

Z VĚDECKÉHO ŽIVOTA

Merkel redivivus. Poznámky k dílu vynikajícího rakouského právníka*

Jan Filip**

Adolf Julius Merkel (1890-1970) patřil a patří k nejvýznamnějším představitelům právní teorie a veřejného práva 20. století. Byl prvním žákem H. Kelsena po jeho habilitaci, v roce 1918 byl přidělen kancléři K. Rennerovi a podílel se s Kelsenem na přípravě ústavy z roku 1920, poté již následovala akademická dráha (přerušena v letech 1938-1943). Jeho jméno sice není skloňováno tak často jako jméno jeho učitele H. Kelsena, to však nic nemění na tom, že jeho dílo je neoddelitelnou součástí příspěvku normativní teorie k poznávání práva ve 20. století. Určité upozadění této významné osobnosti je paradoxem, neboť zná-li každý student H. Kelsena, ne vždy je schopen říci něco konkrétního o jeho díle. Naopak každý právník zná a pracuje s pojmem hierarchie práva a hierarchické výstavby právního řádu, což je konstrukce, se kterou přišel do právní vědy právě A. Merkel (*Das Recht im Lichte seiner Anwendung*, 1917 – zde I/1, s. 85-146)¹ a kterou později celosvětově proslavil H. Kelsen. Často si ani neuvědomují, že při dnešních diskusích o soudcovském právu využívají poznatků, které teoreticky rozpracoval právě A. Merkel, nemluvě o pojmu „obecně závazný“ právní předpis, který byl dříve hojně obsažen v našem právu. Protože vznik Právnícké fakulty Masarykovy univerzity je bezprostředně spjat s normativní teorií a jménem Františka Weyra,² je na místě připomenout záslužný čin kolektivu vydavatelů (bývalých žáků), mezi kterými je i prof. H. Schambeck (dlouholetý předseda rakouské Spolkové

rady), poslední (rozuměj časově) z asistentů A. Merkla na vídeňské právnické fakultě. Výsledkem více než třicetileté práce je zatím pět svazků sebraných spisů. Tyto svazky jsou postupně věnovány jednotlivým oblastem zájmu A. Merkla, tj. oblasti právní teorie, ústavního práva, mezinárodního práva a správního práva, se kterým je spjata jeho celoživotní dráha. Hned na tomto místě upozorňuji, že nejde o vydání toho, co již knižně vydáno bylo. Takové práce jako *Die Verfassung der Republik Deutschösterreich* (1919), *Zur Lehre von der Rechtskraft* (1923), *Allgemeines Verwaltungsrecht* (1927, reprint 1999, český překlad 1931 – I. díl a 1932 – II. díl) nebo *Die ständisch-autoritäre Verfassung Österreichs* (1935), nejsou ve sborníku obsaženy. Jednotlivé svazky obsahují pouze nesamostatné práce v podobě článků, studií, recenzí. Zejména zařazení recenzí je sice neobvyklé, nicméně se ukazuje, že pro charakteristiku osobnosti autora to má řadu předností, neboť skutečná recenze vypoví o zaměření, názorech a schopnostech více, než dlouhá pojednání.³ Navíc pro normativní teorii bylo obvyklé a nutné bránit se před útoky jiných a prosazovat práce spřízněných autorů, takže recenzovaná právní věda se tehdy (nejen v Rakousku, ale i u nás, jak ukazuje dílo F. Weyra) stala jedním z hlavních nástrojů vědeckého diskursu na rozdíl od dnešní doby. O to je tento nakladatelský počín zajímavější, neboť zatím zprostředkovává 290 rozsahem (nikoli významem) z více než 600 drobnějších prací, které jsou pro

Merkla typické. Zařazena jsou však též díla vydaná vlastním nákladem jako např. z roku 1924 pocházející polemika⁴ s profesorem německé techniky v Praze F. Sanderem, který se postavil proti svému učiteli Kelsenovi a vyvolal vlastně v kruzích rakouských normativců dodnes trvající spor. Podařilo se zpracovat a posmrtně vydat i studie, které Merkl psal v podobě poznámek před svou smrtí.⁵

