

33  
prof.  
TOVKY  
**VYŘAZENO**



Koupil od	
Darem od	mi. Jar. Lovboni
v	_____ za Kčs
Inv. čís.:	36 635
Sign.	33-FL 309

## PRÁVNÍ KONSTRUKCE VZNIKU SLUŽEBNÍHO POMĚRU STÁTNÍCH ZAMĚSTNANCŮ VE VEŘEJNOPRÁVNÍM POMĚRU.

*Jiří Havelka.*

I. Tato studie zabývá se jediné konstrukcí vzniku služebního poměru státních zaměstnanců, pokud je tento poměr upraven předpisy veřejného práva. Vychází ze zásadního rozdílu mezi státním zaměstnancem ve veřejnoprávním poměru a státním zaměstnancem v poměru soukromoprávním. Při tom není nijak přehlíženo, že vývoj právního řádu, zejména v době poválečné, přiblížil obsahově služební poměry státně zaměstnanecké veřejnoprávní a soukromoprávní navzájem tak, že leckdy rozdílu obsahového nelze téměř ani postihnouti. Zůstává však stále mezi služebními poměry obou právních sfér pozitivního práva hluboký rozdíl významu formálně právního, který nutí k úplně odlišným právním konstrukcím.<sup>1</sup>

Sledujeme-li ovšem právní úpravu služebního poměru veřejnoprávního a soukromoprávního u státních zaměstnanců a snažíme-li se poznati, jaká je jejich konečná právní základna, dospíváme k úsudku, že vedle obsahové totožnosti, již lze v obou služebních poměrech stopovati, nastává znenáhla i ve formálně právní konstrukci značné setření hlavních rozdílů. Příčina tohoto vývojového zjevu nespočívá snad, jak lze bez obtíží prokázati, v tom, že by vznikal nový institut služebního poměru státně zaměstnaneckého, společný oběma sférám pozitivního práva, totiž právu veřejnému a soukromému, takže by metodicky slušelo jej zařadovati do všeobecného oddílu práva vůbec, nýbrž v tom, že soukromoprávní služební poměr státně zaměstnanecký ztrácí stále více právním vývojem charakteristické známky sféry soukromého práva a je odíván stále důsledněji do forem, jež jsou typickými pro právo veřejné. Jde tu tedy o jeden z příkladu publicisačního procesu, který byl v svém jádru dobře rozpoznán již v době předvá-

<sup>1</sup>) Rozdíly formálně právní, avšak také obsahové mezi zaměstnanci veřejnoprávními a soukromoprávními při téměř subjektu zaměstnavatelském snažil se objasnit pro pruské právo předpřevratové Weisbart, Beamtenanstellung oder Dienstvertrag des bürgerlichen Rechtes in Preußen, Verwaltungsarchiv, 1918, str. 387 násl.

**KNIHOVNA PRÁVNICKÉ FAKULTY**

C-380

**ÚSTŘEDNÍ KNIHOVNA  
PRÁVNICKÉ FAKULTY UJEP  
STARÝ FOND**

Č. inv.:

