

Přípustnost zvyklostních ústavních norem z hlediska ústavní teorie

Jakub Dienstbier*

Abstrakt: Článek reaguje na aktuální diskuzi o ústavních normách obyčejové povahy a poukazuje na skutečnost, že ústavnědogmatický závěr o přípustnosti či nepřipustnosti ústavních norem obyčejového charakteru v příslušné ústavní komunitě je závislý na zvolených ústavněteoretických východiscích, respektive předpokladech. Prostřednictvím stanovení 3 dilemat v podobě otázek z ústavní teorie pak článek nastiňuje, že za určité konstelace odpovídá na tyto otázky lze dospět k obecnému závěru jak o nepřipustnosti ústavních obyčejů, tak i o jejich přípustnosti v působnosti příslušného ústavního řádu. Jde konkrétně o 1) spor o původ nároku ústavy na zvláštní platnost a závaznost (ústava jako volní projev od ustavující moci vs. jako ztělesnění objektivních hodnot), 2) spor o význam zdrojů ústavních norem textuální a netextuální povahy, 3) spor o chápání ústavy jako převážně rámce, anebo celkového základu pro vládnutí. Závěrem je v článku povšechně nastíněno, které z ústavněteoretických koncepcí spíše převažují v českém ústavním diskurzu, přičemž dochází k předběžnému závěru, že ústavní obyčeje nejsou ani v České republice a priori vyloučeny.

Klíčová slova: ústavní obyčej, ústavní zvyklost, obyčejová norma, ústavní teorie, ústava, ustavující moc

Úvod

Zdá se, že se do naší právní akademie s přibližně desetiletou pauzou¹ vrací téma obyčejového práva a právní relevance zvyklostních norem. Vedle příspěvků z obecné právní teorie² či nám blízkých právních komunit³ toto téma nejvýrazněji zaznívá v oboru ústavního práva. Ústavním zvyklostem byla v roce 2023 věnována profesorská přednáška pro odbornou veřejnost Davida Kosaře,⁴ jakož i jeden z odborných panelů v rámci výjezdního zasedání kateder ústavního práva pražské, brněnské a olomoucké právnické fakulty. Avšak

* JUDr. Jakub Dienstbier, Ph.D., katedra ústavního práva, Právnická fakulta Univerzity Karlovy. E-mail: dienstbierj@prf.cuni.cz. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-4284-3159>. Scopus ID: 57247156600. ResearcherID: HMD-7233-2023. Autor by rád za cenné připomínky poděkoval Marku Antošovi, Filipu Horákovi, Ondřeji Preussovi a Filipu Jelínkovi. Autor též působí v Kanceláři prezidenta republiky; článek však nevyjadřuje postoj ani této instituce, ani prezidenta republiky.

¹ Poslední vlnu zájmu o obyčejové právo především v právu ústavním lze vysledovat v letech 1997–2008. U začátku stály dva zásadní nálezy Ústavního soudu (Pl. ÚS 33/97 a Pl. ÚS 14/01), které s nepsaným právem v podobě zvyklostí či obyčejů pracovaly, a tím i odstartovaly diskuzi o relevanci nepsaného práva v naší ústavní doktríně (srov. zejména příspěvky KYSELA, Jan. Ústavní principy, ústavní konvence a ústavní inženýrství. In: KLÍMA, Karel – JIRÁSEK, Jiří (eds). *Pocta Jánů Gronsckému*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2008; KINDLOVÁ, Miluše. Ústavní zvyklosti jako součást ústavy (komparace commonwealthského přístupu a judikatury Ústavního soudu ČR). In: KLÍMA, Karel – JIRÁSEK, Jiří (eds). *Pocta Jánů Gronsckému*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2008) a právní teorii (srov. zejména SOBEK, Tomáš. *Argumenty teorie práva*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2008, s. 144–152).

² Srov. HORÁK, Ondřej. Obyčejové právo v českém právním řádu. *Právník*. 2022, roč. 161, č. 5.

³ Srov. GUNIČ, Marek. (Ne)ústavné ústavní zvyklosti. *Právník*. 2021, roč. 160, č. 6 a literaturu tam uvedenou.

⁴ KOSAŘ, David. *Ústavní zvyklosti* [online]. Brno: Právnická fakulta Masarykovy univerzity, 2023 [cit. 2024-05-15]. Dostupné z: <https://www.muni.cz/inet-doc/2522156>.

nejen to. Pozornost ústavní doktríny vyvolal především nedávný článek Marka Antoše a Filipa Horáka týkající se funkcionální analýzy různých druhů zvyklostních norem v českém ústavním právu.⁵ Použitou metodologii i ústavněprávní závěry obou autorů je třeba hodnotit jako podstatný a velmi důležitý přínos pro tuzemskou ústavní dogmatiku, a to nejen v oboru organické (organizační) části ústavního práva, nýbrž pro ústavní právo jako celek. Poněkud nepříjemně totiž připomíná, že po více než třiceti letech trvání moderní české ústavnosti nejsou teoreticky zpracovány některé z hlavních pojmů a koncepcí našeho ústavního práva.

V tomto článku se nicméně nehodláme věnovat ani pochvalným komentářům, ani sžíravé kritice postupu a výsledků ústavněprávního bádání obsaženého v článku Antoše a Horáka. Svou pozornost upřeme na samotný začátek jejich zkoumání norem zvyklostní povahy v ústavním systému. Východiska, na kterých oba autoři staví své poznatky, totiž mají ústavněteoretickou, nikoliv ústavnědogmatickou povahu,⁶ jako je tomu u zbytku jejich článku. Umístění východisek autorů do širšího rámce ústavní teorie pak může některé jejich teze podepřít, jiné však problematizovat. Právě ústavněteoretickému zarámování východisek Antoše a Horáka je tento článek věnován. Svůj dosah sice nechce omezit pouze na rozvoj poznatků těchto dvou autorů, na druhou stranu si ale neklade ambici analyticky vyčerpávat celý ústavněteoretický potenciál článku Antoše a Horáka.

Poselství tohoto článku je velmi jednoduché, tím spíše však netriviální: ústavněteoretické předporozumění o klíčových ústavních pojmech a koncepcích zásadně ovlivňuje, k jakým doktrinálním ústavněprávními závěrům docházíme. V našem případě půjde o pojem ústavy zejména s ohledem na její charakter psaného práva.⁷

Problém vnímání ústavy z pohledu ústavní teorie je zde rozdělen do tří kapitol, které jsou nadepsány otázkou. Tyto otázky, snažící se vyjádřit podstatu příslušného sporu o pojem ústavy, jsou vždy následně rozvedeny do otázek dílčích. Právě níže uvedené otázky týkající se ústavy ve světle ústavní teorie a odpovědi na ně navazující jsou pro cíl našeho článku zcela zásadní. Chceme totiž poukázat na skutečnost, že za určité konstelace odpovědí na tyto otázky v oboru ústavní teorie lze dospět k obecnému závěru jak o nepřipustnosti ústavních obyčejů, tak i o jejich přípustnosti v působnosti příslušného ústavního řádu. Nutno však upozornit, že ona konkurenční pojetí ústavy, vyjádřená v příslušných otázkách, nemají podobu dichotomií v přísně logickém smyslu. Uvedením dvou pojetí ústavy do protikladu se heuristicky sleduje vyjádření hlavní myšlenky, na které příslušné pojetí spočívá.⁸

Závěrem tohoto článku se pokusíme velmi rámcově nastínit, které z představených ústavněteoretických koncepcí spíše platí pro český ústavní řád. Docházíme přitom k před-

⁵ ANTOŠ, Marek – HORÁK, Filip. Nepsaná pravidla v ústavním systému: Ústavní obyčej, ustálená ústavní praxe a ústavní zvyklost. *Právník*. 2024, roč. 163, č. 2.

⁶ K odlišení ústavní teorie od ústavní dogmatiky srov. JESTAEDT, Matthias. *Verfassungstheorie als Disziplin*. In: DEPENHEUER, Otto – GRABENWARTER, Christoph. *Verfassungstheorie*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2010, s. 5 an.; KYSELA, Jan. *Ústava mezi právem a politikou: úvod do ústavní teorie*. Praha: Leges, 2014, s. 33–36, přenesené též JAKAB, András. *European Constitutional Language*. Cambridge New York Port Melbourne New Delhi Singapore: Cambridge University Press, 2016, s. 3 an.

⁷ Viz ANTOŠ, Marek – HORÁK, Filip. *Nepsaná pravidla v ústavním systému: Ústavní obyčej, ustálená ústavní praxe a ústavní zvyklost*, s. 122, 125.

⁸ K této funkci dichotomií v právu viz PROCHÁZKA, Radoslav – KÁČER, Marek. *Teória práva*. Bratislava: C. H. Beck, 2019, s. 144.

běžnému závěru, že zvyklostní ústavní normy mohou být z hlediska ústavní teorie potenciálně přípustné i u nás, a to i v podobě klasického ústavního obyčeje jako plnohodnotného formálního pramene práva s možností derogace ustanovení psané ústavy.

V prvé řadě je ale namístě si vymezit objekt našeho zkoumání. Tím bude ústava, kterou si pro naše účely charakterizujeme jako soubor norem, které mají nejvyšší postavení v právním řádu v tom smyslu, že platnost všech ostatních norem je jimi poměřována,⁹ a to dle právní podmíněnosti (delegačně) nebo zrušovací síly (derogačně).¹⁰ Normu pak budeme chápat jako jednotku státního mětí (toho, co má být), tj. jako nadřazený pojem pravidlům i principům.¹¹ Takto vymezený pojem ústavy totiž nebrání prozkoumání odlišných náhledů na ústavu, které v ústavní teorii existují. Pokud jde o užívání obrátů „zvyklostní“ či „obyčejové“ normy, respektive normy „zvyklostní“ či „obyčejové“ povahy, mají tyto vyjádřit jejich charakter s ohledem na zvláštní (neformální a nezáměrný) způsob vzniku; nepůjde nám tak primárně o účinky těchto norem (tedy zejména možnost derogovat ustanovení psané ústavy). Konečně odkazy na terminologii Antoše a Horáka označujeme kurzívou.

1. Ústava jako ztělesnění vůle, nebo hodnot?

V samotném základu ústavní teorie spočívá otázka po zdroji ústavy, tj. po původu ústavních norem a jejich zvláštního nároku na platnost a závaznost. Odpovědi na tuto otázku se v zásadě dělí do dvou skupin. Buď ústava pochází od určitého, k tomu kvalifikovaného subjektu, nebo ztělesňuje určitý „objektivní“ soubor hodnot.¹²

1.1 Ústava jako volní akt

V prvním chápání je ústava vnímána jako volní akt odvozený od subjektu, kterému se přisuzuje nositelství ustavující moci.^{13,14} V dnešní době se za jediný takový subjekt považuje lid; soudobé ústavy je tudíž nutné vysledovat určitým způsobem právě k lidu,¹⁵ což je

⁹ JAKAB, András. *European Constitutional Language*, s. 14.

¹⁰ GRABENWARTER, Christoph. Die Verfassung in der Hierarchie der Rechtsordnung. In: DEPENHEUER, Otto – GRABENWARTER, Christoph (eds). *Verfassungstheorie*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2010, s. 394–399.

¹¹ Již zde lze učinit kritickou poznámku. Naše, ale nejen naše právní teorie nemá dosud sjednoceno, zda je obecným (nadřazeným) pojmem pro jednotlivá právní mětí norma, pravidlo, či regulativ. Srov. GÁBRIŠ, Tomáš. *Preskriptivna teória práva: metodológia aplikácie práva pre súčasnosť*. Bratislava: Veda, 2020, s. 153. Zde se po vzoru Weinbergera, Melzera, Alexyho, Shapira, Larenze nebo Nevese (srov. ibidem; MELZER, Filip. *Metodologie nalézání práva: úvod do právní argumentace*. Praha: C. H. Beck, 2011, s. 18.; NEVES, Marcelo. *Constitutionalism and the Paradox of Principles and Rules: Between the Hydra and Hercules*. New York: Oxford University Press, 2021, s. 2 an.; SHAPIRO, Scott. *Legality*. Cambridge, Mass: Harvard University Press, 2011, s. 41 an.) přidržíme pojmu „norma“ jako pojmu zastřešujícího, neboť zvýrazňuje to nejdůležitější – normativní charakter mětí.

¹² HAREL, Alon – SHINAR, Adam. Two Concepts of Constitutional Legitimacy. *Global Constitutionalism*. 2023, Vol. 12, No. 1, s. 81 an.

¹³ SCHNEIDER, Hans-Peter. Verfassungsgebende Gewalt. In: BADURA, Peter (ed.). *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. Bd. 12: *Normativität und Schutz der Verfassung*. Heidelberg: Müller, 2014, s. 54.

¹⁴ V tomto článku budeme ustavující moc chápat restriktivněji, a to jako moc ústavodárnou *largo sensu*, nikoliv jako moc ke vzniku lidu či státu. Srov. KYSELA, Jan. *Ústava mezi právem a politikou*, s. 130–131.

