čistotě získán systém přičitatelnosti k normám a k poslední, jednotné základní normě. Starý protiklad toho, co jest a co má být, kauzálního a normativního uvažování je s větší důrazností a rigorózností, než to učinili již Georg Jellinek a George Kistiakowski, ale se stejně neprokázanou samozřejmostí přenesen na protiklad sociologie a právní vědy. Zdá se, že k osudu právní vědy už patří, že jsou na ni některou jinou vědou či teorií poznání aplikovány takovéto disjunkce. Kelsen dospívá pomocí tohoto postupu k nijak překvapivému výsledku, že pro právní nazírání musí být stát něčím ryze právním, něčím normativně platným, nikoli tedy nějakou realitou či něčím myšleným vedle a vně právního řádu, nýbrž právě jen tímto řádem samým, ovšem jakožto jednota (že právě zde tkví

[15] „Síla je fyzická moc; pistole, kterou drží lupič, je taktéž moc" (srv. J. J. Rousseau, *O společenské smlouvě,* I, 3). – Pozn. překl.

problém, nedělá, zdá se, žádné obtíže). Stát tedy není ani původcem, ani zdrojem právního řádu; všechny takové představy jsou podle Kelsena personifikacemi a hypostazemi, zdvojováním jednotného a identického právního řádu v rozdílné subjekty. Stát, to znamená právní řád, je systémem přičítání k poslednímu přičítacímu bodu a k poslední základní normě. Nadřízenost a podřízenost platná ve státě spočívá na tom, že z jednotného středu vycházejí až po nejnižší stupeň jednotlivá zmocnění a kompetence. Nejvyšší kompetence nepřísluší snad nějaké osobě či nějakému sociologicko-psychologickému mocenskému komplexu, nýbrž jedině suverénnímu řádu samému v jednotě systému norem. Pro právní nazírání neexistují ani skutečné, ani fingované osoby, nýbrž pouze body přičítání. Stát je konečným bodem přičítání, bodem, v němž se ona přičítání, která jsou podstatou právního nazírání, „mohou zastavit". Tento „bod" je zároveň „dále neodvoditelným řádem". Takovým způsobem je možno myslet průběžný systém řádů vycházející od řádu původního, posledního, nejvyššího k řádu nižšímu, to znamená k delegované normě. Rozhodujícím, stále a stále znovu opakovaným a proti každému vědeckému protivníkovi znovu uváděným argumentem zůstává stále totéž: základem platnosti normy může opět být pouze norma; stát je proto pro právní nazírání identický se svou ústavou, to znamená se svou jednotnou základní normou.

Velkým slovem této dedukce je „jednota". „Jednota poznávacího hlediska striktně vyžaduje monistický názor." Dualismus metod sociologie a právní vědy končí v monistické metafyzice. Avšak jednota právního řádu, to znamená stát, zůstává v rámci právní sféry „čistá" od všeho sociologického. Je tato právní jednota téhož druhu jako všesvětová jednota celého systému? Jak je možné, že množství pozitivních určení může být zredukováno na jednotu s tímtéž přičítacím bodem, není-li míněna jednota přirozeněprávního systému či jednota obecně teoretické právní vědy, nýbrž jednota pozitivně platného řádu? Slova jako řád, systém, jednota jsou přece jen slovy opisujícími tentýž postulát, u něhož by se muselo ukázat, jak se dá naplnit ve své čistotě, jak dochází k tomu, že na základě nějaké „ústavy" (která je buď dalším tautologickým opisem „jednoty", anebo brutálním sociologicko-politickým faktem) vznikne systém. Systematická jednota je podle Kelsena „svobodným činem právního poznání". Odhlédněme jednou od zajímavé matematické mytologie, podle níž má být bod řádem a systémem a být identický s normou, a položme si otázku,