025231

**VYŘAZENO**

lečné<sup>1</sup> a který postoupil kupředu mílovými kroky v době války i po jejím skončení v právních rádech všech kulturních států. I když tedy právní úprava služebního poměru státně zaměstnaneckého v určitém odvětví státní správy je kvalifikována pozitivním předpisem a spíše z tradice nežli z přesvědčení též praxí i naukou za soukromoprávní, není možné zapomenouti, že celá řada elementů této úpravy je leckdy převzata zcela zřetelně z práva veřejného. Tím vznikají ovšem pro aplikaci této právní úpravy nemalé potíže, jež vystupují často přímo nápadně v judikatuře civilních soudů. Avšak tato skutečnost, totiž neustálé přibližování právní úpravy soukromoprávního poměru státně zaměstnaneckého formám a pravidlům veřejného práva, nesmí nikdy sváděti k argumentaci, jež z úpravy, dosud kvalifikované jako soukromoprávní, vyvozuje důvody proti správnosti konstrukcí zbudovaných pro poměry práva veřejného. Tak na př. není na místě z okolností, že i při služebním poměru, kvalifikovaném dosud jako soukromoprávní, zná právní úprava jmenovací dekrety, ač při tomto služebním poměru je hlavní základnou nepochybně dvoustranná smlouva, dokazovati, že vznik služebního poměru veřejnoprávního není dán jednostranným správním aktem, nýbrž rovněž jen smlouvou (veřejného práva). Tato argumentace se mně zdá proto nepřiléhavá, ježto naopak právní vývoj ukazuje, že služební poměr, původně ryze soukromoprávní, je prostupován stále více elementy veřejného práva, mezi něž náleží i způsob, jakým služební poměr vzniká. Proto, zavádí-li právní úprava do soukromoprávního služebního poměru jako formu vzniku jeho jmenovací dekret, musíme spíše usuzovati na to, že tímto elementem, převzatým nepochybně z veřejného práva, je ohrožována hlavní základna tohoto poměru, totiž dvoustranná smlouva, což ovšem pak nutí k úvaze, zda — přes to, že pozitivní právní úprava žádá, aby na služební poměr bylo nahlíženo i nadále jako na soukromoprávní — nauka nemá zkoumati, lze-li v takovém případě o soukromoprávním služebním poměru vůbec ještě mluvit.<sup>2</sup> Tato otázka, jakkoli je nejvýš zajímavá, nebude na tomto místě rozvíjena, ježto by vyžadovala vlastní studie.

Právní konstrukce vzniku služebního poměru státního úředníka (veřejnoprávního) byla již v literatuře i v judikatuře častěji podávána. Lze při tom sledovati, že řešení konstruktivní prodělalo velmi složitý vývoj, který ovšem

<sup>1</sup>) Fleiner, Über die Umbildung zivilrechtlicher Institute durch das öffentliche Recht.

<sup>2</sup>) S tímto názorem nelze ovšem dosud počítati jako s obecně platným. Tak na př. Chmelař, pojednává v své Soustavě služebního práva zaměstnanců čl. státních drah, vyd. II., o právních poměrech zaměstnanců, které v důsledku zákonné úpravy posledních let vykazují typické znaky přechodu do sféry práva veřejného, soudí, že nelze mluvit přes to o postupném zveřejňování služebního poměru, „zejména když normy, o které jde, zdůrazňují další trvání soukromoprávního charakteru“ (str. 6, pozn. 1a). Jsem ovšem toho názoru, že kvalifikace, kterou služebnímu poměru (a ovšem i jinému) dává výslovný předpis právní, není tu směrodatná. Viz o tom dále v textu.

sotva je možné pokládati za ukončený.<sup>1</sup> Nezaújatý pozorovatel toho, jak se vyvíjely pokusy podati uspokojivé vylíčení právní konstrukce vzniku služebního poměru státního úředníka, nemůže však říci, že by vývoj bral se čestou přímou, na které by bylo možné zjišťovati jednotlivé etapy jako nutné předpoklady pro další formulace. Žádná konstrukce dosavadní nemůže býti pokládána za přesvědčivou do té míry, že by ve všech svých důsledcích mohla počítati se souhlasem převážné části nauky i praxe. Na druhé straně je právě studium této otázky klasickým příkladem správného vzájemného poměru nauky a praxe, neboť praxe vždy brzy osvojovala si nové řešení naukou nově konstruované a její praktické uplatnění umožňovalo opět nauce podrobiti teoretický výsledek svých úvah revisi a na něm buď dále budovati nebo jeho základy popravit.

Tato studie nemá za účel podávati přehled dosavadního vývoje věci, nýbrž pokouší se jedině na dosavadních výsledcích nauky právní konstrukci vzniku služebního poměru státního úředníka domyslíti a v některých směrech ji pak poněkud postaviti do jiného světla.

Může tu ovšem vzniknouti pochybnost, zda vůbec je přípustné používati v naší otázce pracovních výsledků nauky, jež vychází z jiného právního řádu, nežli je československý, zejména tedy nauky německé. Domnívám se, že tato pochybnost není nijak na místě, uváží-li se, že právní předpisy, jež upravují služební poměry státních úředníků, vznikaly v bývalém Rakousku i v Německu za stejných celkem kulturních předpokladů, že se také obsahově, pokud jde o základní ustanovení, valně neliší, takže různé pozitivně právní zvláštnosti, jakkoli snad při dogmatickém výkladu právních předpisů mohou vésti k nemalým různostem, nemají pro právní konstrukci, u níž jde o vystihnutí základní právní myšlenky, rozhodujícího významu.