¹⁵ BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. The Constituent Power of the People: A Liminal Concept of Constitutional Law. In: BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Constitutional and Political Theory: Selected Writings*. Oxford: Oxford University Press, 2017, s. 169, 173.

v článku Antoše a Horáka činěno odkazem na koncepci suverenity lidu.¹⁶ Tím však celý problém nekončí, ale spíše začíná. Z teoretického hlediska je totiž především sporné 1) kdo nebo co je „lid“ jako subjekt ustavující moci,¹⁷ 2) jaký je poměr lidu k ustavující moci,¹⁸ 3) jaká je povaha ustavující moci především co do její vázanosti (právními) normami¹⁹ a 4) co je produktem výkonu ustavující moci. Pro naše účely se zdá být nejdůležitější otázka druhá a čtvrtá, přičemž různé varianty odpovědí na ně zúžíme na ty pro nás nejvíce relevantní.

Ať už je lidem kdokoliv, může jako subjekt ustavující moci nabývat různých podob.²⁰ Na jedné straně jej můžeme chápat jako „pouhého“ nositele či držitele ustavující moci, aniž by na jejím výkonu musel nutně participovat aktivním konáním. Při takto chápané roli lidu v ústavodárství jsou ústavní normy lidu spíše volně, retrospektivně přičítány. Pohled na opačném pólu spektra již lidu přisuzuje nejen nositelství ustavující moci, nýbrž i její skutečný a efektivní výkon v podobě aktivního konání; je to lid (v nějaké podobě), kdo je samotným tvůrcem ústavních norem.²¹ Již tato distinkce má vliv na přípustnost norem obyčejové povahy. Pokud budeme chápat lid v kategorii ustavující moci nejen jako nositele, ale i opravdového vykonavatele, pak tento radikálně-demokratický přístup v podstatě vylučuje možnost, aby se vytvářely nepsané ústavní normy prostřednictvím neformální činnosti (ustavených) ústavních aktérů. Naopak, vnímáme-li lid pouze jako nositele ustavující moci, po kterém se nevyžaduje v podstatě žádná participace na ústavodárství, pak s ústavními obyčejí problém mít nutně nemusíme; podobně jako ústavní zákony i ústavní obyčej vytváří někdo jiný než lid, byť se k němu při normotvorbě (virtuálně) odkazuje. Taková koncepce striktně vzato vyžaduje pouze přičtení ústavních norem lidu, přičemž jejich opravdovým tvůrcem může být kdokoliv, tedy političtí aktéři jak při tvorbě ústavního dokumentu a novel, tak i obyčejů mimo formální proces ústavních změn. Obojí totiž je výsledkem vůle nikoliv lidu jako takového, ale jeho reprezentantů.

Nicméně hlavní proudy ústavní teorie se snaží nalézt určitou střední variantu mezi výše uvedenými krajními póly, neboť pouhé nositelství ustavující moci je vnímáno jako teoreticky nedostatečné²² a požadavek skutečného výkonu zase naráží na socio-historické zkušenosti s tvorbou ústav.²³ Do hry nám tak vstupuje otázka, jaký je produkt (výstup) ustavující moci (viz výše otázka čtvrtá).

¹⁶ ANTOŠ, Marek – HORÁK, Filip. *Nepsaná pravidla v ústavním systému: Ústavní obyčej, ustálená ústavní praxe a ústavní zvyklost*, s. 125. Ke spojení ustavující moci se suverenitou lidu viz SCHNEIDER, Hans-Peter. *Verfassungsgebende Gewalt*, s. 54–55; ROZNAI, Yaniv. *Unconstitutional Constitutional Amendments: the Limits of Amendment Powers*. Oxford, United Kingdom New York, United States of America: Oxford University Press, 2019, s. 108.

¹⁷ KYSELA, Jan. *Ústava mezi právem a politikou*, s. 97–124; PREUSS, Ondřej. Lid jako ústavní subjekt? *Jurisprudence*. 2015, č. 1.

¹⁸ Může být lidem vykonávána? Nebo vykonává někdo ustavující moc v jeho jménu? Anebo je přípustné oboje, případně ve smíšené formě? Viz DUKE, George. Can the People Exercise onstituent Power? *International Journal of Constitutional Law*. 2023, Vol. 21, No. 3, s. 3.

¹⁹ VERDUGO, Sergio. Is it Time to Abandon the Theory of Constituent Power? *International Journal of Constitutional Law*. 2023, Vol. 21, No. 1, s. 33 an.

²⁰ Zde je třeba učinit vcelku důležitou poznámku. Převažující proudy v ústavní teorii, které se věnují problematice ustavující moci, téměř vůbec nereflktují poznatky obecné právní teorie o vzniku a platnosti (existenci) práva, a proto její závěry mohou působit dojem odtrženosti od právní reality. Nicméně zde není prostor se této problematice věnovat.

²¹ DUKE, George. *Can the people exercise constituent power?*, s. 3–8.

²² BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *The Constituent Power of the People: A Liminal Concept of Constitutional Law*, s. 171 an.

²³ DUKE, George. *Can the People Exercise Constituent Power?*, s. 27–28.

Za výstup ustavující moci, který má alespoň nějaký normativní charakter,²⁴ můžeme považovat především samotný ústavní dokument. Podle tohoto pohledu je produktem ustavující moci lidu v příslušné formě sepsaná a stanovená ústavní listina, a to buď spolu se všemi navazujícími ústavními novelami (dodatky), nebo pouze ve své výchozí (původní, prvotní) podobě.²⁵ V globální ústavní teorii lze pak vysledovat poměrně početné sklony propojovat výkon ustavující moci právě s nějakou podobou formalizovaného ústavního dokumentu.²⁶

V případě, že s ustavující mocí lidu identifikujeme jak přijetí úvodního ústavního textu (prvotní ústavy), tak i veškeré jeho změny a doplnění, neponecháváme v podstatě žádný právně-normativní prostor pro působení zvyklostních ústavních norem. Lidová ústavodárná vůle jako jediný zdroj ústavních norem je totiž vztažena výlučně k ústavnímu textu; cokoliv mimo něj, pocházející z jiného zdroje, tudíž není a nemůže být součástí ústavy.²⁷ Malý prostor pro obyčejové normy ponechává i ztotožnění výstupu ustavující moci pouze s prvotním ústavním dokumentem, pokud obsahuje ustanovení o způsobu provádění ústavních novel nebo takové novely nepřipouští; vznik ústavních obyčejů by se v takovém případě nacházel mimo to, co odpovídá ústavodárné vůli lidu.

Existují však i vlivné koncepce, které na jednu stranu dávají určitý podíl lidu na aktivním výkonu ustavující moci, avšak projevy tohoto výkonu charakterizují jako velmi neformální.²⁸ Příkladem budiž teorie Carla Schmitta, respektive různé její interpretace. Dle Schmitta je třeba zásadně oddělit pojem ústavy od pojmu ústavního zákona. Ústavou (v pozitivním smyslu) jakožto výstupem ustavující moci lidu dle Schmitta není přijetí nějakého normativního dokumentu, nýbrž určení úplnosti politické jednoty prostřednictvím rozhodnutí (decise) o formě a druhu politické jednoty.²⁹ Jinými slovy, výkonem ustavující moci se stanovuje základní charakteristika ústavního řádu, jeho fundamentální rysy, jeho identita.³⁰ Konkrétní formu v podobě stanovení prvotního ústavního dokumentu (formální ústavy) pak ve Schmittově koncepci dává tzv. suverénní diktátor (např. ústavodárné shromáždění).³¹ Suverénní diktátor se odkazuje k rozhodnutí lidu jako k ustavující moci, kterou můžeme chápat buď *ex ante* jako vyjádření revoluční vůle týkající se změn parametrů ústavního řádu (aktivnější výkon), nebo jako *ex post* možnost lidu ústavní dokument prostě ignorovat, pokud těmto parametrům nevyhovuje (pasivnější výkon).³²

²⁴ S ohledem na charakteristiku ústavy v úvodu článku tak necháváme stranou chápání ústavy v empirickém (deskriptivním) smyslu jako popisu charakteru politické komunity. Blíže viz GRIMM, Dieter. *Constitutionalism: Past, Present, and Future*. Oxford, United Kingdom: Oxford University Press, 2016, s. 3.

²⁵ V případě polylegálních ústav pak půjde o souhrn všech ústavních předpisů v jejich aktuální, nebo původní podobě.

²⁶ JOEL, Colon-Rios. *Constituent Power and the Law*. New York: Oxford University Press, 2020, s. 29 an.; VELASCO-RIVERA, Mariana – COLÓN-RÍOS, Joel I. On the Legal Implications of a 'Permanent' Constituent Power. *Global Constitutionalism*. 2023, Vol. 12, No. 2, s. 219; VERDUGO, Sergio. *Is it Time to Abandon the Theory of Constituent Power?*, s. 19.

²⁷ Tento přístup převažuje především v americké ústavní teorii. Srov. ROZNAI, Yaniv. *Unconstitutional Constitutional Amendments*, s. 111–112.

²⁸ Srov. JOEL, Colon-Rios. *Constituent power and the law*, s. 186 an.

²⁹ SCHMITT, Carl. *Constitutional Theory*. Durham: Duke University Press, 2008, s. 75.

³⁰ KYSELA, Jan. *Ústava mezi právem a politikou*, s. 131–132.

³¹ SCHUPMANN, Benjamin A. *Carl Schmitt's State and Constitutional Theory: a Critical Analysis*. Oxford, United Kingdom New York: Oxford University Press, 2017, s. 156–162.

³² *Ibidem*, s. 164–165. Obdobně k retrospektivnímu chápání výkonu ustavující moci (i bez návaznosti na Schmitta) srov. LINDAHL, Hans. *Constituent Power and the Constitution*. In: DYZENHAUS, David – THORBURN, Malcolm (eds). *Philosophical Foundations of Constitutional Law*. Oxford: Oxford University Press, 2016, s. 150, 152.

Pověření ke změnám formální ústavy je již jen výkonem ústavního zákonodárství, které nemůže zasáhnout do základní struktury formální ústavy, jež odpovídá rozhodnutí ustavující moci (pozitivní ústavy).³³ Podobný důraz na neformální výkon ustavující moci nalezneme též u Maurice Harioua v jeho koncepci ústavní super-legality, kam řadí i normy nadřazené ústavnímu textu, které pochází od ustavující moci.³⁴

Takto chápané projevoování lidu jako ustavující moci tak v zásadě nevylučuje možnost obyčejových ústavních norem. Otázkou však zůstává, jaký normativní obsah mohou tyto normy zavádět a rušit, respektive zda jsou na úrovni suverénního diktátora stanovujícího prvotní ústavu, nebo na úrovni ústavního zákonodárce, který se jen dotýká konkrétního obsahu ústavního dokumentu. Budeme-li totiž chápat ústavní obyčej jako v podstatě permanentní výkon ničím nevázaného suverénního diktátorství, pak se dostáváme do střetu s decisionistickou interpretací Schmittovy teorie (ústava jako rozhodnutí v určitém momentu).³⁵ Tvůrce prvotní ústavy (suverénní diktátor, např. v podobě ústavodárného shromáždění), který se odkazuje přímo k lidu, totiž svým projevem vůle stanovil pro derivativní ústavodárnou moc (pravomoc ústavních novel), jakožto pravomoc konkrétně zmocněnou (delegovanou), především závazný proces ústavních změn, majících v naprosté většině taktéž charakter volních aktů.³⁶ Tvůrce prvotní ústavy by tak musel se vznikem obyčejových norem počítat ve stanoveném procesu změn ústavy; vznik obyčejových norem totiž vzhledem k jejich povaze nemůžeme klást do doby vzniku prvotní ústavy, ale až do doby ústavních novelizací.

Jak však ukazuje Schupmann, ve Schmittově pojetí můžeme suverénní diktátorství chápat také jako delegovanou autoritu, vázanou právě základním rozhodnutím lidu jako ustavující moci (pozitivní ústavou),³⁷ byť takové „zmocnění“ či „pověření“ k vytvoření prvotní ústavy není vůbec formalizované, výslovně učiněné či vázané zvláštními procedurami. Obyčejové normy v takovém případě mohou fungovat tak, že na základě mlčky učiněné delegace dávají ústavní identitě konkrétní formu a obsah. Avšak obyčejová ústavní normotvorba je i zde vázána na základní rysy ústavního řádu pocházejícího od lidu jako ustavující moci. Obyčejové normy tak v tomto pojetí mohou být platnou součástí ústavy, neboť se jimi realizuje existenční politické rozhodnutí lidu jako ustavující moci o základech ústavního řádu.³⁸ Pro úplnost dodejme, že tento přístup vyhovuje institucio-

³³ SCHMITT, Carl. *Constitutional Theory*, s. 80, 150.

³⁴ JOEL, Colon-Rios. *Constituent Power and the Law*, s. 194 an.

³⁵ VOLKMANN, Uwe. Geltungsanspruch und Wirksamkeit des Grundgesetzes. In: BADURA, Peter (ed.). *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland. Bd. 12: Normativität und Schutz der Verfassung*. Heidelberg: Müller, 2014, s. 91.

³⁶ ROZNAI, Yaniv. *Unconstitutional Constitutional Amendments*, s. 116–122.

³⁷ SCHUPMANN, Benjamin A. *Carl Schmitt's State and Constitutional Theory*, s. 161. Shodně též JOEL, Colon-Rios. *Constituent Power and the Law*, s. 247.