na čem spočívá myšlenková nutnost a objektivita různých přičítání k různým přičítacím bodům, jestliže nespočívá na nějakém pozitivním určení, to znamená na příkazu. Stále znovu se mluví o vše prostupující jednotě a řádu, jako by to byla nejsamozřejmější věc na světě; mluví se o stupnici vyšších a nižších řádů, kterou má být možno nalézt ve všem, co se právní vědě hází na stůl v pozitivních ustanoveních, jako by existovala jakási předzjednaná harmonie mezi výsledkem svobodného právního poznání a určitým komplexem spojeným v jednotu jen v politické skutečnosti. Normativní věda, k níž chce Kelsen právní vědu ve vší čistotě pozvednout, nemůže být normativní v tom smyslu, že právník hodnotí vlastním svobodným aktem; právník může jen zaujmout vztah k hodnotám, jež jsou mu dány (pozitivně dány). Tím je zdánlivě umožněna objektivita, nikoli však nutná souvislost s pozitivitou. Hodnoty, k nimž právník zaujímá vztah, jsou mu sice dány, počíná si však vůči nim s relativistickým nadhledem. Může totiž zkonstruovat jednotu ze všeho, oč se právně zajímá, pokud jen zůstane „čistý". Jednoty a čistoty lze však dosáhnout snadno, jestliže se velmi důrazně ignoruje vlastní obtíž a jako nečisté se z formálních důvodů vyloučí vše, co se vzpírá systematice. Tomu, kdo se do ničeho nepouští a zůstává rezolutně metodologický, aniž by na jednom jediném konkrétním případě ukázal, v čem se jeho právní věda liší od toho, co se dosud jako právní věda provozovalo, tomu se snadno kritizuje. Metodologická zaklínadla, tříbení pojmů a důvtipná kritika jsou cenné jen jako příprava. Jestliže nepřistupují k věci se zdůvodněním, že právní věda je něco formálního, zůstávají navzdory vší vynaložené námaze v předpokoji právní vědy.

Kelsen řeší problém pojmu suverenity tím, že ho neguje. Závěr jeho dedukcí zní takto: „Pojem suverenity musí být radikálně vytěsněn."[16] Ve skutečnosti je to staré liberální negování státu oproti právu a ignorování samostatného problému uskutečňování práva. Tomuto pojetí se dostalo významného výkladu u H. Krabbeho, jehož teorie o právní suverenitě spočívá na tezi, že suverénem je nikoli stát, nýbrž právo.[17] Kelsen tu, zdá se, vidí jen předchůdce svého učení o identitě

[16] H. Kelsen, *Problem der Souverenität und die Theorie des Voelkerrechts*, Tübingen 1920, str. 320.

[17] Jeho dílo na toto téma bylo publikováno v r. 1906, v druhém rozšířeném německém vydání r. 1919 pod názvem *Die moderne Staatsidee* (Berlin).

státu a právního řádu. Teorie Krabbeho má opravdu společný světonázorový kořen s konečným výsledkem Kelsenovým; avšak právě v tom, v čem je Kelsen originální, v jeho metodologii, neexistuje mezi holandským právním učencem a noetickými a metodologickými distinkcemi německého novokantovce žádná souvislost. „Učení o právní suverenitě," říká Krabbe, „je podle toho, jak je pojmeme, buď popisem nějakého skutečně existujícího stavu, anebo postulátem, o jehož uskutečnění se má usilovat."[18] Moderní idea státu klade podle Krabbeho na místo osobní moci (krále, vrchnosti) moc duchovní. „Nežijeme již nyní pod vládou osob, ať už (právních) osob přirozených nebo vykonstruovaných, nýbrž pod vládou norem, duchovních sil. V tom se projevuje moderní idea státu." „Tyto síly vládnou v nejpřísnějším smyslu slova. Neboť právě proto, že vycházejí z duchovní přirozenosti člověka, může být těmto silám dobrovolně prokazována poslušnost." Základ, zdroj právního řádu „lze nalézt jedině v právním citu a v právním vědomí příslušníků národa". „O tomto základu se nedá dále diskutovat: je tím jediným, který má hodnotu skutečnosti." I když Krabbe říká, že se nezabývá sociologickými výzkumy o formách vlády,[19] provádí nicméně bytostně sociologické vývody o organizačním utváření moderního státu, v němž se profesionální úřednictvo identifikuje se státem jako samostatná vrchnostenská moc a úřednický poměr prohlašuje za něco specificky veřejnoprávního, odlišného od obvyklého služebního poměru. Protiklad veřejného a soukromého práva, nakolik se opírá o rozdíl ve skutečnosti subjektů, je radikálně odmítnut.[20] Další vývoj decentralizace a samosprávy ve všech oblastech má dát stále zřetelněji vystoupit moderní ideji státu. Moc má mít nikoli stát, nýbrž právo. „Starý, stále znovu vytyčovaný znak státu, moc, a pojmové určení tohoto státu jako fenoménu moci můžeme i nadále připustit s touto jedinou podmínkou, že se ve vztahu k této moci uzná, že se vyjevuje v právu a nemůže se uplatnit žádným jiným způsobem než vydáním právní normy. Zároveň je pak ale také třeba trvat na tom, že stát vystupuje do popředí výlučně vytvářením práva, ať už prostřednictvím zákonodárství či cestou práva stanoveného. Nikoli tedy uplatňováním zákonů nebo