Zatím vyšlé svazky jsou uspořádány podle jednotlivých oblastí vědeckého zájmu A. Merkla. Podle toho možno očekávat i zájem ze strany dnešního právníka o jejich studium. Každý z pěti svazků postihuje určitou oblast. V prvním svazku (I/1) jsou soustředěny práce z oblasti právní teorie, ale i filosofie, neboť normativní teorie se nutně k těmto otázkám vymezovala. V tomto směru jen upozorňuji na pojednání *Reine Rechtslehre und Moralordnung* (I/1, s. 629-655), kde se v roce 1961 Merkl zamýšlí nad vývojem státu a práva za 300 let z pohledu normativní teorie, dospívá po zkušenostech světových válek k závěru, že právo jako produkt lidské činnosti kolísá mezi pokusem a karikaturou spravedlnosti, pročez právní teorie vyžaduje doplnění právní etikou (s. 655) a pozorností nejen formě, nýbrž i obsahu práva. Postupně tak opouští pověstný formální redukcionismus vídeňské právní školy. V tomto svazku najdeme klíčové práce, z nichž některé již byly zmíněny. Chtěl bych upozornit zejména na ty, které jsou přímo spjaty s Merklovým přínosem pro dnešek, tj. problém stupňovité výstavby právního řádu a jednotného chápání práva od ústavy po správní akt a soudní rozsudek. Připomeňme zde, že ve II. díle svých *Pamětí* se Weyr na jednom místě (s. 397) se jen letmo zmiňuje, že při jedné cestě vlakem v roce 1918 jej napadla myšlenka hierarchie právních norem a stupňovitá výstavba právního řádu, kterou pak soustavně rozpracoval ve Vídni A. Merkl. Zejména v pracích z doby 1. světové války je Weyr Merklelem zmiňován. Např. Weyra zmiňuje Merkl v jedné z klíčových studií (*Das doppelte Rechtsantlitz*, I/1, s. 229) vedle Kelsena jako dva autory, kteří podrobili zdrcující kritice členění práva na soukromé a veřejné. V tomto svazku najdeme práce, které jsou sice zapomenuté, nikoli však překonané v oblasti soudcovského práva, výkladu práva, neměnnosti zákonů (včetně materiálního ohniska ústavy),⁶ k pojetí přirozeného práva,⁷ svobodě a spravedlnosti. Obecně lze říci, že jestliže v pracích prvního období udivuje logika, se kterou byly nově stavěny otázky, v posledních pracích po 2. světové válce to je moudrost, nadhled a poznání, že studium práva nepočívá jen ve formě, nýbrž i v analýze jeho obsahu. Druhý svazek (I/2) soustřeďuje rovněž práce teoretické, tentokrát však z oblasti státovědy a politologie. Jedná se o práce z období po 1. světové válce, takže pro českého čtenáře a zejména historika je zde obsažena celá řada studií k národnostní otázce (Uhry, Sudety, jižní Tyrolsko)⁸ a mírovým smlouvám, papežské encyklice *Quadragesimo anno* a jejím ústavněprávním konsekvencím,

pojetí demokratického, právního,⁹ autoritativního (práce k rakouské ústavě z roku 1934, jejímž odpůrcem a kritikem Merkl byl) a totálního státu, korporativismu, poslušnosti, odmítnutí vojenské služby, válečným zločinům, formě vlády atd. Významná je zde zejména jeho tvorba po 2. světové válce, kdy bilancuje nejen zkušenosti, ale i hodnotí, jak se osvědčila normativní teorie v takových podmínkách.¹⁰