³⁸ Antoš a Horák ve svém textu připouštějí i v českých podmínkách normativní existenci *ústavních obyčejů*, a to v případě, že by se v důsledku podstatné změny okolností dostalo psané ustanovení ústavy do rozporu s materiálním ohniskem ústavy, přičemž *ústavní obyčej* by tento problém napravoval. Toto pověření k obyčejové ústavní normotvorbě pak odvozují od čl. 9 odst. 2 Ústavy. Nutno však dodat, že v textu ale užívají v této souvislosti pojem „materiální ohnisko ústavy“, který není totožný se sumou norem krytých zákazem změn dle klauzule věčnosti v čl. 9 odst. 2 Ústavy. Srov. PREUSS, Ondřej. Demokratický právní stát tesaný do pískovce. *Časopis pro právní vědu a praxi*. 2016, roč. 24, č. 3, s. 368 an. Kromě toho čl. 9 odst. 2 Ústavy sám o sobě též nevyvolává dojem výslovně zmocňovací normy k obyčejové právotvorbě. Jejich argumentaci, založenou na výslovném ustanovení čl. 9 odst. 2 Ústavy, lze však velmi silně opřít o ústavněteoretické východisko, spočívající ve výše uvedené interpretaci Schmitta; ostatně užití schmittovské kategorie materiálního ohniska k tomu svádí.

nální interpretaci Schmitta, neboť obyčejová právotvorba je typickou kategorií konkrétně řádového vnímání (ústavního) práva.³⁹

Konečně ani poukázání na nedemokratičnost obyčejových norem, tedy na to, že ani zprostředkovaně neodpovídají vůli lidu, nemusí bez dalšího obstát. Obyčejové normy totiž vznikají také činností přímo volených nebo jim odpovědných ústavních orgánů. Ohledně námítky stran nedodržení formální procedury lze též namítnout, že ke vzniku a trvání platnosti obyčejových norem je zapotřebí dlouhodobého zachovávání ze strany opakovaně zvolených orgánů, kdežto u zákonných norem závisí „jen“ (pokud jde o vznik) na „jednorázovém“ rozhodnutí aktuální politické většiny.

1.2 Ústava jako soubor hodnot

Zvláštní nárok na platnost ústavy nemusí být nutně odvozován od projevu vůle specifického subjektu se zvláštní mocí či autoritou. Ústavu můžeme chápat i jako určité ztělesnění hodnot, a to ve dvojnásobném směru.

Za prvé, může ústava vyjadřovat „objektivní“ charakteristiku národa⁴⁰ bez toho, aby od něj nutně pocházela na základě projevu vůle.⁴¹ Ústava v tomto chápání představuje esenci národa, jeho kulturní a morální charakteristiky a osud.⁴² Tímto důrazem na „objektivní“ charakter národa⁴³ oproti subjektivní vůli lidu koncepcí ústavy jako naturalistické reprezentace v podstatě odpovídá koncepci historické ústavy. Podle ní totiž není ústava vytvořena vůlí, ale dlouhodobě se vyvíjejícím charakterem národa; jako taková nemůže být ani volním aktem měněna.⁴⁴ Právě odmítání volního charakteru ústavy a důraz na dlouhodobost a „objektivní“ propojenost s charakterem či esencí národa vytvářejí v podstatě ideální podmínky pro působení obyčejových norem, a to dost možná jako ústavních norem primárních. Harel a Shinar totiž mj. uvádějí jako příklad ústavy založené na takové „naturalistické reprezentaci“ maďarský Základní zákon z roku 2011.⁴⁵ Tento příklad je velmi názorný i pro naše účely, protože socio-historicky dokládá naše závěry. Maďarská ústavnost byla, historicky vzato, založena velmi silně právě na obyčejovém právu,⁴⁶

³⁹ SCHMITT, Carl – BENDERSKY, Joseph W. *On the Three Types of Juristic Thought*. Westport, Conn: Praeger Publishers, 2004, s. 43 an.

⁴⁰ Tato koncepcí silně tenduje ke ztotožnění lidu (národa v politickém smyslu) s národem v etnicko-kulturním smyslu. Nelze asi vyloučit ani případy, kdy původ ústavy budeme odvozovat od národa v politickém smyslu (lidu) bez nutného přesahu k etnitě; půjde však spíše o naprosté výjimky...

⁴¹ HAREL, Alon – SHINAR, Adam. *Two Concepts of Constitutional Legitimacy*, s. 85–87, 91–92.

⁴² *Ibidem*, s. 91.

⁴³ Což autora (a možná i čtenáře) svádí až k užití pojmu národního ducha (*Volksgeist*) v pojetí německé historickoprávní školy. Hlavní příznivci této teorie se však rekrutovali z Pyrenejského poloostrova; stejně jako němečtí zástupci historickoprávní školy patřili mezi konzervativní myslitele. Srov. JOEL, Colon-Rios. *Constituent Power and the Law*, s. 161 an.

⁴⁴ *Ibidem*, s. 161, 166 an., 183.

⁴⁵ HAREL, Alon – SHINAR, Adam. *Two Concepts of onstitutional Legitimacy*, s. 87, 91–92.

⁴⁶ PROCHÁZKA, Radoslav. *Mission Accomplished: on Founding Constitutional Adjudication in Central Europe*. Budapest: Central European University Press, 2002, s. 50. Nelze proto beze zbytku souhlasit s tvrzením Brunclíka, Hájka a Kubáta, že charakteristikou maďarského ústavněprávního diskurzu je striktní textualismus (viz BRUNCLÍK, Miloš – HÁJEK, Lukáš – KUBÁT, Michal. *Nepsané hranice moci: ústavní zvyklosti v české politice*. Brno: Books & Pipes, 2023, s. 44.). Jde totiž pouze o historickou anomálii pocházející z dob socialismu, která přetrvává zejména v oblasti podústavního práva. Sami autoři pak tuto svou tezi relativizují poukazem na obyčejový charakter maďarské ústavnosti ve 20.–40. letech 20. století (viz *ibidem*, s. 46); pokud by šli dál do minulosti, zjistili by, že v Uhrách tradice obyčejové ústavy trvala po staletí, a to i v době, kde česká ústavnost byla z převážné části regulována normami psaného práva.

přičemž Základní zákon odkazuje právě na výdobytky historické ústavy, a to v preambuli (respektive „národním vyznáním víry“) i v ryze normativním textu.⁴⁷

Nicméně lze namítnout, že tyto ústavy „naturalistické reprezentace“ jsou v podstatě neslučitelné s liberálně-demokratickým pojetím ústavnosti, ze kterého se v článku Antoše a Horáka vychází. Ať už to je či není pravda,⁴⁸ nediskvalifikuje to všechny hodnotové přístupy k pojetí ústavy. Za druhé totiž může ústava být chápána tak, že vyjadřuje „objektivní“ hodnoty, které již nutně nemusí být spjaty se specifickou charakteristikou společnosti, nýbrž se samotným „rozumem“.⁴⁹ Ústavy „založené na objektivním rozumu“ proto nemusí vůbec pocházet z vůle lidu či z jeho charakteristik. Naopak. Velmi často mají tyto ústavy částečně oktrojovanou povahu, jako je tomu v Harelem a Shinarem uváděném příkladu ústav Německa, Japonska a Bosny a Hercegoviny.⁵⁰ Tento druh ústav tak není chápán jako projev vůle jakkoliv chápaného ústavodárce, nýbrž jako soubor abstraktních fundamentálních hodnot a ideálů státu a společnosti, objevovaných a zpracovávaných samotným rozumem. Ústavy založené na (objektivním) rozumu primárně nevyjadřují snahu o sebevládu, nýbrž o naplňování spravedlnosti, lidské svobody, rovnosti, důstojnosti, pacifismu atp. Není tedy v podstatě důležité, co je napsáno v ústavním textu, jaké byly okolnosti přijetí ústavy či s jakým záměrem ústavodárce psal ústavní listinu, nýbrž zda se zvyšuje úroveň naplňování oněch rozumem poznatelných objektivních hodnot. Tímto se nám otevírá značný prostor nejen pro větší odpoutání se od analýzy ústavního textu silným preferováním objektivně-teleologického výkladového cíle při interpretaci a aplikaci psané ústavy, nýbrž i pro nepsané ústavní normy, jako je kupříkladu Sólyomova koncepce neviditelné ústavy.⁵¹ Loughlin v této souvislosti poukazuje na fakt, že ústavnost chápána ne jako dodržování formalizovaných ústavních pravidel, nýbrž jako přemýšlení v abstraktních kategoriích obecných hodnot (dobro), je dnes dominantním přístupem v západní konstitucionalistice.⁵²

Nicméně toto preferování „objektivního rozumu“ bude spíše se skepsí hledět na normy obyčejové povahy, neboť ty nutně nemusí být výstupem objektivního rozumu, objeveného kvalifikovaným hledačem ústavní Pravdy (pocházejícím zejména z vrcholných soudních orgánů), nýbrž výsledkem dlouhodobé praxe převážně politických složek veřejné moci, které mohou sledovat i jiné cíle a hodnoty než ty „rozumné.“ To by však neplatilo, pokud by ústavní obyčejové normy sledovaly právě naplňování těchto „objektivně-rozumných“ cílů a hodnot (viz kapitola třetí).

⁴⁷ Viz čl. R odst. 3 maďarského Základního zákona. V maďarském kontextu lze např. argumentovat kontinuálním fungováním reprezentativního tělesa (stavovského sněmu, respektive parlamentu) se silným postavením uvnitř státu, které obyčejově svědčí ve prospěch zákonodárce sboru (při interpretaci, kompetenčních sporech atp.).

⁴⁸ Jistě nelze vyloučit, že součástí „objektivního“ charakteru národa budou liberálně-demokratické hodnoty. Ostatně Masaryk se ve svém pojetí českých dějin o něco podobného snažil... Viz např. HOŘEŇOVSKÝ, Jan – OTEVŘEL, Hubert. Prezident republiky jako tvůrce a udržovatel demokratického mýtu. In: KUDRNA, Jan (ed.). *Ústava v kontextu společenských změn: K 30. výročí jejího přijetí*. Praha: Wolters Kluwer ČR, a. s., 2022.

⁴⁹ HAREL, Alon – SHINAR, Adam. *Two Concepts of Constitutional Legitimacy*, s. 82 an.

⁵⁰ *Ibidem*, s. 87, 95.

⁵¹ HALMAI, Gábor. Silence of Transitional Constitutions: The “Invisible Constitution” Concept of the Hungarian Constitutional Court. *International Journal of Constitutional Law*. 2018, Vol. 16, No. 3.

⁵² LOUGHLIN, Martin. *Political Jurisprudence*. Oxford: Oxford University Press, 2018, s. 6 an., 165 an.; LOUGHLIN, Martin. *Against Constitutionalism*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2022, s. 163 an., 195.

2. Sola scriptura, nebo scriptura et magisterium?

Ústava je sice zvláštním, ale stále právem.⁵³ Z tohoto důvodu jsou i pro ústavní normy důležité poznatky obecné právní teorie. Především je podstatné, k jakému pojetí práva se hlásíme. Budeme-li vycházet z právního pozitivismu a jeho teze společenského faktu,⁵⁴ na které, zdá se, spočívá i Antoš s Horákem, je důležité, co se jako právo v příslušné právní komunitě institucionalizovalo, tj. především co právní aplikátoři za právo považují (co je součástí jejich předvedení)⁵⁵ a podle čeho postupují.⁵⁶ Zcela zásadní roli tak hraje pojetí práva, ve kterém právní aplikátoři takřikajíc „vyrostli“, které se uznává v komunitě a které sami zastávají; jde tedy dominantně o otázku empirickou.⁵⁷

Antoš a Horák při zúžení role *ústavních obyčejů* mj. argumentují právě jedním z prvků našeho pojetí práva, a to kontinentální právní kulturou, kam české právo náleží.⁵⁸ Pod právní kulturou se rozumí skupina právních řádů, které na základě provedené komparace na makroúrovni vykazují shodné rysy, zejména pokud jde o historicko-genetický původ právních institutů, určující prameny práva,⁵⁹ způsob institucionalizovaného právního uvažování a argumentace⁶⁰ atd. V následujících řádcích se ale zamysleme nad tím, nakolik argumenty právní kulturou, respektive institucionálních aspektů a povahy ústavního práva odůvodňují omezení obyčejových norem v ústavě.

2.1 Vliv kontinentální právní kultury

Začneme socio-historickým původem důrazu na psané právo v kontinentální Evropě. V tomto případě šlo o produkt osvícenského racionalismu snažícího se postihnout, respektive spíše vybudovat právo *more geometrico*, jako uzavřený a vzájemně logicky provázaný systém.⁶¹ Od přelomu 18. a 19. století pak tato snaha postupně vyústila do ideje kodifikace, avšak především v oboru soukromého práva jako v jistém smyslu práva obecného (*ius commune*).⁶² Důraz na psané právo obsažené v právních předpisech na kontinentě mělo ale též svůj ryze politický podtext. Zvýrazňování role zákonů, tj. záměrné právotvorby,

⁵³ KYSELA, Jan. Poznámky ke stavu oboru ústavního práva a státovědy. *Časopis pro právní vědu a praxi*. 2017, roč. 25, č. 3, s. 376 an.; HOLLÄNDER, Pavel. *Ústavněprávní argumentace: ohlédnutí po deseti letech Ústavního soudu*. Praha: Linde, 2003, s. 55. Kriticky k tvrzené odlišné (zvláštní, specifické) povaze ústavního práva od ostatních právních oborů viz JAKAB, András. *European Constitutional Language*, s. 20–21.