[18] Tamt., str. 39.

[19] Tamt., str. 75.

[20] Tamt., str. 138.

sledováním nějakých veřejných zájmů."[21] Jediným úkolem státu je „vytvářet" právo, to znamená stanovovat právní hodnoty zájmů.[22] „Nikoli ovládáním nějakých zájmů, nýbrž výlučně prostřednictvím vlastního původního právního zdroje, z něhož všechny ony zájmy i všechny jiné zájmy nabývají své právní hodnoty."[23] Stát je omezen výlučně na vytváření práva. To však neznamená, že vytváří právo co do obsahu. Nedělá nic jiného, než že stanoví právní hodnotu zájmů, tak jak se jeví podle právního vědomí příslušníků národa. V tom tkví dvojí omezení; za prvé omezení na právo v protikladu k zájmu, blahobytu, tedy k tomu, co se v Kantově nauce o právu nazývá matérie; za druhé omezení na deklaratorní, nikoli konstitutivní akt stanovení. To, že právě v tomto stanovení tkví problém práva jakožto substanciální formy, vyplyne z dalšího. U Krabbeho si musíme povšimnout, že protiklad mezi právem a zájmem pro něho není protikladem mezi formou a matérií. Jestliže říká, že všechny veřejné zájmy jsou podřízeny právu, pak to znamená, že v moderním státě je právní zájem zájmem nejvyšším, právní hodnota nejvyšší hodnotou.

Společná opozice vůči centralistickému vrchnostenskému státu přivádí Krabbeho do blízkosti teorie společenstva (Genossenschaftstheorie). Jeho boj proti vrchnostenskému státu a proti právníkům vrchnostenského státu upomíná na známé spisy Hugo Preuße. Sám Gierke, zakladatel teorie společenstva, zformuloval svůj pojem státu v tom smyslu, že „posledním zdrojem práva není stát či vůle vládce, nýbrž orgán lidu povolaný k vyslovení právního vědomí vzešlého z života lidu".[24] Osobní vůle vládcova je včleněna do státu jakožto organického celku. Právo a stát jsou nicméně pro Gierkeho „rovnocenné moci" a na základní otázku po jejich vzájemném vztahu odpovídá v tom smyslu, že jsou to dva samostatné faktory společného lidského života, že jedno není myslitelné bez druhého, avšak jedno neexistuje skrze druhé nebo před druhým. Při revolučních změnách ústavy jde o porušení práva, o prolomení právní kontinuity, které

21 Tamt., str. 225.

22 Tamt., str. 261.

23 Tamt., str. 260.

24 O. v. Gierke, *Grundbegriffe des Staatsrechts und die neuesten Staatsrechtstheorien,* I, in: *Zeitschrift fiir die gesamte Staatswissenschaft,* 30, 1974, str. 179 [Schmitt měl k dispozici asi jiný výtisk, neboť uvádí str. 31].