II. Především je třeba zjistiti, že pozitivní právní řád nedává odpovědi na otázku, do jakého právního institutu mělo by býti založení služebního poměru státního úředníka zařadeno. Zejména neobsahuje právní řád ustanovení, že formou vzniku služebního poměru jest smlouva. Nezbyvá proto nežli pouze nepřímou usuzovati z jednotlivých právních předpisů, která právní konstrukce by jim nejlépe vyhovovala. Při tom ovšem nutno míti na mysli celý právní problém služebního poměru, aby zdánlivě vhodné řešení otázky, jak má býti pojímána právní forma vzniku služebního poměru, neocítalo se zejména v nepřeklenutelném rozporu s právní povahou tohoto poměru vůbec.<sup>2</sup>

<sup>1</sup>) Přehled podává nově Seidler, Die rechtliche Natur der Anstellung im öffentlichen Dienst, Zeitschrift für öffentliches Recht, 1932, str. 298 násl.

<sup>2</sup>) Méně významná jest zajisté mravní stránka služebního poměru státně zaměstnaneckého, z níž vyvozuována bývá zvláště kvalifikovaná povinnost k věrnosti. Proto by principiálně nemohlo mluvit o teorii o jednostranném aktu při vzniku služebního poměru,

Ježto se zabýváme pouze služebním poměrem veřejnoprávním, je jisté, že právní formou vzniku služebního poměru nemůže být soukromoprávní smlouva pracovní, jak ji právní řády znají ve všeobecných normách občanskoprávních a ve zvláštních právních předpisech, jež upravují speciálně poměry pracovní.<sup>1</sup> Různost názorovou lze však redukovat na základní alternativu: veřejnoprávní smlouva a jednostranný akt,<sup>2</sup> při čemž při přijetí stanoviska, jež vidí vznik služebního poměru ve formě jednostranného aktu, je nutně pak vzít zřetel na určité další odstíny.<sup>3</sup>

1. Pro to, aby vznik služebního poměru byl konstruován jako veřejnoprávní smlouva, mluví řada závažných argumentů, mezi nimiž nejpodstatnější je zajisté ten, že bez souhlasu osoby, jež se úředníkem státu má, nemůže k vzniku poměru vůbec dojít. Tato skutečnost nutí, jak bude ještě uvedeno, i stoupence opačného názoru k formulacím do jisté míry neobvyklým, které se jeví pak jako ústupky teorii smluvní, aniž mohou podstatně k proniknutí problému přispět. Zásadních překážek proti teorii smluvní není možné také nalézt v tom, že smluvními stranami jsou subjekty, jejichž právní postavení je velmi různé: na jedné straně stát, jehož právní převaha je důsledkem řady právních prostředků, které mu právní řád poskytuje, a na druhé straně jednotlivec, jehož právní postavení plyne jediné z právních předpisů platných všeobecně a nedávajících mu tedy právního postavení kvalifikovanějšího.<sup>4</sup> Nutno totiž pokládati za obecně přijaté mínění, které připouští veřejné smlouvy i mezi subjekty právně nerovnocennými,<sup>5</sup> za

že by snad bylo snažší srovnati s ní málo právnícky ujasněnou povinnost k věrnosti. O té na př. Radnitzky, Zur Lehre von der Treupflicht im Dienstverhältnisse, Archiv für öffentliches Recht, 1906, str. 120 násl.

<sup>1)</sup> To má patrně na mysli i Matějka, O úřednické stávce, Sborník věd právních a státních, 1923, str. 350, jestliže ponechává sice otevřenou otázku, zda se konstruuje založení poměru úřednického veřejnoprávní smlouvou nebo jednostranným aktem, avšak při tom zastává mínění, že plnění služebních povinností není analogií plnění smluvních závazků.