⁵⁴ SOBEK, Tomáš. *Nemorální právo*. Praha, Plzeň: Ústav státu a práva AV ČR; Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, 2010, s. 261.

⁵⁵ WEINBERGER, Ota. Beyond Positivism and Natural Law. In: MACCORMICK, Neil – WEINBERGER, Ota. *An Institutional Theory of Law: New Approaches to Legal Positivism*. Dordrecht: Springer Netherlands, 1986, s. 117.

⁵⁶ KÁČER, Marek. *Přečo zotrvať pri rozhodnutom: teória záváznosti precedentu*. Praha: Nakladatelství Leges, 2013, s. 17–31; TAMANAHA, Brian Z. *A General Jurisprudence of Law and Society*. Oxford; New York: Oxford University Press, 2001, s. 103, 154.

⁵⁷ WEINBERGER, Ota. *Norma a instituce: úvod do teorie práva*. Plzeň: Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, s.r.o., 2017, s. 119; SHAPIRO, Scott. *Legality*, s. 119, 188.

⁵⁸ ANTOŠ, Marek – HORÁK, Filip. *Nepsaná pravidla v ústavním systému: Ústavní obyčej, ustálená ústavní praxe a ústavní zvyklost*, s. 122, 125.

⁵⁹ KNAPP, Viktor. *Velké právní systémy: úvod do srovnávací právní vědy*. Praha: Beck, 1996, s. 54.

⁶⁰ PROCHÁZKA, Radoslav – KÁČER, Marek. *Teória práva*, s. 225.

⁶¹ ONDŘEJEK, Pavel. *Koncepce práva jako systému*. Praha: Wolters Kluwer, 2020, s. 27.

⁶² Že však nešlo o jediný způsob systémové výstavby právního řádu svědčí např. hnutí pojmové jurisprudence (*Begriffs-jurisprudenz*), odvozené od historickoprávní školy. Srov. SOBEK, Tomáš. *Právní myšlení: kritika moralismu*. Praha Plzeň: Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, 2011, s. 274 an.

na úkor nepsaných pramenů (zejména obyčejů), tj. spontánní právo tvorby, totiž vyhovovalo paradoxně jak absolutistickým panovníkům,⁶³ tak posléze i měšťanstvu.⁶⁴ Obě tyto skupiny si totiž chtěly co možná nejvíce podřídit proces vzniku právních norem, avšak opět především v oblasti podústavního práva. Je tak třeba mít na paměti, že teoreticko-komparativní kategorie typu právní kultury vznikly analýzou nikoliv ústavního, nýbrž „jednoduchého“ práva. Taktéž dnes již neplatí původní právně-politické důvody pro dominanci textu právních předpisů.⁶⁵ Za nejdůležitější je ovšem třeba považovat poznatek obecné právní teorie, že i v kontinentálních právních systémech se v posledních desetiletích odstupuje od striktního vázání pojmu práva pouze na zákonný text ve prospěch norem dovozovaných odjinud, zejména ze soudcovské právo tvorby,⁶⁶ se kterou obyčejové normy sdílí mnohé podobnosti. Argument zařazením do kontinentální právní kultury proto nemusí být bez dalšího zcela přesvědčující.

2.2 Institucionální aspekty obyčejového ústavního práva

Výše bylo řečeno, že rozdělení na právní kultury vychází především z analýzy podústavního práva. Od něj se ústavní právo *stricto sensu* odlišuje v mnohých aspektech, zejména institucionálních. V oblasti jednoduchého práva jsou právními aplikátory, na jejichž postoji podstatně závisí osud právních norem, v konečném důsledku (s „právem posledního slova“) soudy. Z tohoto důvodu má obecná právní teorie tendenci právní aplikátory ztotožňovat právě s orgány soudní moci a upozadovat aplikátory jiné (např. správní orgány).⁶⁷

Právního života na úrovni ústavních norem se ale účastní poměrně široký okruh různých aktérů. Přestože od 2. poloviny 20. století dochází k obrovskému rozvoji ústavního soudnictví a díky doktrínám, jako je prozařování ústavních norem do podústavního práva, užívá ústavněprávní argumenty i obecné soudnictví, liší se napříč státy podoba soudních kompetencí. Ústavní soudy nemusí mít s ohledem na své pravomoci stanovenou univerzální jurisdikci v ústavních otázkách, jako ji mají soudy v jiných právních oblastech.⁶⁸ Zároveň se od jiných právních oblastí zpravidla velmi liší okruh aktivně legitimovaných subjektů, jakož i jejich motivace soudní řízení zahájit. Soudy navíc nemusí vždy chtít předloženou ústavněprávní otázku vyřešit způsobem srovnatelným s jinými právními obory, a to pro zvláštní, „politický“ charakter ústavního práva;⁶⁹ nezdědka tak uplatňují nějakou podobu soudní zdrženlivosti a věc nechají v jistém smyslu „nevřešenou“.

⁶³ MELZER, Filip. *Metodologie nalézání práva*, s. 19.

⁶⁴ KLOKOČKA, Vladimír. *Ústavní systémy evropských států: srovnávací studie*. Praha: Linde, 2006, s. 63–64; THORNHILL, Chris. *A Sociology of Constitutions: Constitutions and State Legitimacy in Historical-sociological Perspective*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012, s. 207 an.

⁶⁵ To jistě neznamená, že neplatí důvody jiné, např. procedurální legitimita právních předpisů ve spojení s obecnou preferencí legálně-racionálního panství ve společnosti. Ve prospěch obyčejových norem však může hovořit silná legitimita na výstupu (dlouhodobé zachování spojené s přesvědčením o právní závaznosti svědčící o tom, že se dotčená norma velmi osvědčila).

⁶⁶ KÁČER, Marek. *Přečo zotrvať pri rozhodnutom*, s. 7 an., 21–45.

⁶⁷ V článku Antoše a Horáka se též při vymezení proměnných pro účely funkcionální analýzy operuje pouze s použitelností v řízení před soudy. Viz ANTOŠ, Marek – HORÁK, Filip. *Nepsaná pravidla v ústavním systému: Ústavní obyčej, ustálená ústavní praxe a ústavní zvyklost*, s. 124 an.

⁶⁸ Viz např. § 7 odst. 1 zákona č. 99/1963 Sb., občanského soudního řádu, nebo § 3 zákona č. 160/2015 Z. z., civilního sporového poriadku.

⁶⁹ KYSELA, Jan. *Poznámky ke stavu oboru ústavního práva a státovědy*, s. 376 an.

Alespoň v organické (organizační) části ústavního práva proto musíme mít na paměti, že hlavními, v podstatě každodenními (institucionalizovanými) právními aplikátory ústavy nejsou orgány soudní, nýbrž zákonodárné a výkonné moci. Z hlediska obecné právní teorie proto lze korektně prohlásit za ústavněprávní i takové normy, ke kterým se soudy nevyjadřují, ať už protože nemohou (neboť mají omezenou kompetenci), nebo nechtějí (neboť uplatňují nějakou z forem soudní zdrženlivosti). Záleží na tom, zda existují jiné institucionální struktury (jiní právní aplikátoři), kteří chápou jednání podle obyčejových ústavních norem „jako podle práva povinné“.⁷⁰

Z institucionálního hlediska⁷¹ navíc v případě, že podle psané ústavy o ústavních novelách rozhoduje shodný ústavní orgán jako u běžné legislativy⁷² a dotčený ústavní systém není založen na jednotě moci, jsou vztahy mezi jednotlivými ústavními orgány více či méně horizontální. Horizontalita vztahů, respektive souřadnost ústavních orgánů proto svědčí spíše pro autonomní právotvorbu, oproti vertikalitě vztahů v jiných oblastech veřejného práva, které svědčí spíše pro normotvorbu heteronomní.⁷³ Tomu ostatně odpovídá i analogie s jinými právními obory, ve kterých též převažují vztahy horizontální a kde je tak silná autonomní (tj. smluvní či zvyklostní) normotvorba – v mezinárodním právu veřejném⁷⁴ a právu soukromém.⁷⁵

2.3 Ústavní republikanismus a povaha ústavního práva

Ústava vyjadřuje politickou identitu státu a společnosti, ve které platí;⁷⁶ může tak na sebe převzít roli nejen prostředku společenské integrace, nýbrž i v podstatě posvátného dokumentu v rámci určitého občanského mýtu či náboženství, vybudovaného na jejím podkladě.⁷⁷ Tohoto příoměru využil americký konstitucionalista Sanford Levinson a přirovnal spor ohledně zdroje ústavních argumentů závazných pro dotčenou komunitu k teologickému sporu mezi protestanty a katolíky.⁷⁸ Zjednodušeně řečeno, je zdrojem závazných ústavních argumentů pouze ústavní text (protestantský postoj), anebo vedle textu i nepsané zdroje, především tradice (katolický postoj)?⁷⁹ Jakkoliv závisí zaujetí postoje především na právněfilosofickém přesvědčení právních aplikátorů, má i nezanedbatelný ústavněteoretický rozměr.

V oblasti ústavního práva byli tradičně zastáncem autority ústavního textu klasičtí republikáni. Podle tohoto ústavněteoretického směru⁸⁰ to je psaná ústava, která výlučně reguluje veškerou veřejnomocenskou činnost, protože republika z teoretického hlediska vzniká zároveň s ústavou (ústava zakládá republikánský stát); ústavní text je tudíž úplnou

⁷⁰ WEINBERGER, Ota. *Norma a instituce*, s. 123.

⁷¹ Tento argument neplatí z normologického hlediska – podle něj je totiž parlament přijímající ústavní zákon zvláštní, zřízenou procedurou vyšším normotvůrcem než při přijímání obyčejného zákona, byť jde o tutéž instituci s týmiž lidmi. Srov. KREJČÍ, Jaroslav. *Zásada právnosti státních funkcí a zásada zákonnosti správy*. Praha: Moderní stát, 1931, s. 31.

⁷² Být třeba kvalifikovanou většinou, souhlasem obou komor nebo potřebou opakovaného schválení po volbách.

⁷³ PROCHÁZKA, Radoslav – KÁČER, Marek. *Teória práva*, s. 166–168.

⁷⁴ *Ibidem*, s. 166.

⁷⁵ HORÁK, Ondřej. *Obyčejové právo v českém právním řádu*, s. 445 an.

⁷⁶ GRIMM, Dieter. *Constitutionalism*, s. 144; LOUGHLIN, Martin. *Against Constitutionalism*, s. 113.

⁷⁷ KYSELA, Jan. *Ústava mezi právem a politikou*, s. 94.

⁷⁸ LEVINSON, Sanford. *Constitutional Faith*. Princeton, N. J.: Princeton University Press, 2011, s. 17–23.

⁷⁹ *Ibidem*, s. 18–19, 36.

⁸⁰ Nemáme zde na mysli republikanismus v politickofilosofickém smyslu.

regulací a nelze uznat jiné normativní zdroje, nevycházející z ústavní listiny.⁸¹ Tento republikánský (a, levinsonovsky řečeno, protestantský) postoj je třeba chápat v protikladu k monarchistické ústavnosti především 19. století. Podle ní se totiž panovníkovým přijetím (oktrojované) ústavy vytvářely 2 paralelní řády – jeden s panovníkem v rámci ústavy a jeden s panovníkem mimo ústavu.⁸² Panovník mimo ústavu disponoval ústavním řádem, vyplňoval ústavní mezery (viz pruský spor o rozpočet) a pro legitimaci výkonu takové moci užíval odkazy na mimoústavní zdroje autority. Právě tyto odkazy na Boží vůli, časovou předřazenost panovníka (či státu) před ústavou a zákonodárným sborem, vlastnictví státu dynastií či otcovskou moc nad poddanými byly skutečnými důvody, pro které republikanismus vyžadoval striktní vázanost ústavním textem. V průběhu vývoje moderní ústavnosti tyto argumenty reziduální či mimoústavní mocí přinejmenším v ústavních republikách, až na výjimečné případy,⁸³ ztratily relevanci.⁸⁴ Z tohoto důvodu dnes již nepředstavuje republikánský charakter ústavnosti neproniknutelnou hradbu bránící výlučnost ústavního textu. Můžeme ji chápat tak, „že pro obhájení výkonu veřejné moci v republice, [...], je třeba vyhledat a přinést argumenty odůvodněné ústavou samotnou, ať už jejími explicitními nebo implicitními normami či normami vzniklými fungováním řádu jí zakotveným (ústavní zvyk či obyčej), a nikoliv v jiných zdrojích.“⁸⁵ Z konstitucionalistického hlediska je totiž především důležitá vázanost veřejné moci vyšším právem, tedy normami, které nejsou vystaveny utilitární vůli aktuální politické většiny.⁸⁶ I tento požadavek mohou ústavní obyčejové normy naplnit, a to především svým požadavkem dlouhodobosti.⁸⁷

Naopak to nemusí být nesporné u ústavního textu. Je totiž v podstatě notoriíou ústavní teorie, že ústavní listiny zpravidla bývají psány obecným, abstraktním a vágním jazykem,⁸⁸ přičemž v ústavním textu „převažují principy, programové věty, obecná ustanovení o cílech, či lapidární formulace, namnoze navazující na ústavní tradici.“⁸⁹ Už jen z těchto důvodů je striktně textualistický přístup k ústavním normám s ohledem na smysl a účel vázanosti veřejné moci ústavou problematický. Je tak zřejmé, že se k těmto „normovým

⁸¹ MACCORMICK, Neil. *Institutions of Law: An Essay in Legal Theory*. Oxford: Oxford Univ. Press, 2008, s. 45; LOUGHLIN, Martin. *Foundations of Public Law*. New York: Oxford University Press, 2010, s. 284; KYSELA, Jan. *Zákonodárství bez parlamentů: delegace a substitute zákonodárné pravomoci*. Praha: Univerzita Karlova v Praze, Právnická fakulta v nakladatelství IFEC, 2006, s. 52.