může být vyžadováno eticky nebo oprávněno historicky; zůstává však porušením práva. Může být nicméně napraveno a získat dodatečně právní základ „nějakým právním procesem dostačujícím pro právní vědomí lidu", např. ústavní dohodou nebo lidovým hlasováním či posvěcující mocí zvyku.[25] Existuje tendence, že právo a moc se shodnou, a jinak nesnesitelný „stav napětí" se tak odstraní. Rovnocennost státu je však zatemněna tím, že státní zákonodárství je podle Gierkeho jen „poslední formální pečetí", kterou stát vtiskuje právu, jakýmsi „státním výtvorem", jenž má jen „vnější formální hodnotu", a je tedy jen tím, co Krabbe označuje jako pouhé stanovení právní hodnoty, které však nepatří k podstatě práva, a proto právě může být podle Gierka mezinárodní právo právem, aniž by bylo právem státním. Je-li stát tímto způsobem zatlačen do role pouhého deklarujícího herolda, nemůže už být suverénní. Preuß tak mohl argumenty teorie společenstva odmítnout pojem suverenity jako reziduum vrchnostenského státu a v korporativně (genossenschaflich) zdola se budujícím společenství nalézt organizaci, která vládní monopol nepotřebuje, a proto se také obejde bez suverenity. Mezi novějšími stoupenci teorie společenstva se pokusil na jejím základě vyřešit „problém nové epochy státu" Wolzendorff. Z jeho četných studií[26] nás zde nejvíce zajímá poslední spis „Der reine Staat". Tento spis vychází z toho, že stát potřebuje právo a právo potřebuje stát, avšak „právo jakožto hlubší princip drží nakonec stát v poutech". Stát je původní násilí vládce; je jím však jako moc řádu, jako „forma" života lidu, nikoli jako libovolné donucení nějakým násilím. Od této moci se vyžaduje, aby zasahovala jen tehdy, pokud toho svobodný, individuální nebo družstevní čin není schopen; sama má zůstat v pozadí jako *ultima ratio*; to, co souvisí s řádem, nesmí být spojováno s hospodářskými, sociálními či kulturními zájmy, protože ty musejí být přenechány samosprávě. To, že k samosprávě patří jistá „zralost", by se ovšem mohlo stát pro Wolzendorffovy postuláty nebezpečným; neboť takové historicko-pedagogické problémy se v historické skutečnosti často neočekávaně zvrátí od diskuse k diktatuře. Wolzendorffův čistý stát je

25 Tamt., str. 183 [35].

26 K. Wolzendorff, *Deutsches Völkerrechtsdenken*, München 1919; *Die Lüge des Völkerrechts*, Leipzig 1919; *Geist des Staatsrechts*, Leipzig 1920; *Der reine Staat*, Tübingen 1920.

státem, který se omezuje na svoji funkci řádu. Patří k ní také utváření práva, protože veškeré právo je zároveň problémem stálosti státního řádu. Stát má právo ochraňovat; stát je „strážcem, nikoli přikazujícím pánem", ale ani jako strážce není pouze „slepým služebníkem", nýbrž „odpovědným a konečným rozhodujícím garantem". V myšlence rad spatřuje Wolzendorff projev tendence k samosprávě společenstva, k omezení státu na „čistě" mu příslušející funkce.