<sup>2)</sup> Teorie smluvní byla vybudována především Labandem, Staatsrecht des Deutschen Reiches, vyd. I., díl I., str. 449, u nás zastávána byla Hoetzlem, Nauka o správních aktech, str. 75. Naproti tomu teorie o vzniku služebního poměru jednostranným aktem opírá se v zásadě o O. Mayera, Deutsches Verwaltungsrecht, vyd. 3., díl II., str. 148.

<sup>3)</sup> Soubor literatury o stanoviscích pro teorii smluvní nebo pro teorii jednostranného aktu je obsažen v článku Baechiho, Verwaltungsakt auf Unterwerfung, zweiseitiger Verwaltungsakt oder Vertrag?, Zeitschrift für öffentliches Recht, 1934, str. 62 násl. Tato práce neomezuje se ovšem na zkoumání konstrukce vzniku služebního poměru úřednického, neboť je věnována celé kategorii aktů příbuzných, avšak je z ní zároveň patrné, že služební poměr úřednický byl nejvíce s tohoto vyššího hlediska studován, k čemuž zajisté teorii vedla především potřeba praxe.

<sup>4)</sup> To se zdá být nejzávažnějším argumentem proti teorii smluvní Köttgenovi, Beamtenrecht, str. 45.

<sup>5)</sup> Výstižně kvalifikuje nerovnost mezi státem a občanem jako nerovnost *právní* a nikoli faktickou Hoetzel v článku Akt správní, Slovník čsl. práva veřejného, díl I., str. 35.

předpokladu ovšem, že jde skutečně o smluvní úpravu poměru, který náleží svou povahou do sféry veřejného práva, a že právní předpisy takovouto smluvní úpravu samy nevylučují.<sup>1</sup> Oba tyto předpoklady jsou v našem případě splněny, neboť služební poměr, který má být mezi státem a jeho budoucím zaměstnancem založen, je nepochybně poměrem veřejného práva, a z právních předpisů nejenže nelze vyvodit, že by smluvní úpravu vylučovaly, nýbrž naopak lze soudit, že ji předvídají; tento důsledek je nutný, uváží-li se, že vznik poměru je dán zřejmě do volné dispozice subjektu, který se úředníkem má stát.

Musí být tudíž zkoumáno, zda konstrukce smlouvy při vzniku poměru státního úředníka je také ve shodě se základními elementy institutu smlouvy, které jsou nepochybně společné smlouvám veřejného i soukromého práva. Základem je tudíž shoda vůle. Tu však vynořují se první pochybnosti proti teorii smluvní. Na straně státu i na straně subjektu, který se má úředníkem stát, dochází ovšem při vzniku služebního poměru k volným projevům. Avšak tyto projevy vůle týkají se pouze otázky, zda k vzniku služebního poměru má vůbec dojít. Shoda vůle obou subjektů vztahuje se tudíž jediné k skutečnosti, že smlouva (s hlediska smluvní teorie) má být uskutečněna.<sup>2</sup> Takovouto shodu vůle obou subjektů požaduje ovšem také ona část teorie, která v založení služebního poměru spatřuje jednostranný akt, ač přirozeně v projevech volních nevidí projevy smluvní, nýbrž na jedné straně právní jednání orgánu státu ve formě správního aktu, na druhé straně pak projev vůle, že subjekt druhý s aktem souhlasí. Avšak těmito shodnými projevy vůle obou subjektů nepraví se nic o obsahu služebního poměru. Ten je úplně mimo vliv obou kontrahentů (ve smyslu teorie smluvní). Vždyť obsah služebního poměru je dán všeobecnými právními předpisy, které jej upravují, a strany na vzniku služebního poměru zúčastněné nemají možnosti svými projevy vůle shodnouti se na úpravě takové, jež by jim snad lépe vyhovovala.<sup>3</sup> Pak se pojmání vzniku služebního poměru jako smlouvy jeví nikoli smlouvou o služebním poměru, nýbrž smlouvou o tom, že k vzniku služebního poměru dojde. Rozděluje se pak tedy ve skutečnosti právní jed-

<sup>1)</sup> Vycházejí s opačného hlediska má ovšem usnadněnou svou argumentaci proti smluvní teorii Klüber, Die Grundsätze des Beamtenrechts in der Rechtsprechung des Oberverwaltungsgerichts, Verwaltungsarchiv 1926, str. 169.