⁸² KYSELA, Jan. *Ústava mezi právem a politikou*, s. 125; BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. The Historical Evaluation and Changes in the Meaning of the Constitution. In: KÜNKLER, Mirjam – STEIN, Tine – DUNLAP, Thomas (eds). *Constitutional and Political Theory: Selected Writings*. Oxford, United Kingdom: Oxford University Press, 2017, s. 155.

⁸³ Těmi jsou situace bezpečnostního ohrožení, především stavu ústavní nouze. Bližší viz DIENSTBIER, Jakub. Stav ústavní nouze. *Právník*. 2022, roč. 161, č. 11, s. 1045 an.; COHN, Margit. *A Theory of the Executive Branch: Tension and Legality*. Oxford, United Kingdom New York, NY: Oxford University Press, 2021, s. 75 an.

⁸⁴ GRIMM, Dieter. *Constitutionalism*, s. 17; BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. The Concept and Problems of the Constitutional State. In: KÜNKLER, Mirjam – STEIN, Tine – DUNLAP, Thomas (eds). *Constitutional and Political Theory: Selected Writings*. Oxford, United Kingdom: Oxford University Press, 2017, s. 147.

⁸⁵ DIENSTBIER, Jakub. *Stav ústavní nouze*, s. 1043.

⁸⁶ TAMANAHA, Brian Z. *On the Rule of Law: History, Politics, Theory*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004, s. 114–116; SAJÓ, András – UITZ, Renáta. *The Constitution of Freedom: An Introduction to Legal Constitutionalism*. Oxford: Oxford University Press, 2017, s. 13, 24–26, 326.

⁸⁷ Ostatně historicky tuto roli právního omezení moci zvykové právo hrálo. Viz TAMANAHA, Brian Z. *On the Rule of Law*, s. 115.

⁸⁸ HOLLÄNDER, Pavel. *Ústavněprávní argumentace*, s. 9.

⁸⁹ KYSELA, Jan. *Ústava mezi právem a politikou*, s. 50.

torzům⁹⁰ vyjádřeným v ústavním textu přidává normativní masa vycházející z jiných, méně formalizovaných pramenů. Bylo by tak poněkud paradoxní, pokud bychom na jednu stranu odmítali ústavněprávní relevanci *ústavních obyčejů* jako zdroje plnohodnotných ústavních norem z toho důvodu, že nejsou obsaženy v ústavním textu, abychom na druhou stranu z mimořádně neurčitých ústavních ustanovení dovozovali rozsáhlé ústavněprávní závěry a tvářili se, že jsou bez dalšího v ústavním textu samozřejmě obsaženy. V takovém případě by se ale dalo argumentovat i tak, že ve skutečnosti potřebujeme pouze jediné ustanovení v ústavním textu, ze kterého již dovodíme vše potřebné.⁹¹ Sluší se dodat, že před touto praktikou shodně varoval jak Hans Kelsen,⁹² tak Carl Schmitt⁹³ – jinak nesmiřitelní odpůrci.

Konečně proti rigidnímu chápání ústavního republikanismu, vztahujícího k ústavnímu textu tzv. všeobecnou negativní větu,⁹⁴ lze postavit i argument historickou zkušeností. Jak si totiž všiml již David Hume, pokud (formální) ústavu budeme chápat tak, že to ona svým textem úplně vytvořila stát, pak by nejméně sporů o interpretaci jejího textu mělo být právě v období nedlouho po jejím přijetí, neboť má politická komunita v živé paměti, co ústavním textem vytvořila.⁹⁵ Víme však, že novost ústavy neznamená tendenci ke stabilitě⁹⁶ či k právní jistotě; k obojímu je třeba dlouhodobého působení zdrojů mimo ústavní text – obyčejí a doktrínou budované tradice.⁹⁷ Zdá se tak, že *magisterium* je stejně důležité jako *scriptura*.

3. Ústava jako rámec, nebo celkový základ pro vládnutí?

Ústavy v normativním smyslu se vždy týkaly organizování moci.⁹⁸ V ústavní teorii se však liší náhledy na to, jak onoho organizování konkrétně ústavy ve formálním smyslu (ústavní listiny) dosahují. Podle jednoho pohledu ústava představuje pouze určitý rámec pro působení politických sil (*Rahmenordnung*).⁹⁹ Toto chápání ústavy omezuje její normativní působení a význam především na úpravu procedur, ve kterých se odehrávají substantivně v zásadě nevázané politické procesy.¹⁰⁰

⁹⁰ HOLLÄNDER, Pavel. *Ústavněprávní argumentace*, s. 9.

⁹¹ Např. čl. 1 odst. 1 Ústavy.

⁹² KELSEN, Hans. Who Ought to be the Guardian of the Constitution? In: VINX, Lars (ed.). *The Guardian of the Constitution: Hans Kelsen and Carl Schmitt on the Limits of Constitutional Law*. Cambridge, United Kingdom: Cambridge University Press, 2015, s. 208.

⁹³ SCHMITT, Carl. *The tyranny of values and other texts*. Candor, NY: Telos Press Publishing, 2018, s. 29.

⁹⁴ MELZER, Filip. *Metodologie nalézání práva*, s. 215 an.

⁹⁵ MACCORMICK, Neil. *Institutions of Law*, s. 44.

⁹⁶ *Ibidem*.

⁹⁷ *Ibidem*, s. 44–49. Je ostatně poněkud paradoxní, že se ve prospěch jak dominance ústavního textu, tak i významné role obyčejových norem vznáší stejný argument právní jistotou...

⁹⁸ SAJÓ, András. *Limiting overnment: An Introduction to Constitutionalism*. Budapest; New York: Central European University Press, 1999, s. 2.

⁹⁹ LOUGHLIN, Martin. The Silences of Constitutions. *International Journal of Constitutional Law*. 2018, Vol. 16, No. 3, s. 928 an.; GRIMM, Dieter. *Constitutionalism*, s. 17; ISENSEE, Josef. Verfassungsrecht als „politisches Recht“. In: BADURA, Peter (ed.). *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. Bd. 12: *Normativität und Schutz der Verfassung*. Heidelberg: Müller, 2014, s. 512–515.

¹⁰⁰ Chápání ústavy jako rámcového řádu nevylučuje, že zavedení takového řádu není motivováno hodnotově nebo účelově. Tyto hodnoty a účely jsou ale pouze jedněmi z mnoha, nevytváří ucelený soubor, v textu spíše nejsou explicitně vyjádřené a politiku obsahově ovlivňují méně podstatě (a spíše jako vedlejší produkt).

Podle druhého pohledu ústavu nelze omezovat na tato „politická pravidla hry.“ Ústava představuje celkový základ pro veškerý výkon veřejné moci ve státě, je úplným systémem zmocnění a normativizovaných hodnot a cílů, a to nejen pro řízení státu, ale i pro celou společnost (*Grundordnung*, případně *Gesamtordnung*).¹⁰¹ Také zvolení příslušné vize ústavy buď jako rámce, anebo jako celkového základu pro vládnutí má důsledky pro (ne)připouštění obyčejových ústavních norem.¹⁰²

Pokud ústavu chápeme tak, že „pouze“ vytyčuje mantinely, v nichž se političtí aktéři mají pohybovat, pak zároveň ze substantivních otázek činíme záležitost politických složek veřejné moci. Od nich pak pochází normy na základě jejich formální a záměrné (zákonodárný proces) nebo neformální a nezáměrné interakce (obyčejová normotvorba).¹⁰³ Právě tato obsahová neurčenost vytváří velmi dobré podmínky pro vznik zvyklostních norem; ostatně commonwealthský konstitucionalismus se svým důrazem na převahu parlamentu a procedurálně chápanou vládou práva je typickým příkladem vnímání ústavy jako rámce, který je pak obsahově doplňován buď legislativou, nebo ústavními zvyklostmi, konvencemi či přímo obyčejí.

Důležitou otázkou však je, v jaké podobě ono doplňování probíhá, tedy v jaké podobě zvyklostní normy normativně působí. V prvé řadě je třeba odlišit jejich působení z hlediska normologické, institucionální a právněrozhodovací perspektivy.¹⁰⁴

Normologicky můžeme působení zvyklostních norem rozlišovat podle jejich delegační souvislosti s ostatními (psanými) ústavními normami a podle derogační síly vzhledem ke psaným ústavním normám. Z delegačního hlediska článek Antoše a Horáka mlčky předpokládá, že psané i nepsané normy působí v rámci jednotného normového souboru. Přestože jde o vcelku nepřekvapivý předpoklad, nemusí s ohledem na obyčejové normy platit vždy.

Jak totiž uvádí Veronika Tiefenthaler,¹⁰⁵ obyčejové ústavní právo vytváří vedle spíše procedurálního rámce, určeného formální ústavou, paralelní normativní řád.¹⁰⁶ Podle tohoto pohledu tudíž působí obyčejové právo *extra lege*. V takovém případě se ale jeví důležitou otázkou, jakou povahu má takovýto *extra lege* řád? S ohledem na způsob vzniku

¹⁰¹ ONDŘEJKA, Pavel. *Koncepce práva jako systému*, s. 3; LOUGHLIN, Martin. *The silences of constitutions*, s. 930 an.

¹⁰² Přestože se může zdát, že ústava jako rámec platí pouze pro organickou část a ústava jako základ pouze pro lidskoprávní část, je obojí představitelné i naopak. Chápání organizační části jako základu bude podstatně omezovat možnosti běžného zákonodárce upravovat způsob výkonu kompetencí exekutivy nebo zavádět specifické způsoby legislativního procesu, které ústava výslovně nebude znát (viz např. debata o tzv. člunku zavedeném stykovým zákonem u ústavních zákonů a zákonů podle čl. 40 Ústavy). Chápání lidskoprávní části jako rámce pak v podstatě odpovídá tzv. interní teorii základních práv (viz MADEJ, Martin. *Meze základních práv v České republice*. Praha: Leges, 2018), respektive klasickému (historickému) chápání základních práv jako úzce vymezených pravidel dovolení, které veřejné moci hlavně vymezují to, co je zakázáno, přičemž mimo tento zakázaný prostor se veřejná moc může pohybovat relativně volně. Je jistě pravda, že práva vyžadující po státu určité plnění toto relativizují, ne však zcela.

¹⁰³ Případnou námitku, že obyčejová normotvorba v ústavním právu nesměřuje, na rozdíl od legislativní normotvorby, k obywatelstvu, nýbrž k samotným ústavním aktérům, a proto jsou oba druhy právotvorby v tomto kontextu nesouměřitelné, lze relativizovat alespoň dvěma skutečnostmi. Za prvé, také legislativní činnost může být „ve vlastní věci“ (např. jednacím řádem parlamentních komor, do značné míry volební a organické zákony atp.). Za druhé, nelze z teoretického hlediska vyloučit, že obyčejové ústavní normy nebudou ovlivňovat jednání běžných osob, respektive že neovlivní jejich ústavněprávní postavení, a to i v lidskoprávní části ústavního práva (obyčej upravující např., byť i dílčím způsobem, podobu volebního práva, politického systému, nebo dokonce i základního práva).

¹⁰⁴ WEINBERGER, Ota. *Institucionalizmus. Nová teória konania, práva a demokracie*. Bratislava: Kalligram, 2010, s. 36–37, 205.

¹⁰⁵ Přičemž i v jejím případě jde o autorku pocházející z právního prostředí silně ovlivněného ryzí naukou právní.

¹⁰⁶ TIEFENTHALER, Veronika. *Gewohnheit und Verfassung*. Wien: Facultas Verlag und Buchhandels AG, 2012, s. 17, 77.

i na skutečnost, že právní charakter je ze strany právní komunity ztotožňován především s formální (psanou) ústavou (mající charakter rámce), se nabízí chápání těchto obyčejových norem jako pouze ústavněpolitických, jímž tedy nesvědčí vědomí právní závaznosti u příslušných institucionálních aktérů. Takto ostatně tradičně vnímají ústavní konvence ve westminsterských systémech, na což Antoš s Horákem poukazují.¹⁰⁷

Nemusí ale jít o vnímání jediné, zvláště pokud k delegační souvislosti přidáme institucionální rozměr. Pokud soudy odmítnou rozhodovat podle zvyklostních norem s poukazem na to, že nejde o ústavní právo, pak v podstatě uvolňují politickým aktérům prostor pro diskreci a deklarují, že v příslušné oblasti nejsou vázáni (substantivně či procedurálně) nadřazenými normami právního charakteru. I toto má svůj ústavní význam, neboť především v kompetenčních otázkách může být až do soudního výroku sporné, kterému orgánu kompetence náleží a jak ji může vykonávat.