Další část sebraných spisů již přitáhne zájem zejména konstitucionalistů a internacionalistů. Obsahuje práce z oboru ústavního práva s dopady do mezinárodního práva, nicméně je současně cenným zdrojem i pro naše historiky, neboť kritická a precizní analýza rozpadu Rakouska-Uherska a budování nového státu (*Deutschösterreich, 1. republika, anšlus a zpětné hodnocení rakouské ústavní historie* podává právník, který to všechno prožil. Ve třetím svazku (II/1) tak najdeme práce z doby 1. světové války (nouzové zákonodárství, volební právo a vojenská služba), ústavněprávní otázky vzniku rakouské republiky (federalismus, postavení zemí, dělba moci, kontinuita státu,¹¹ příprava ústavy, ústavní provizorium, zákonodárny proces, hledání nového typu hlavy státu po zániku monarchie¹²), kde zaujmou úvahy o smyslu nového státu (ne nepodobné diskusím v ČR na sklonku roku 1992) a hledání zahraničních vzorů (*Österreichs Verfassung und ihr Schweizer Vorbild*, II/1, s. 255-262). Hlavní pozornost třeba rozborům rakouské ústavy z roku 1920 a jejím změnám. Protože se na její přípravě Merkl spolu s Kelsenem přímo podílel, jsou jeho komentáře podstatné, neboť dokreslují tehdejší situaci a problémy (zejména přechod k federalismu po staletím centralismu). Pochopitelně řada prací je věnována otázkám kontroly ústavnosti, což je pro českého čtenáře zajímavé již s ohledem na diskuse o prvenství Československa při ústavním zakotvení modelu specializovaného ústavního soudnictví.¹³ Merkl sleduje historický vývoj, praktické problémy,¹⁴ řada dalších studií analyzuje konstrukci a praxi rakouského ústavního soudnictví z pohledu normativní teorie (zejména *Die gerichtliche Prüfung von Gesetzen und Verordnungen*, II/1, s. 393-438 a *Epilog zur Verfassungsreform*, II/1, zejména s. 575) nebo ji hájí proti německým právníkům (II/1, s. 753-760 – vystoupení proti Triepelovi na známém sjezdu německých konstitucionalistů k této problematice). Zcela aktuálně lze číst na toto téma práce jako *Der „entpolitisierte“ Verfassungsgerichtshof* (II/2, s. 21-28), *Die Verfassungsgerichtsbarkeit in Österreich* (II/2, s. 219-231), „*Sein und Nichtsein des Verfassungsgerichtshofes* (II/2, s. 233-238),¹⁵ které již vedou k problematice ústavní krize končící připojením k Velkoněmecké říši (zejména svazek II/2).¹⁶ I v této oblasti Merkl publikoval zajímavé příspěvky po 2. světové válce k politickým stranám, k Evropské úmluvě, k stavebním kamenům rakouské ústavy, kde je změna možná jen referendem. Zatím poslední pátý svazek (III/1) obsahuje řadu zajímavých studií z oblasti obecného i zvláštního správního práva, kde je patrný Merklův zá-

jem o ochranu životního prostředí (obdoba Weyr) daný jistě i mládím stráveným v domě otce lesníka. Zde najdeme studie k tradičním otázkám správního práva, avšak ne v takovém množství, jako v případě práva ústavního. Podle mého názoru je to dáno tím, že všechny podstatné otázky řešil ve svém klasickém Obecném právu správním přeloženém mimo jiné i do češtiny. Jinak i pro dnešek asi nejvíce zaujme dobové hodnocení klasického správního práva ve Francii (Le régime administratif, III/1, s. 349-371) a nové „nacionální“ pojetí správního práva v Německu, které se francouzského vlivu zbavuje (Die Verwaltungslehre des neuen Deutschland, II/2, s. 375-418) a kde se autorovi při pojednání o pramenech správního práva v podobě Führerwille evidentně těžko hledají slova, nemluví o hodnocení nového pojetí právního státu, kdy se musí diplomaticky vyrovnat s článkem C. Schmitta Nationalsozialismus und Rechtsstaat.¹⁷ Jak suverénně Merkl ovládal oblast správního práva prokazuje poté jeden z nejobsáhlejších příspěvků sborníku, kde podává přehled rakouského správního práva (Die Verwaltungsgesetzgebung der österreichischen Republik, III/2, s. 141-232) včetně tehdejší dobu předbíhajících názorů na ochranu životního prostředí.