Nedomnívám se, že Wolzendorff si byl vědom toho, jak velice se obratem o „posledním rozhodujícím garantu" přiblížil autoritativní teorii státu krajně protikladné společenstovnímu a demokratickému pojetí státu. Oproti Krabbemu a zmíněným stoupencům teorie společenstva je proto tento Wolzendorffův poslední spis obzvlášť důležitý. Přivádí diskusi na rozhodující pojem, totiž na pojem formy v substanciálním smyslu. Moc řádu o sobě je oceňována tak vysoce a funkce garance je něčím tak samostatným, že stát už není jen ustanovitelem či „vnějšně formálním" převodcem ideje práva. Vyvstává problém, nakolik je v každém ustanovení a rozhodnutí obsažen s právně logickou nutností konstitutivní prvek, vlastní hodnota formy. Wolzendorff mluví o formě jako o „sociálně psychologickém" fenoménu, jako o působícím faktoru historicko-politického života, jehož význam spočívá v tom, že umožňuje protichůdně působícím politickým hybným silám postihnout v myšlenkové struktuře státní ústavy stálý prvek konstrukčního kalkulu.[27] Stát se tedy stává formou ve smyslu utváření života. Mezi utvářením, jehož cílem je kalkulovatelné fungování, a formou v estetickém smyslu, jak tohoto slova používá například Hermann Hefele, Wolzendorff zřetelně nerozlišoval.

Chaos, který se kolem pojmu formy šíří ve filosofii, se obzvlášť neblaze opakuje v sociologii a v právní vědě. Právní forma, technická forma, estetická forma a konečně pojem formy v transcendentální filosofii označují podstatně odlišné věci. V sociologii práva u Maxe Webera lze rozlišit trojí pojem formy. Jednou je pro Webera pojmové upřesnění právního obsahu jeho právní formou, normativní úpravou, jak říká, avšak pouze jako „kauzální komponenta souhlasného jednání". Když poté mluví o diferenciaci věcných oborů, získává slovo formální stejný význam jako racionalizovaný, odborně vyškolený a konečně kalkulovatelný. Max Weber například říká, že formálně

[27] K. Wolzendorff, *Staatstheoretische Formen für politische Ideen*, in: *Archiv des öffentlichen Rechts*, sv. 34, 1915, str. 477.

rozvinuté právo je komplexem vědomých maxim rozhodování a že sociologicky k němu patří součinnost školených právních znalců, úředně jmenovaných nositelů soudní pravomoci atd. S rostoucí potřebou styku se stává nutným odborné školení, to znamená (sic!) školení racionální, a z toho vyplývá moderní racionalizace práva v právo specificky juristické a vytváření „formálních kvalit".[28] Forma může tedy znamenat: za prvé transcendentální „podmínku" právního poznání; za druhé stejnoměrnou, opakovaným konáním a odborným promýšlením vznikající pravidelnost, která pro svou stejnoměrnost a kalkulovatelnost přechází ve třetí, „racionalistickou" formu, to znamená v technické, na kalkulovatelnost zaměřené zdokonalení, které vzniká z nutnosti styku či též zájmů právně vzdělané byrokracie a které je ovládáno ideálem hladkého fungování.

Pojmem formy u novokantovců se zde není třeba zabývat. Pokud jde o technickou formu, znamená upřesnění, které je vedeno hledisky účelnosti a dá se sice aplikovat na organizovaný státní aparát, ale netýká se „justiční podoby". Vojenský povel vyhovuje svou přesností technickému, nikoli právnímu ideálu. To, že může být esteticky oceňován, že může být použit i při slavnostních obřadech, nic nemění na jeho technicitě. Prastará aristotelská opozice mezi *deliberare* a *agere* vychází ze dvou rozdílných forem: *deliberare* je přístupné právní formě, *agere* jen technickému formování. Právní forma je ovládána ideou práva a nutností aplikovat právní myšlenku na konkrétní skutkovou podstatu, to znamená uskutečňováním práva v nejširším smyslu. Právní idea se sama uskutečnit nemůže, a proto je jí ke každé přeměně ve skutečnost třeba zvláštního utváření a zformování. To platí jak pro zformování obecné právní myšlenky v pozitivní zákon, tak i pro aplikaci pozitivní obecné právní normy v soudnictví či ve správě. Z toho je třeba vycházet při výkladu specifičnosti právní normy.