Budeme-li paralelní zvyklostní řád chápat jako řád ústavněpolitický, pak sice nebude na psané právo působit derogační silou, může ale způsobovat jev, který Adrian Vermeule označil za „ústavní atrofii“.¹⁰⁸ K ústavní atrofii dochází v případě, že některá ústavněprávní norma není dlouhodobě vykonávána (užívána), přičemž její užití by v důsledku (paralelní) zvyklostní normy ztratilo svou ústavněpolitickou legitimitu.¹⁰⁹ Jinými slovy, paralelní *extra lege* zvyklostní řád nezpůsobí derogaci, nýbrž (více či méně silnou) nemyšlitelnost užití části psané ústavy.¹¹⁰

Paralelnímu zvyklostnímu řádu lze ale též přiznat právní povahu. K tomu dle Holländera vede uznání postulátu bezrozpornosti práva jako vůdčího principu výstavby právního řádu namísto postulátu normové hierarchie¹¹¹ (vycházejícího z jednotnosti normového souboru). Koneckonců to, že může docházet uvnitř jednoho státu k působení více právněnormativních řádů, odpovídá i poznatkům socio-právního pozitivismu a teoriím právního pluralismu.¹¹²

Toto uznání právní povahy zvyklostních norem může mít paradoxně podobné účinky, jako v předcházejícím případě; navíc může být i v zájmu politických aktérů. Pokud v dotčené společnosti převážila autorita a závaznost práva jako dominantního zdroje legitimizace a společenská vážnost svědčí spíše soudům než politickým orgánům, pak budou političtí aktéři motivováni přesvědčit soudy, že normy vzniklé jejich dlouhodobou neformální praxí jsou právem. Tím totiž jednak pro ně získají důležitý zdroj legitimacy, jednak zavážou soudy a další orgány postupovat podle nich, čímž omezí soudní kreativitu (volnost) při interpretaci, aplikaci a dotváření (utváření) ústavy. Soudní uznání paralelního zvyklostního řádu, ať už budou tyto normy mít povahu ústavněpolitickou, nebo ústavněprávní, tak má povahu jistého druhu doktríny politické otázky, respektive soudní deference.¹¹³

¹⁰⁷ ANTOŠ, Marek – HORÁK, Filip. *Nepsaná pravidla v ústavním systému: Ústavní obyčej, ustálená ústavní praxe a ústavní zvyklost*, s. 121, 132.

¹⁰⁸ VERMEULE, Adrian. *The Atrophy of Constitutional Powers*. *Oxford Journal of Legal Studies*. 2012, Vol. 32, No. 3.

¹⁰⁹ *Ibidem*, s. 421, 423. Adrian Vermeule uvádí mezi příklady atrofovaných pravomocí kompetenci britského panovníka uplatnit veto vůči zákonu schváleného parlamentem.

¹¹⁰ Podobně jako atrofování svalu neznamená úplné odstranění svalu, nýbrž silně sníženou možnost až nemožnost jej použít.

¹¹¹ HOLLÄNDER, Pavel. *Příběhy právních pojmů*. Plzeň: Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, s.r.o., 2017, s. 85.

¹¹² TAMANAHA, Brian Z. *A General Jurisprudence of Law and Society*, s. 115–116. V tomto případě půjde o obdobu tzv. starší verze právního pluralismu.

¹¹³ KRATOCHVÍL, Jan. Důvody pro zdrženlivý přezkum Ústavním soudem. *Časopis pro právní vědu a praxi*. 2022, roč. 30, č. 4; PROCHÁZKOVÁ, Andrea. Ústavní soud ČR mezi právem a politikou. *Právník*. 2022, roč. 161, č. 1; DIENSTBIER, Jakub.

Zahrneme-li zvyklostní normy do jednotného normového souboru se psaným právem, můžeme posuzovat jejich vzájemné vztahy založené na derogační souvislosti. Nabízí se nám v zásadě 3 druhy působení – *secundum legem*, *praeter legem* a *contra legem*. Nejspornější otázkou (i v článku Antoše a Horáka) se zdá možnost působení obyčejových norem *contra legem*, tedy rušící části *constitutio scripta*. Z hlediska obecné právní teorie v zásadě nic nebrání tomu, aby obyčejové právo derogovalo právo psané. Obyčejová derogace totiž činí ustanovení psaného práva obsoletními,¹¹⁴ přičemž možnost obsolence právních norem je v obecné právní teorii uznávána¹¹⁵ a v ústavní teorii doložena.¹¹⁶ Žádné psané ustanovení ústavy totiž nemůže překonat povahu práva a podmínky normativní existence jeho norem.^{117, 118}

Chápání psané ústavy jako rámce pro vládnutí tudíž (alespoň potenciálně) otevírá široký prostor pro uplatnění obyčejových ústavních norem. Úplný opak ale platí pro vnímání psané ústavy jako celkového základu pro vládnutí. Pokud totiž psaná ústava upravuje v základu jak právotvorbu v širším smyslu, tak i její obsah s ohledem na jí zakotvený objektivní řád hodnot a cílů (účelů), pak neumožňuje vůči ústavním zákonům ani paralelní, ani protikladný (derogující) řád. Chápání psané ústavy jako celkového řádu proto předpokládá, že systém ústavních norem je systémem úplně uzavřeným, oproti chápání ústavy jako rámce, který počítá spíše se systémovou otevřeností.

Konečně lze možnost užívání obyčejových ústavních norem jako možných norem ústavního práva řešit i z právněrozhodovací perspektivy. Zde se nabízí především dělení pramenů práva na autonomní a neautonomní.¹¹⁹ Autonomním pramenem je „*jakákoliv norma nebo jiný standard, která může být samostatným základem soudcovského rozhodnutí, tedy nezávisle na jakémkoliv prameni jiném může stanovovat práva a povinnosti*“.¹²⁰ Neautonomní pramen pak může působit pouze ve spojení s autonomním pramenem. Právě toto odlišné působení na podklad soudního rozhodnutí je jedním z důležitých prvků klasifikace Antoše a Horáka.¹²¹ Ve svém článku totiž vyjadřují silnou zdrženlivost k uznání zvyklostních norem jako autonomních pramenů a i u *ústavních obyčejů* uvádějí, že tyto mohou působit jen v návaznosti na materiální ohnisko ústavy, tj. neautonomně. Otázkou, která nás vrací k prvnímu dilematu (ústava jako ztělesnění vůle, nebo hodnot), je, jakou povahu toto materiální ohnisko (jádro) má. Lze totiž argumentovat i tak, že princi-

Omezení soudního přezkumu v ústavním právu. In: ANTOŠ, Marek – WINTR, Jan (eds). *Poměrování základních práv*. Praha: Univerzita Karlova, Právnická fakulta, 2018.

¹¹⁴ Důležité je poznamenat, že obsolencí ve smyslu obyčejové derogace není jen dlouhodobé neužívání ustanovení psaného práva, nýbrž i přesvědčení, že jeho využití není „podle práva povinné“ (tj. že netvoří součást práva); obsolence tudíž zahrnuje i *opinio iuris sive necessitatis*.

¹¹⁵ WEINBERGER, Ota. *Norma a instituce*, s. 123–124; KELSEN, Hans. *Pure Theory of Law*. Berkley – Los Angeles: University of California Press, 1967, s. 213.

¹¹⁶ ALBERT, Richard. Constitutional Amendment by Constitutional Desuetude. *American Journal of Comparative Law*. 2014, Vol. 62, No. 3.

¹¹⁷ DRGONEC, Ján. *Ústavné právo hmotné*. Bratislava: C. H. Beck, 2018, s. 36; PROCHÁZKA, Radoslav – KÁČER, Marek. *Teória práva*, s. 167.

¹¹⁸ Učiníme-li drobný úkrok do ústavní dogmatiky, lze chápat čl. 9 odst. 1 Ústavy tak, že reguluje pouze proces záměrné (cílené) ústavní normotvorby, nikoliv normotvorby spontánní.

¹¹⁹ KÜHN, Zdeněk. *Aplikace práva ve složitých případech: k úloze právních principů v judikatuře*. Praha: Karolinum, 2002, s. 127.

¹²⁰ *Ibidem*.

¹²¹ ANTOŠ, Marek – HORÁK, Filip. *Nepsaná pravidla v ústavním systému: Ústavní obyčej, ustálená ústavní praxe a ústavní zvyklost*, s. 124 an.

py či hodnoty, které jej tvoří, lze rekonstruovat ani ne tak analýzou ústavního textu, jako spíše funkcionální analýzou celého ústavního (právního) řádu; takové principy „*nejsou normativním důsledkem právního řádu, ale jsou ve funkcionálním slova smyslu jeho normativním předpokladem.*“¹²² Obyčejovým normám, opřeným o autonomní normativizované hodnoty a účely (cíle), by se tak potenciálně rozšířil prostor pro působení i *contra constitutionis scripta*.

V článku Antoše a Horáka konečně bohužel nedochází k reflexi Peczenikovy teorie právně relevantních zdrojů jakožto alternativy k nauce o pramenech práva, která se stala vlivnou i v českém právním prostředí.¹²³ Peczenik přitom rozděluje právně relevantní zdroje na 4 kategorie – ty, které soudce (právní aplikátor) 1) musí použít (*must sources*), 2) má použít (*should sources*), 3) může použít (*may sources*), 4) nesmí použít (*may not sources*).¹²⁴ V samotném článku Antoše a Horáka pak jak *ústavní obyčej*, tak i *ustálená praxe relevantní pro výklad ústavy* vystupují jako *must sources*, kdežto *ústavní zvyklosti* (mající pouze ústavněpolitickou povahu) jako *may sources*.¹²⁵ Z tohoto úhlu pohledu se tak stírá rozdíl mezi *ústavními obyčeji* a *ustálenou ústavní praxí*. Nabízí se proto (možná kacířská) otázka, zda se úplně neoprostit od tradiční nauky o formálních pramenech práva a nesoústředit se spíše na samotné normy, jak k tomu v jistém smyslu nabádal již Kelsen...¹²⁶

4. Co z toho spíše plyne pro naši ústavu?

Nyní ve stručnosti uvažme, co z výše uvedeného spíše platí pro českou ústavu. Začneme sporem mezi subjektivně-volním a objektivně-hodnotovým chápáním ústavy. V první řadě můžeme bez větších pochybností odmítnout chápání ústavy v kategoriích naturalistické reprezentace. Přestože naše Ústava (a ústavní pořádek od ní odvozený) vznikla v důsledku rozpadu československé federace, nevystupovaly odkazy na „objektivní“ charakter českého (etnického) národa ani v ústavním textu, ani v soudní judikatuře či doktrinálních pracích. Naopak naposledy diskutovaná možnost o vnesení pojmu národa do ústavního textu¹²⁷ narazila na rozhodný odpor ze strany v podstatě celé právní akademie i zástupců vrcholných soudů.

Kromě chápání ústavy jako produktu „objektivního“ charakteru národa však byla v českém ústavněprávním diskurzu od samého počátku přítomna obě zbývající chápání ústavy.

¹²² KÜHN, Zdeněk. *Aplikace práva ve složitých případech*, s. 128.

¹²³ KÜHN, Zdeněk. Jsou právní principy a soudcovská rozhodnutí pramenem práva? *Časopis pro právní vědu a praxi*. 2001, roč. 9, č. 3, s. 243 an.; KÜHN, Zdeněk. *Aplikace práva ve složitých případech*, s. 133 an.; BOBEK, Michal – KÜHN, Zdeněk. Význam judikatury v kontinentálním právu. In: BOBEK, Michal – KÜHN, Zdeněk. *Judikatura a právní argumentace*. Praha: Auditorium, 2013, s. 36–37.

¹²⁴ KÜHN, Zdeněk. *Jsou právní principy a soudcovská rozhodnutí pramenem práva?*, s. 243; KÜHN, Zdeněk. *Aplikace práva ve složitých případech*, s. 133; BOBEK, Michal – KÜHN, Zdeněk. *Význam judikatury v kontinentálním právu*, s. 36.

¹²⁵ ANTOŠ, Marek – HORÁK, Filip. *Nepsaná pravidla v ústavním systému: Ústavní obyčej, ustálená ústavní praxe a ústavní zvyklost*, s. 128, 131–133. Přestože u „ustálené praxe relevantní pro výklad ústavy“ by se zařazení mezi zdroje, které aplikátoři musí použít, mohlo jevit jako silné, plyne to z jednoznačného vyjádření obou autorů článku: „Pokud se zákon či jeho jednotlivá ustanovení dostanou do rozporu s ustanovením ústavního pořádku tak, jak je vykládáno prostřednictvím ustálené ústavní praxe, musí být coby protiústavní zrušeny [...] vzhledem k tomu, že se během posledních 25 let vytvořila jednoznačná ustálená ústavní praxe, která odpovídá prvnímu z uvedených výkladů, je tím druhý původně možný výklad vyloučen [zvýrazněno autorem].“

¹²⁶ KELSEN, Hans. *Pure Theory of Law*, s. 233. O to jsme se pokoušeli i zde.