Recenzované dílo bude těžko někdo číst od první do poslední stránky, ale každý si v něm vybere množství aktuálních poznatků a zejména teoretických závěrů vyzývajících k dalšímu promyšlení. Konečně Merklovým dílem jako červená nit prochází jeho motto: - „Sotva existuje nějaká otázka pozitivního práva, za kterou by se neskrýval obecný právní problém (I/1, s. 155). Proto bude stále zdrojem inspirace a poznání. Je zásluhou editorů, že se tyto práce podařilo zpřístupnit. Je jen škoda, že jednotlivé svazky nejsou vybaveny jmenným a věcným rejstříkem, který by usnadnil orientaci a vyhledávání. I když nepochybně u nás bude nadále působit Merklovo dílo skrze skvěle pojatou koncepci správního práva jako systému teoretických abstrakcí vázaných nikoli na přirozené, nýbrž pozitivní správní právo, je vydání kompletu dalších prací přínosem k pochopení vývoje právní vědy ve 20. století.

* Současně recenze sborníku: Adolf Julius Merkl: Gesammelte Schriften. Berlin: Duncker&Humblot. Herausgeben von Mayer-Maly, D., Schambeck, H., Grussmann, W.-D. I. Band: Grundlagen des Rechts. 1. Teilband, 1993, s. 655 s., 2. Teilband, 1995, 753 s.; II. Band: Verfassungsrecht – Völkerrecht. 1. Teilband, 1999, s. 790 s., 2. Teilband, 2002, 806 s.; III. Band: Verwaltungsrecht – Zeitgenossen und Gedanken. 1. Teilband, 2006, s. 814 s.

** Prof. JUDr. Jan Filip, CSc., Katedra ústavního práva a politikologie Masarykovy univerzity, Brno

¹ V literatuře je spíše spojována s Merklovým příspěvkem v pamětním spise k 50. narozeninám H. Kelsena jako Prolegomena einer Theorie des rechtlichen Staates (1931) – zde I/1, s. 437-492.

² Recenze jeho Paměti přinesl Časopis pro právní vědu a praxi, roč. 2000, č. 1, s. 99-103 (I. díl), roč. 2002, č. 1, s. 83-86 (II. díl) a roč. 2004, č. 2, s. 178-180 (III. díl).

³ Tím nechci navádět čtenáře k tomu, aby nečetli samotná díla. Nicméně přiznávám, že ve svazku I/1. (s. 365-368) obsažená Merklova recenze, kterou sám napsal na vlastní klíčové dílo Die Lehre von der Rechtskraft na několika stranách vystihuje to podstatné, co práce obsahuje. Jinak jsou jeho recenze dokladem toho, jak ovládal látku, kterou posuzoval.

⁴ Ein Kampf gegen die normative Jurisprudenz. Recenzované dílo, I/1, s. 339-364.

⁵ Zejména závěrečné pojednání Gedanken zur Entstehung und Entwicklung der Republik Österreich und ihrer Verfassung (zde II/2, s. 471-505).

⁶ To konečně dokládá fakt, že např. práce z této oblasti – Die Unveränderlichkeit von Gesetzen – ein normlogisches Prinzip (zde I/1, s. 155-168) byla nedávno využita P. Holländerem. Viz jeho Materiální ohnisko ústavy a diskrece ústavodárce. Právník, roč. 2004, č. 4, s. 318. O tom, o jak vážně braný spor šlo, dokazuje Merklův požadavek na opravu tiskové chyby a ohrazení se proti jeho zjevnému přehlédnutí, které hned zneužil advokát dr. E. Chalupný v článku v Českém jihu vycházejícím v Táboře!!

⁷ Zejména jeho konfrontace s použitím v oblasti války a názorů Hitlera (Einheit oder Vielheit des Naturrechts?, I/1, s. 513-581).

⁸ Za mnohé lze uvést Ein lapsus linguae (I/2, s. 13-24) - národnosti v maďarské části monarchie, Ein tschechisches Zeugnis für Österreich und das Deutschtum (tamtéž, s. 165-174) – postavení Němců v Československu a česká propaganda o „žaláři národů“, speciálně pak Die Legende vom österreichischen „Völkerkerker“ (tamtéž, s. 615-624, kde srovnává osudy Němců v roce 1918 a 1945) se zajímavým hodnocením Masaryka a Beneše.