Co znamená, je-li dnes ve státovědě formalismus novokantovců zavrhován, avšak současně je forma postulována ze zcela jiné strany? Je to snad jedna z oněch věčných záměn, které činí dějiny filosofie tak monotónními? V této snaze moderní státovědy lze v každém případě bezpečně rozpoznat jedno: forma má být převedena ze sféry subjektivního do sféry objektivního. V Laskově teorii kategorií je

[28] M. Weber, *Rechtssoziologie*, II, § 1.

pojem formy ještě subjektivní, jak to patří ke každému noetickému postoji. Kelsen odporuje sám sobě, přijímá-li jednou jako východisko takovýto kriticky získaný subjektivistický pojem formy a pojímá-li jednotu právního řádu jako svobodný akt právního poznání, zatímco po svém přihlášení k určitému světovému názoru požaduje objektivitu, a dokonce i Hegelovu kolektivismu vytýká státní subjektivismus. Objektivita, na kterou si sám činí nárok, se vyčerpává tím, že se vyhýbá všemu personalistickému a právní řád redukuje na neosobní platnost neosobní normy.

Nejrůznější teorie pojmu suverenity – Krabbe, Preuß, Kelsen – požadují právě takovou objektivitu, přičemž se shodují v tom, že z pojmu státu musí zmizet všechno osobní. Osobnost a příkaz patří podle nich zřejmě k sobě. Podle Kelsena je představa o osobním právu na příkaz opravdovým omylem učení o státní suverenitě; teorii o primátu státního právního řádu označuje Kelsen za „subjektivistickou" a za negaci právní ideje, protože na místo objektivně platné normy je kladen subjektivismus příkazu. U Krabbeho se protiklad mezi osobním a neosobním spojuje s protikladem mezi konkrétním a obecným, individuálním a obecným a lze jej dovést dál k protikladu mezi vrchností a právní normou, mezi autoritou a kvalitou a v jeho obecné filosofické formulaci k protikladu mezi osobou a ideou. Odpovídá to státoprávní tradici, kdy je osobní příkaz tímto způsobem stavěn proti věcné platnosti abstraktní normy. V právní filosofii 19. století to například obzvlášť jasně a zajímavě provedl Ahrens. Pro Preuße a Krabbeho jsou veškeré představy o osobnosti historickými ozvuky absolutní monarchie. Všechny tyto námitky přehlížejí, že představa osobnosti a její souvislost s formální autoritou se vyvinula ze specificky právního zájmu, totiž ze zvláště jasného vědomí o tom, co tvoří podstatu právního rozhodnutí.

Takové rozhodnutí v nejširším smyslu patří ke každé právní percepci. Každá právní myšlenka totiž převádí právní ideu, která se nikdy neuskuteční ve své čistotě, v jiný agregátový stav a připojuje k němu nějaký moment, který se nedá převzít ani z obsahu právní ideje a při aplikaci nějaké obecné pozitivní právní normy ani z obsahu této normy. Každé konkrétní právní rozhodnutí v sobě obsahuje moment obsahové indiference, protože právní závěr nelze zcela beze zbytku odvodit z jeho premis, a okolnost, že rozhodnutí je nutné, zůstává samostatným determinujícím momentem. Nejde přitom o kauzální a psychologickou genezi takového rozhodnutí, ačkoliv i pro ni

má abstraktní rozhodnutí jako takové svůj význam, nýbrž o určení právní hodnoty. Sociologicky vystupuje zájem na určitosti rozhodnutí do popředí zejména v éře intenzivního směnného hospodářství, protože obchodní styk má v nesčetných případech často menší zájem na přesně upraveném obsahu než na kalkulovatelné určitosti. (Často mě zajímá méně to, jak jízdní řád stanoví v jednotlivém případě čas odjezdu či příjezdu, než to, že spolehlivě funguje, takže se jím mohu řídit.) V právním styku poskytuje příklad takového zájmu takzvaná „formální směnečná přísnost" směnečného práva. S tímto typem kalkulovatelnosti nelze směšovat právní zájem na rozhodnutí jako takovém. Ten má svůj základ ve svébytnosti normativního a vyplývá z toho, že konkrétní fakt musí být posuzován konkrétně, i když jako měřítko posuzování je dán jen právní princip ve své celkové obecnosti. Pokaždé tak jde o transformaci. Že se právní idea nemůže realizovat sama sebou, vyplývá již z toho, že nevypovídá nic o tom, kdo ji má aplikovat. Ke každé transformaci patří *auctoritatis interpositio*. Rozlišující určení toho, která individuální osoba či která konkrétní instance si může na takovou autoritu činit nárok, nelze vyvodit z pouhé právní kvality nějaké věty. To je obtíž, kterou Krabbe neustále ignoruje.