¹²⁷ Ústavní právník Gerloch chce vrátit do ústavy národ. In: *Novinky.cz* [online]. 14. 11. 2016 [cit. 2024-05-15]. Dostupné z: <https://www.novinky.cz/domaci/420565-ustavni-pravnik-gerloch-chce-vratit-do-ustavy-narod.html>.

V běžném, takřkajíc každodenním ústavněprávním „provozu“, zdá se, převažuje chápání ústavy jako objektivně-hodnotového řádu. Svědčí o tom především silný vliv německé ústavnosti, založené právě na chápání ústavy jako objektivního rozumového řádu, na ústavnost českou. Tento vliv se projevuje kupříkladu v obecně známém preferování objektivně-teleologického výkladového cíle při interpretaci ústavy, nepoužívání historických argumentů při ústavněprávní argumentaci Ústavního soudu, až na naprosté výjimky, nebo doktríně prozařování základních práv (a dalších ústavních norem) jako objektivního práva do zbytku právního řádu. Chápání naší ústavy jako volního aktu subjektu ustavující moci (lidu) bylo zkomplikováno již od samého počátku, a to podstatnou kritikou, jaké byl ze strany mnohých zástupců právní doktríny podroben samotný proces přijetí Ústavy jako výchozího dokumentu ústavního pořádku. Proti tomuto procesu se namítalo především: 1) neúčast lidu na tvorbě a schválení Ústavy v podobě referenda či zvláštního ústavodárného shromáždění, 2) nedostatečná legitimita a zmocnění České národní rady k přijetí Ústavy České republiky jako samostatného státu, 3) přílišná rychlost a neveřejnost přípravy Ústavy, 4) nedostatečná odbornost tvůrců Ústavy, 5) nedostatečná míra společenského a politického konsenzu při přijímání Ústavy, 6) nepromyšlený výběr inspiračních zdrojů.¹²⁸

Při bližším pohledu na tuzemskou ústavní minulost a současnost lze však vystavět i alternativní narativ, který svědčí ve prospěch chápání ústavy jako projevu vůle lidu jako ustavující moci. O jeho nastínění se nyní pokusíme.

V prvé řadě čl. 2 odst. 1 Ústavy, v návaznosti na preambuli Ústavy („*my [...] prostřednictvím svých svobodně zvolených zástupců přijímáme tuto Ústavu České republiky*“), zakotvuje lid jako zdroj veškeré státní moci. Přitom již od samého počátku svého fungování Ústavní soud ve své judikatuře uznal doktrínu o oddělení moci ustavující (konstituující) od moci ustavené (konstituované), přičemž dovedl, že ústava je produktem výkonu moci ustavující, která náleží lidu:

„Ať jsou zákony státu jakékoli, ve státě, který se označuje za demokratický a proklamuje princip svrchovanosti lidu, nemůže být žádný jiný režim legitimní, než režim demokratický. [...] vyšší princip, totiž princip svrchovanosti lidu, který je nositelem nadstátní moci, moci konstitutivní, zatímco zákon je produktem moci uvnitř státu již konstituované a institucionalizované.“¹²⁹

„Moderní demokratická psaná ústava je společenskou smlouvou, kterou se lid, představující ústavodárnou moc (pouvoir constituant), ustavuje v jedno politické (státní) těleso, zakotvuje vztah individua k celku a soustavu mocenských (státních) institucí.“¹³⁰

Chápání ústavy na podkladu společenskosmluvní teorie, respektive nauky o ústavě pocházející od ustavující moci¹³¹ se též významně objevilo i v ústavní doktríně.¹³² Velmi

¹²⁸ MALENOVSKÝ, Jiří. O legitimitě a výkladu české Ústavy na konci století existence moderního českého státu. *Právník*. 2013, roč. 152, č. 8, s. 746 an. Jiří Malenovský zde odkazuje i na dřívější kritiky tvorby a přijetí Ústavy, zejména na Zdeňka Jičínského a Václava Pavlíčka.

¹²⁹ Nález Ústavního soudu ze dne 21. 12. 1993, sp. zn. Pl. ÚS 19/93.

¹³⁰ Nález Ústavního soudu ze dne 17. 12. 1997, sp. zn. Pl. ÚS 33/97.

¹³¹ Byť ne každá koncepce suverenity lidu, respektive chápání lidu jako subjektu ustavující moci spočívá ve společenskosmluvní teorii, v českém ústavněprávním diskurzu jde o dominující přístup.

¹³² WINTR, Jan. *Principy českého ústavního práva*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2023, s. 30; ŠIMÍČEK, Vojtěch. Čl. 2 [Státní moc]. In: BAHÝLOVÁ, Lenka (ed.). *Ústava České Republiky: komentář*. Praha: Linde, 2010, s. 48–49; ŠIMÍČEK, Vojtěch. Čl. 9

intenzivně pak vystupuje chápání ústavy ve smyslu volního aktu lidu jako subjektu ustavující moci v argumentaci ve věci Miloše Melčáka. Na tomto chápání, zjevně s ohledem na předchozí článek soudce zpravodaje,¹³³ založil Ústavní soud svou tezi o materiálním jádru ústavy:

„Originární ústavodárce v čl. 9 odst. 2 Ústavy u principů zásadně identifikujících ustavní systém České republiky postavil na stejnou úroveň princip demokratický a princip právního státu.“¹³⁴

Kromě výše zmíněných názorů doktríny a judikatury lze oponovat i námitkám týkajícím se způsobu přijetí Ústavy, především Malenovského námitce první a druhé (viz výše). Je jisté historickou skutečností, že Ústava nebyla přijata ve všelidovém hlasování, ani zvláštním, výlučně k tomuto účelu čerstvě zvoleným ústavodárným tělesem. Taktéž jejímu přijetí bezprostředně nepředcházely politické dohody učiněné v rámci tzv. kulatých stolů, což jako možnost legitimního ústavodárství uznává ve své koncepci ustavující moci Andrew Arato.¹³⁵ Nicméně odmítnutí Ústavy jako nelegitimní, nacházející se mimo rozsah pověření od suverénního lidu jako subjektu ustavující moci, by bylo předčasné. Opo- mínjí totiž státoprávní a ústavní vývoj směřující k etablování českého politického národa jako ustavující moci¹³⁶ a České národní rady jako reprezentanta této moci. Tento vývoj si nyní nastíníme.

Ponecháme-li stranou, že se již ve Washingtonské deklaraci odkazuje na historické státní právo českého národa,¹³⁷ pak v Ústavní listině zakotvená suverenita československého národa už v průběhu 40. let 20. století získala z ústavního hlediska povážlivé trhliny. Začalo totiž být zřejmé, že československý národ jako státoprávní koncepce a subjekt ustavující moci není udržitelný. Počínaje Slovenským národním povstáním a Košickým vládním programem¹³⁸ přes tzv. pražské dohody¹³⁹ až po Ústavu 1948 a 1960 se český národ (vedle národa slovenského) postupně (znovu)etabloval jako samostatný státoprávní subjekt,¹⁴⁰ a to vedle ustanovení, která počítala s lidem, respektive pracujícím lidem jako zdrojem, respektive nositelem veškeré moci ve státě. Koncem 60. let 20. století pak ústavní předpisy, v návaznosti na společenské a politické požadavky jak slovenské, tak i následně české politické reprezentace, změnily podobu státu na federaci dvou národů. Plně

[Změna Ústavy]. In: BAHÝLOVÁ, Lenka (ed.). *Ústava České Republiky: komentář*. Praha: Linde, 2010, s. 153–156; SYLLOVÁ, Jindřiška. Čl. 2. In: SLÁDEČEK, Vladimír et al. *Ústava České republiky: komentář*. Praha: C. H. Beck, 2016, s. 26–28.

¹³³ HOLLÄNDER, Pavel. Materiální ohnisko ústavy a diskrece ústavodárce. *Právník*. 2005, roč. 144, č. 4.

¹³⁴ Nález Ústavního soudu ze dne 11. 9. 2009, sp. zn. Pl. ÚS 27/09.

¹³⁵ ARATO, Andrew. *Post Sovereign Constitution Making: Learning and Legitimacy*. Oxford, United Kingdom: Oxford University Press, 2016, s. 109 an. 117 an.

¹³⁶ Na následujících řádcích se budeme setkávat velmi často s pojmem „národ“. Bude tomu však z důvodu nedostatečného ústavněteoretického základu citovaných právních a politických dokumentů, než že by se tomuto subjektu nepřiznávalo postavení subjektu ustavující moci (viz dále).

¹³⁷ GRONSKÝ, Ján (ed.). *Komentované dokumenty k ústavním dějinám Československa. I, 1914–1945*. Praha: Univerzita Karlova, 2005, s. 36.

¹³⁸ GRONSKÝ, Ján (ed.). *Komentované dokumenty k ústavním dějinám Československa. II, 1945–1960*. Praha: Univerzita Karlova, 2005, s. 26.

¹³⁹ *Ibidem*, s. 49 an.

¹⁴⁰ Viz čl. II odst. 1 a čl. VIII odst. 2 ústavního zákona č. 150/1948 Sb., čl. 1 odst. 2 ústavního zákona č. 100/1960 Sb., jakož příslušné pasáže úvodních prohlášení obou ústav, hovořících o Čechách a Slovácích nejen v historicko-etnickém, nýbrž i státně-politickém smyslu.

v souladu s koncepcí tzv. socialistické federace,¹⁴¹ jež v zásadě přetrvala i po pádu komunistického režimu, pak ústavní zákony č. 77/1968 Sb., o přípravě federativního uspořádání Československé socialistické republiky, a č. 143/1968 Sb., o československé federaci, jednoznačně deklarovaly, že je to český národ, kdo je (vedle národa slovenského) samostatným nositelem suverenity. Jako takový měl nezadatelné právo na sebeurčení až do oddělení (sic!), jakož i „*právo utvářet si svobodně způsob a formu svého národního a státního života.*“¹⁴² Primárním ústavním a státoprávním vyjádřením této národní suverenity pak byla Česká (socialistická) republika, z níž byl, spolu se Slovenskou (socialistickou) republikou, společný federální stát vytvořen.¹⁴³ Ústavní uspořádání od roku 1969 pak je třeba charakterizovat jako v podstatě ústavní smlouvu mezi českým a slovenským národem. Tato ústavní dualita dvou ustavujících mocí, známá z německých ústavních uspořádání 19. století,¹⁴⁴ je pak odvoditelná nejen z příslušných pasáží preambule a normativního textu, ale i z institucionálního uspořádání Federálního shromáždění při uplatnění zákazu majorizace.¹⁴⁵ A přesto, že v době vlády státostrany byla tato dualita hibernovaná, naplno se ukázala začátkem 90. let.

Spolu s výše uvedeným byla Česká národní rada normativním textem zmíněných ústavních předpisů konstruována jako „*orgán ústavní politické reprezentace českého národa*“ vyjadřující jeho národní politické stanovisko,¹⁴⁶ respektive „*představitelem národní svrchovanosti a svébytnosti českého národa a nejvyšším orgánem státní moci České (socialistické) republiky,*“ nejvyšším zastupitelským sborem republiky a jejím jediným zákonodárným orgánem¹⁴⁷ s pravomocí přijmout českou ústavu.¹⁴⁸ Česká národní rada byla proto od samého počátku své existence ústavněprávně konstruována a ústavněpoliticky deklarována v podstatě jako permanentní konstituanta. Tento závěr podtrhuje i skutečnost, že se Československo od přijetí ústavního zákona o československé federaci až do svého zániku nacházelo s ohledem na čl. 142 odst. 2 ústavního zákona o československé federaci ve stavu ústavního provizoria, neboť zmíněný ústavní zákon počítal s přijetím definitivní ústavy jak federace, tak i obou států; k tomu však, v rámci pokračující federace, již nedošlo. Správně tak popisuje ústavní a státoprávní situaci na přelomu let 1992–1993 Jan Filip, hovoří-li o zhroucení *federální nadstavby*, nikoliv o úplném novém vzniku subjektu ustavující moci či státního rámce jeho působení (tj. *státní základní stavby*).¹⁴⁹

Můžeme tedy uzavřít, že naši ústavu lze vnímat nejen jako ztělesnění „objektivních“ hodnot, nýbrž i jako volní akt učiněný z pověření ustavující moci. Zbylé teoretické výhrady vůči samotné Ústavě však velí spíše k odmítnutí vnímání ústavy jako volního aktu v silné podobě, která by obdobně jako ve Spojených státech činila z ústavní listiny „autoritativní

¹⁴¹ GRINC, Jan. Územní členění státu. In: PAVLÍČEK, Václav – JIRÁSKOVÁ, Věra. *Obecná státověda*. Praha: Leges, 2021, s. 255; GROSPÍČ, Jiří. Struktura státu. In: PAVLÍČEK, Václav. *Ústavní právo a státověda. Díl 1, Obecná státověda*. Praha: Linde, 2004, s. 142–145.

¹⁴² Viz preambuli a § 1, 3 ústavního zákona č. 77/1968 Sb. a preambuli spolu s čl. 1 ústavního zákona č. 143/1968 Sb.

¹⁴³ Čl. 1 odst. 4 a 5 ústavního zákona č. 143/1968 Sb.