⁹ Pro logiku normativní teorie představuje pojem právního státu problém (viz Idee und Gestalt des Rechtsstaates, I/2, s. 737-753).

¹⁰ Typicky Baustile des modernen Staates. II/2, s.471-493. Stejně jako v případě jiných právníků sahá i ke krátkým pojednáním v novinách jako např. Tragödie des Gehorsams (I/2, s. 559-563), kde zkoumá německé poválečné trauma plnění rozkazu.

¹¹ Die Rechtseinheit des österreichischen Staates. Eine staatsrechtliche Untersuchung auf Grund der Lehre von der lex posterior. I/1, s. 169-225, kde obsáhle rozvíjí koncepci historického a právního pojetí státu z hlediska jeho ústavy (obdobně viz u nás Weyrovy práce na téma kontinuity a ohniska právního řádu).

¹² V podstatě šlo o to, že dosavadní funkce byly rozděleny mezi více výkonných orgánů, takže ty dohromady spolu s prezidentem Národního shromáždění tvořily hlavu státu (zde II/1 – Zur Verfassung unserer Republik, s. 193 a tamtéž Das Staatsoberhaupt der deutschösterreichischen Republik, s. 236).

¹³ Tak jako máme prvenství v přijetí, tak Rakousko v promyšlenosti koncepce a praktické realizaci, i když i zde byl přítomen moment politického uvázení při uvádění kontroly ústavnosti do chodu (II/1, s. 758)..

¹⁴ V pojednání Bundesverfassung und Verfassungsverletzung (II/1, s. 329-330) zkoumá kuriozitu, kdy ve stejný den jako rakouská ústava byl přijat nedopatřením zákon jí odporující, jinde kritizuje politicky účelové porušení ústavy (Kompetenz-widrige Landesgesetzgebung, II/1, s. 345-346).

¹⁵ Praktická ukázka toho, jak dokáže autoritativní režim zlikvidovat nejdřív parlament a pak i znehybnit ústavní soud.

¹⁶ Připojení ovšem nebylo pro rakouské právníky nějakým šokem, konečně s tím nepřimo počítal čl. 88 St. Germainské smlouvy (u nás pod č. 507/1921 Sb.). Jednalo se o stále diskutovanou otázku, jak ukazují Merklovi práce z poloviny 20. let – Die rechtsform des Anschlusses a dále Der Weg ins Reich als Staatsrechtsproblem (zde se podle něj bude jednat o „nejzralejší plod sebeurčení“) a další (II/1, s. 583-674, 769-783) a jeho poznámka z roku 1925, že „dnešní Rakousko je efemérní státní útvar“ (II/1, s. 576). Mimořádně heslo „Heim ins Reich“ soudě podle těchto prací (II/1, s. 585) není výmyslem našich sudetských Němců, ale Merkl o „Heimkehr Österreichs ins Reich“. Tato problematika je také součástí jeho studií z oblasti mezinárodního práva (II/2, s. 509-806),

kde je podán exaktní právní rozbor včetně poválečné reflexe (zde již Merkl hovoří o „obsazení“) a polemiky s Němci (Okkupation oder Annexion? – II/2, s. 801-806) včetně rozboru toho, kdo se na úkor koho v době začlenění Rakouska do Říše obohatil („Deutsches Eigentum“ und Österreichisches Gegenrechnung (II/2, s. 683-684).

¹⁷ Podle Schmitta „my neposuzujeme (bestimmen) nacionální socialismus podle nějakého předem daného pojmu právního státu, nýbrž naopak právní stát podle nacionálního socialismu“. Jak důvěrně známě to zní, stačí zaměnit slova. Asi by měla být vytesáno před vchodem do sekretariátu každé politické strany. Obdobně Merkl hodnotí, jak se T. Maunz vypořádal se správním uvážením (i to nejvolnější je vázáno na zásady nacionálního socialismu).