To, že rozhodnutí bylo přijato příslušným místem, činí toto rozhodnutí relativním a podle okolností také absolutním, nezávisle na správnosti jeho obsahu, a ukončuje další diskusi o tom, mohou-li ještě trvat pochybnosti. Rozhodnutí se okamžitě stává nezávislým na argumentujícím zdůvodnění a nabývá samostatné hodnoty. V učení o chybném státním aktu se to ukazuje v celém teoretickém i praktickém významu. Nesprávnému a chybnému rozhodnutí náleží právní účinek. Nesprávné rozhodnutí obsahuje konstitutivní moment, právě kvůli své nesprávnosti. V samotné ideji rozhodnutí však tkví, že nemohou existovat žádná absolutně deklaratorní rozhodnutí. Z hlediska obsahu základní normy je onen konstitutivní, specifický moment rozhodnutí něčím novým a cizím. Rozhodnutí se normativně nazíráno rodí z ničeho. Právní účinnost decise je něčím jiným než výsledkem zdůvodnění. Přičítání se neprovádí pomocí nějaké normy, nýbrž naopak; teprve z bodu přičítání se určuje, co je norma a co je normativní správnost. Z normy nevyplývá žádný bod přičítání, nýbrž jedině kvalita obsahu. Formální ve specificky právním smyslu tkví v protikladu vůči této obsahové kvalitě, nikoli vůči kvantitativní obsahovosti kauzální souvislosti. To, že tento

poslední protiklad nepřichází pro právní vědu v úvahu, by se vlastně mělo rozumět samo sebou.

Specifická svébytnost právní normy musí být rozpoznána ve své ryze právní povaze. Nesmějí se rozvíjet spekulace o filosofickém významu právní účinnosti rozhodnutí nebo o nehybné, časem a prostorem nedotčené „věčnosti" práva, o níž hovořil Merkl.[29] Když Merkl říká: „Vývoj právní formy je vyloučen, neboť ruší identitu," prozrazuje tím, že v podstatě chová hrubě kvantitativní představu o formě. Tímto typem formy nelze ovšem vysvětlit, jak může do učení o státu a právu vstoupit personalistický moment. Odpovídá to prastaré státoprávní tradici, která vždy vycházela z toho, že směrodatné může být jen obecné právní ustanovení. „The law gives authority", říká Locke a vědomě zde slovo zákon používá antiteticky ke *comissio,* to znamená k osobnímu příkazu monarchy. Nevidí však, že zákon neříká, komu onu autoritu dává. Není přece možné, aby každý uplatnil a realizoval jakékoli libovolné právní ustanovení. Právní ustanovení jako norma rozhodování pouze říká, jak má být rozhodováno, a ne kdo má rozhodovat. Na obsahovou správnost by se mohl odvolávat každý, kdyby neexistovala žádná poslední instance. Poslední instance ovšem nevyplývá z normy rozhodování. Otázka je zde tudíž otázkou po kompetenci; otázkou, která se nedá ani vznést, a tím méně zodpovědět z obsahové právní kvality nějaké věty. Odpovídat na otázky po kompetenci tím, že se poukazuje na materiální, znamená tropit si žerty.