¹⁴⁴ BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *The Historical Evaluation and Changes in the Meaning of the Constitution*, s. 157–159.

¹⁴⁵ Srov. čl. 41–43 ústavního zákona č. 143/1968 Sb.

¹⁴⁶ § 3 odst. 1 a 2 ústavního zákona č. 77/1968 Sb.

¹⁴⁷ Čl. 102 odst. 1 a 3 ústavního zákona č. 143/1968 Sb.

¹⁴⁸ Čl. 107 odst. 1 písm. a) ve spojení s čl. 142 odst. 2 ústavního zákona č. 143/1968 Sb.

¹⁴⁹ FILIP, Jan. *Ústavní právo České republiky. 1, Základní pojmy a instituty, ústavní základy ČR*. V Brně: Masarykova univerzita: Doplněk, 2003, s. 142.

systém“.¹⁵⁰ Z těchto důvodů se jeví jako rozumný kompromis umírněná verze chápání ústavy jako volního aktu, nevylučující v jistých případech vznik a působení nepsaných norem včetně norem obyčejových. Schmittovské ladění především kauzy Melčák tomu jen napomáhá. Příklon ke vnímání ústavy jako volního aktu ustavující moci se ostatně postupem času objevil i v původním hájemství vnímání ústavy jako souboru „objektivních“ hodnot – v Německu.¹⁵¹

Pokud jde o „teologický“ spor mezi „katolíky“ a „protestanty“, je třeba spíše přisvědčit, že od původně vyhraněného textualismu se naše právní akademie i judikatura posunula k uznání právní relevance i těch norem, dovozovaných striktně vzato z jiných zdrojů, než je čistě text právních předpisů.¹⁵² A to vše navzdory skutečnosti, že české právo náleží do kontinentální právní kultury.¹⁵³ Zároveň lze konstatovat shodu naší obecné právní teorie, že právo obecně a ústavní právo zvláště není striktně uzavřeným systémem.¹⁵⁴ Kromě toho není republikánská povaha našeho ústavního režimu spojována s výlučnou relevancí ústavního textu – ostatně republikánskému ústavnímu principu jako takovému není věnována větší pozornost. Na druhou stranu nelze podcenit, že v naší právní komunitě s ohledem na tradici institucionálně spíše převládá předvedění preferující normativní právní akty před jinými normativními zdroji.

Z hlediska naší ústavní nauky je nejméně přítomné chápání ústavy jako rámce, nebo celkového základu pro vládnutí. Lze se domnívat, že chápání ústavy jako celkového základu zastává Václav Pavlíček, neboť spojuje pojem ústavy s obratem „základní řád“ pro tvorbu státní vůle a výkon státní moci, přičemž za zdroj ústavních norem označuje výlučně předpisy ústavního práva.¹⁵⁵ Vedle toho se negativně staví k ústavněprávní povaze zvyklostních norem.¹⁵⁶ Na druhou stranu lze z celkového vyznění prací především Vladimíra Klokočky,¹⁵⁷ Jana Filipa¹⁵⁸ a Jana Kysely¹⁵⁹ usoudit, že ani představa ústavy jako rámcového řádu není české ústavní nauce cizí. Můžeme se ale samozřejmě mýlit. Podobně

¹⁵⁰ SHAPIRO, Scott. *Legality*, s. 350–351. Scott Shapiro rozeznává právní systémy na autoritativní a oportunistické. U autoritativních systémů se původ pravidel odvozuje od autorů, kteří se považují za osoby se specializovanou expertizou a nadřazenou morální autoritou (jako je tomu u amerických Otců zakladatelů). U oportunistických systémů žádná zvláštní expertiza či morální nadřazenost tvůrců pravidel není uznávána. To vše má pak dopady např. na podobu právního a politického diskurzu.

¹⁵¹ HAREL, Alon – SHINAR, Adam. *Two Concepts of Constitutional Legitimacy*, s. 96.

¹⁵² KÜHN, Zdeněk. Role judikatury v českém právu. In: BOBEK, Michal – KÜHN, Zdeněk. *Judikatura a právní argumentace*. Praha: Auditorium, 2013, s. 108 an. K právním principům a obyčejům pak srov. KÜHN, Zdeněk. *Jsou právní principy a soudcovská rozhodnutí pramenem práva?*

¹⁵³ BOBEK, Michal – KÜHN, Zdeněk. *Význam judikatury v kontinentálním právu*, s. 32 an.

¹⁵⁴ WEINBERGER, Ota. *Norma a instituce*, s. 200; KÜHN, Zdeněk. *Aplikace práva ve složitých případech*, s. 33, 37–38; TRYZNA, Jan. *Právní principy a právní argumentace: k vlivu právních principů na právní argumentaci při aplikaci práva*. Praha: Auditorium, 2010, s. 55–60; KLOKOČKA, Vladimír. *Ústavní systémy evropských států*, s. 11; KYSELA, Jan. Právo jako relativně uzavřený systém a dvojí pojetí výjimečného stavu. Předběžné ohledání schmittovského tématu. In: BÍLKOVÁ, Veronika – KYSELA, Jan – ŠTURMA, Pavel (eds). *Výjimečné stavy a lidská práva*. Praha: Auditorium, 2016.

¹⁵⁵ PAVLÍČEK, Václav. Ústavní pořádek České republiky a místo mezinárodních smluv v ústavním řádu. In: PAVLÍČEK, Václav. *Ústavní právo a státověda. II. díl. Ústavní právo České republiky*. Praha: Leges, 2020, s. 360, 364.

¹⁵⁶ *Ibidem*, s. 360.

¹⁵⁷ KLOKOČKA, Vladimír. *Ústavní systémy evropských států*, s. 15–16.

¹⁵⁸ FILIP, Jan. *Ústavní právo České republiky. 1. Základní pojmy a instituty, ústavní základy ČR*, s. 95, 146–147.

¹⁵⁹ KYSELA, Jan. *Ústavní principy, ústavní konvence a ústavní inženýrství*; KYSELA, Jan. Právo a politika: úvod do ústavního práva. In: NOVÁK, Miroslav. *Úvod do studia politiky*. Univerzita Karlova, 2023; KYSELA, Jan. Vladimír Klokočka jako inspirace na poli metodologie ústavního práva. In: KLOKOČKA, Vladimír – POSPÍŠIL, Ivo. *Vladimír Klokočka liber amicorum: in memoriam emeritního soudce ústavního soudu*. Praha: Linde, 2009.

z judikatury Ústavního soudu je ošemetné dovodit jednoznačný závěr. Jistou výjimku v tomto ohledu tvoří nález ke zneužití stavu legislativní nouze, kde Ústavní soud počítá s tím, že psaná ústava upravila legislativní proces v jistém smyslu úplně:

„Ústavní soud musel v této souvislosti přihlédnout i k tomu, že ústavní pořádek explicitně připouští možnost projednat vládní návrh zákona ve zkráceném jednání pouze na základě čl. 8 ústavního zákona č. 110/1998 Sb., o bezpečnosti České republiky, a to v době stavu ohrožení státu nebo válečného stavu. Stanoví-li tedy ústavní pořádek takovouto možnost pouze v jediném případě, je zřejmé, že za jiných situací to obecně možné není. Nejde přitom o mezeru v Ústavě České republiky, pokud ústavní pořádek možnost projednat návrh zákona ve zkráceném jednání zná.“¹⁶⁰

Na druhou stranu v tomto nálezu připustil sám Ústavní soud určitou možnost úpravy *praeter constitutionem* za podmínky široké politické shody,¹⁶¹ čímž, zdá se, navázal na již výše zmíněný nález o počítání času v ústavním právu:

„Dokument institucionalizující soustavu základních obecně akceptovaných hodnot a formující mechanismus a proces utváření legitimních mocenských rozhodnutí nemůže existovat mimo veřejností akceptovaného kontextu hodnot, spravedlnostních představ, jakož i představ o smyslu, účelu a způsobu fungování demokratických institucí. Jinými slovy nemůže fungovat mimo minimálního hodnotového a institucionálního konsenzu. Pro oblast práva z toho plyne závěr, že pramenem práva obecně, jakož i pramenem práva ústavního, a to i v systému psaného práva, jsou rovněž základní právní principy a zvyklosti.“¹⁶²

Snad tedy v Česku spíše směřujeme k chápání ústavy jako rámce.

Závěr

V tomto článku jsme nastínili, jak ústavní teorie ovlivňuje ústavní dogmatiku, a to na příkladu ústavněprávní relevance zvyklostních norem. Došli jsme k tomu, že otázka o jejich (ne)připuštění závisí zejména na příklonu ústavní komunity ke konkrétnímu vnímání ústavy. Za ty jsme označili 1) vnímání ústavy jako ztělesnění vůle ustavující moci či v jejím zastoupení versus vnímání ústavy jako souboru hodnot plynoucích buď z „objektivního“ charakteru národa, nebo ze samotného rozumu, 2) spor o tom, zda do pojmu ústavy náleží pouze text ústavních předpisů, nebo i prvky jiné, 3) chápání ústavy jako „pouhého“ rámce pro vládnutí ve státě, nebo jako celkového základu pro něj. U všech třech otázek jsme poukázali na důsledky, které zvolené pojetí či koncepce přináší pro (ne)uznání ústavních norem obyčejové povahy.

Závěrem jsme nastínili, co z letmého pohledu na naši ústavní doktrínu a judikaturu spíše plyne pro český ústavní řád. Zde jsme došli k předběžnému závěru, že český ústavní

¹⁶⁰ Nález Ústavního soudu ze dne 1. 3. 2011, sp. zn. Pl. ÚS 55/10 (bod 80).

¹⁶¹ Ostatně, jak poznamenal jeden z anonymních recenzentů, i sám Ústavní soud z tohoto chápání úplnosti úpravy legislativního procesu v navazující judikatuře spíše ustoupil. Nadto v citovaném nálezu tuto tezi neopřel o příliš mnoho (ústavněteoretických) argumentů.

¹⁶² Nález Ústavního soudu ze dne 17. 12. 1997, sp. zn. Pl. ÚS 33/97.

řád je ústavněteoreticky připraven pro působení obyčejového ústavního práva.¹⁶³ Svědčí pro to dovozené uznání slabších přístupů k ústavě jako volního aktu, relativní shoda na neuzavřenosti (ústavního) práva a odklonu od striktního textualismu, jakož i (slabá) tendence chápat ústavu jako rámec vládnutí. Nicméně učinění finálního závěru v této věci vyžaduje mnohem rozsáhlejší odborné snažení, než bylo možné (a zamýšlené) v tomto textu. Bylo by ale potřebné, a to nejen ve vztahu k obyčejovým ústavním normám. Ačkoliv se naše ústavní akademie angažuje v budování tuzemské ústavněprávní dogmatiky a přispívá i k rozvoji ústavní teorie v mezinárodním rozměru, chybí českému ústavnímu právu ta část odborných poznatků, kterou lze označit za národní ústavní teorii.

Pod národní ústavní teorií (či zvláštní státovědou) rozumíme ucelenou sumu odpovědí na otázky položené globální ústavní teorií (či všeobecnou státovědou) v kontextu příslušné ústavní komunity.¹⁶⁴ Je to právě tato obecná část ústavního práva, která má vytyčovat směr rozvoje ústavní dogmatiky a poskytnout pevnější půdu pod nohama ústavním badatelům i ústavním orgánům. To činí např. jednoznačným pojmoslovím; i proto je Antošův a Horákův článek významným vybidnutím k vybudování české ústavní teorie. Po třiceti letech české ústavnosti k tomu už nazrál čas.

¹⁶³ Jinou otázkou je, zda ústavní obyčej je aktuálně v českém právu normativně existující. Ambici řešit i tento problém jsme si nicméně zde nekladli.

¹⁶⁴ Viz THIELE, Alexander (ed.). *Allgemeine Staatslehre: Begriff, Möglichkeit, Fragen im 21. Jahrhundert*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2022, s. 11.

Permissibility of Customary Constitutional Norms from the Point of View of Constitutional Theory

Jakub Dienstbier (<https://orcid.org/0000-0002-4284-3159>)

Abstract: This article responds to the current Czech discourse on constitutional norms of customary character, emphasizing that the constitutional-dogmatic conclusion regarding the permissibility or non-permissibility of customary constitutional norms within the relevant constitutional community depends on the chosen constitutional-theoretical premises or assumptions. By framing three dilemmas in the form of questions from constitutional theory, the article suggests that, under certain configurations of answers to these questions, one can arrive at both a general conclusion regarding the inadmissibility of constitutional customs and their admissibility within the jurisdiction of the relevant constitutional order. Specifically, these dilemmas involve 1) a dispute over the origin of the constitution's claim to special validity and binding force (the constitution as a voluntary expression of constituent power vs. as the embodiment of objective values), 2) a dispute over the significance of sources of constitutional norms of textual and non-textual nature, and 3) a dispute over the conception of the constitution as primarily a framework or an overall foundation for governance. In conclusion, the article broadly outlines which constitutional-theoretical concepts tend to prevail in the Czech constitutional discourse, with a preliminary conclusion that constitutional customs are not a priori excluded even in the Czech Republic.

Keywords: constitutional custom, constitutional convention, constitutional theory, constitution, constituent power