<sup>2)</sup> Tato okolnost je zcela postačitelá na př. Vogelsovi, Willensmängel bei der Beamtenanstellung, Verwaltungsarchiv, 1919, str. 249, aby otázku v textu spornou vyřešil přímočaře ve prospěch teorie smluvní.

<sup>3)</sup> Výjimky mimořádných případů, jako je na př. sjednávání výše požitků před jmenováním universitních profesorů, nepadají tu vůbec na váhu svým malým významem praktickým a neurčitým vlivem na právní poměr příslušného úředníka vůbec. Lze je proto ponechat při řešení zásadním stranou. Tak činí i jiní, na př. Brand, Das Beamtenrecht, vyd. 3. str. 64.

nání, jimž vzniká služební poměr určitého obsahu, jak je vymezen stanovenými právními předpisy, na dvě právní jednání: v prvním dosahuje se shoda vůlí obou subjektů v tom, že k vzniku služebního poměru dojde, v druhém, který se týká obsahu služebního poměru, jsou volní projevy zúčastněných subjektů bezvýznamné, ježto nemůže jimi býti na obsahu služebního poměru předem daného nic změněno. Toto druhé právní jednání lze pak ještě jen stěží nazvat smlouvou, když přece k projevu smlouvy musí nutně náležeti, aby smluvní strany mohly obsah poměru, který má býti smlouvou sjednán, vytvářeti. Právní řády znají ovšem zejména v moderní době řadu zákonných předpisů, jež obsah smluvního jednání do jisté míry kogentně upravují. Avšak vždy ponechána je smluvním stranám možnost na obsah poměru sjednávaného vykonávat vliv svými volními projevy, ježto kogentní ustanovení právních předpisů může se týkati pouze některého kusu obsahu příslušného právního jednání. Kdyby totiž celý obsah smlouvy měl býti předem právním předpisem určen, pak nebylo by lze mluvit vůbec o smlouvě, neboť jeden z jejích základních znaků by odpadl. Vždyť účelem smlouvy je nejenom určití souhlasnými projevy vůle, aby určitý poměr mezi smluvními stranami byl upraven, nýbrž také to, jak má býti upraven.

Bylo by ovšem možné konstruovati věc tak, že subjektu, který hodlá vstoupiti v služební poměr státního úředníka, je činěna se strany státu oferta, od jejíhož obsahu nemůže stát ustoupiti, neboť je dán právě právními předpisy, jež měniti nebo přizpůsobovati není v kompetenci oněch orgánů státu, kteří ofertu podávají a odpověď na ni přijímají. Takové zjevy zná i praktický život, ve styku mezi dvěma soukromými subjekty. Představme si na př. průmyslový závod velkého rozsahu, který by pro své úředníky sestavil si kodex práv a povinností, jakožto součást služební smlouvy. Při přijímání nových zaměstnanců nabízel by pak tento soukromý závod místa v svých službách jen za podmínky, že uchazeč přijme ofertu in toto, bez jakékoli změny. Avšak v obou případech, jež právě srovnáváme, je přece jenom základní rozdíl. Změna obsahu služebního poměru státního úředníka je možná jediné cestou, kterou dochází vůbec k změně právního řádu. Orgány státní, které reprezentují stranu, jež jinak v soukromoprávním poměru služebním je zaměstnavatelem, jsou při vlastním procesu změny obsahu služebního poměru zcela stranou, nemohou na provedení změny přímo žádný vliv vykonávat. Naproti tomu u soukromého závodu, o němž jsme mluvili, je změna obsahu služební smlouvy vždy možná rozhodnutím příslušných orgánů závodu. V této potenciální přípustné možnosti změny obsahu služebního poměru spočívá právě podstatný rozdíl mezi

oběma služebními poměry. Proti názoru, že služební poměr státního úředníka vzniká veřejnoprávní smlouvou, je tudíž hlavní námitkou, že obě strany na služebním poměru zúčastněné nemají žádný vliv na obsah tohoto služebního poměru dříve, nežli k jeho vzniku dojde.