Existují snad dva typy právní vědeckosti, které se dají určit podle toho, jak dalece existuje či neexistuje vědecké vědomí o normativní specifičnosti právního rozhodnutí. Klasickým představitelem decisionistického (mohu-li utvořit toto slovo) typu je Hobbes. Svébytností tohoto typu se také vysvětluje, že právě tento, a nikoli druhý typ nalezl klasickou formulaci antiteze: *Auctoritas, non veritas facit legem.*[30] Antiteze *auctoritas* a *veritas* je radikálnější a přesnější než Stahlova kontrapozice: autorita, nikoli majorita. Hobbes také uvedl rozhodující argument, který zahrnuje souvislost tohoto decisionismu

[29] A. Merkl, *Die Rechtseinheit des österreichischen Staates*, in: *Archiv des öffentlichen Rechts*, 37, 1917, str. 19 [studie se ale nachází na stranách 56–121].

[30] „Autorita, nikoli pravda vytváří právo", viz T. Hobbes, *Leviathan*, kap. XXVI.

s personalismem a odmítá veškeré pokusy postavit na místo konkrétní státní suverenity nějaký abstraktně platný řád. Hobbes se zabývá požadavkem, podle něhož státní moc musí být podřízena moci duchovní, protože duchovní moc je vyšším řádem. Na takové zdůvodnění pak Hobbes odpovídá: „Má-li jedna ‚moc' (power, potestas) být podřízena druhé, pak to jen znamená, že ten, kdo má moc, má být podřízen tomu, kdo má onu druhou moc (He which hath the one power is subject to him that hath the other)." To, že někdo hovoří o nadřízenosti a podřízenosti a současně se snaží zůstat abstraktním, je pro Hobbese nepochopitelné („we cannot understand"). „For Subjection, Command, Right and Power are accidents, not of Powers but of Persons."[31] Hobbes to ilustruje jedním z oněch přirovnání, která umí s neomylnou střízlivostí svého zdravého lidského rozumu tak pádně uvést: moc nebo řád mohou být podřízeny jiné moci nebo řádu tak, jako je umění sedláře podřízeno umění jezdce; podstatné však je, že navzdory této abstraktní stupnici řádů nikdo nepomyslí na to, podřídit jednotlivého sedláře jednotlivému jezdci a zavázat ho k poslušnosti.

Je nápadné, že jeden z nejdůslednějších představitelů abstraktní přírodovědnosti 17. století se stává tak personalistickým. Vysvětluje se to však tím, že jako právní myslitel chce faktickou skutečnost společenského života uchopit právě tak přesně, jako chce jakožto filosof a přírodovědný myslitel uchopit skutečnost přírody. To, že existuje právní skutečnost a živoucnost, která nemusí být skutečností přírodovědné reality, si Hobbes neuvědomil. I matematický relativismus a nominalismus působí vedle sebe. Často se zdá, že Hobbes by jednotu státu mohl zkonstruovat z jakéhokoli daného bodu. Právní myšlení nebylo však tehdy ještě natolik přemoženo myšlením přírodovědným, že by byl při intenzitě své vědeckosti mohl bez povšimnutí pominout specifickou realitu právního života spočívající v právní formě. Forma, kterou hledá, spočívá v konkrétním, od určité instance vycházejícím rozhodnutí. Při samostatném významu rozhodnutí má vedle jeho obsahu samostatný význam subjekt rozhodnutí. Pro skutečnost právního života záleží na tom, kdo rozhoduje. Vedle otázky obsahové správnosti stojí otázka kompetence. Problém právní formy spočívá v protikladu mezi subjektem a obsahem rozhodnutí a ve

[31] „Podřízenost, velení, právo a moc nejsou totiž nahodilými vlastnostmi mocí, nýbrž lidí", tamt., kap. XLII,124.

vlastním významu subjektu. Právní forma nemá apriorní prázdnotu formy transcendentální, neboť vzniká přímo z něčeho právně konkrétního. Není ani formou technické přesnosti; ta má totiž bytostně věcný, neosobní účelový zájem. V neposlední řadě není ani formou estetického utváření, která nezná decisi.