Závažná námitka, jež je důsledkem toho, co bylo právě řečeno, podává se i z toho, že změna obsahu služebního poměru je rovněž — alespoň přímo — z vlivu obou stran naprosto vyňata. Ježto obsah poměru je dán právními předpisy obecné povahy, nastává i změna obsahu jen tenkrát, změni-li se tyto právní předpisy. Nejsme daleko tímto obratem od francouzské nauky, která mluví v těchto případech o situation juridique objective na rozdíl od smlouvy, již je tvořena situation individuelle. Na tomto rozlišování je jistě mnoho správného. Není jasné, co zbývá z pojmu smlouvy, jestliže na obsah poměru, který by byl smlouvou zakládán, neměly by strany vůbec žádného vlivu, ale i kdyby se obsah poměru toho měnil bez jakéhokoliv přičinění či souhlasu smluvních stran, jež naopak se po případě shodují v tom, že nehodlají k změně přikročiti, a přece změna nastává.

Přivrženci teorie smluvní snaží se ovšem tento významný argument proti správnosti jejich konstrukce oslabiti pravidelně tím, že poukazují se zvláštním důrazem na to, že stát má i zaměstnance, jejichž služební poměr je nepochybně soukromoprávní, že tento poměr vzniká služební smlouvou, jak bývá dokonce v právních předpisech výslovně stanoveno, a že přece je situace u těchto služebních poměrů zcela táž jako u služebního poměru veřejnoprávního. Služební smlouva je tu státem předem jednostranně určena, bývá v ní stanoveno, že změny její jsou vyhrazeny státu a že druhá strana (zaměstnanec) nemá na obsah služební smlouvy vůbec žádného vlivu. Nezdá se mně, že by toto stanovisko bylo správné. Domnívám se, že je tu třeba rozlišovati mezi dvěma případy. V prvním mají ony státní orgány, jimž je svěřeno služební poměr soukromoprávní povahy sjednati, alespoň potenciálně obsah tohoto služebního poměru v jednotlivých případech na základě dohody s budoucím zaměstnancem upravovati odchýlně od generálního služebního řádu, předem sestaveného. Pak je tu skutečně služební poměr, vznikající sjednáním soukromoprávní smlouvy. Není-li tomu tak, a nemají-li tedy ony státní orgány, které vystupují jménem státu jako zaměstnavatelé v příslušném služebním poměru, vůbec možnosti vykonávati nějaký vliv na obsah tohoto poměru, jsouce vázány stanoveným generálním předpisem, pak není již možné mluvit o tom, že služební poměr vzniká soukromoprávní smlouvou. Spíše je nutné odhodlati se k poznání, že publicisační tendence dostoupila v příslušném právním poměru takového stupně, že přestal býti ryším poměrem soukromého práva. Platí tedy to, co v úvodu této studie bylo všeobecně již řečeno. Je přirozené, že pak nerozhoduje, zdali příslušný právní předpis snad sám kvalifikuje služební poměr

<sup>1)</sup> To přehlíží poněkud příliš lehko Baechi na místě cit. v pozn. 3 na str. 120, str. 82.

výslovně jako soukromoprávní nebo že při jeho založení mluví o smlouvě. Z toho plyne jediné tolik, že právní řád žádá, aby na tento služební poměr byla aplikována pravidla a zásady práva soukromého, po případě pravidla a zásady práva obligačního. Na úvahu o právní povaze vzniku služebního poměru nemá však podobný právní předpis žádného vlivu, neboť to náleží do domény teorie. Jevila by se tedy po případě věc tak, že teorie by kvalifikovala určitý služební poměr za poměr práva veřejného a formu jeho vzniku jako jednostranný akt správní, avšak vzhledem k výslovnému právnímu předpisu bylo by přes to nutné řídit se při výkladu práv a povinností ze služebního poměru plynoucích předpisy práva soukromého, při čemž pro otázky, jež souvisí se vznikem služebního poměru, bylo by nutné rekurovati k právu obligačnímu. Tento stav by byl zajisté nejvyš neuspokojivý a nutno se mu proto pokud možná vyhnouti. Může k němu dojíti ostatně jediné tehdy, překročí-li tvůrce právního řádu (v nejširším slova smyslu, tedy i na nižším stupni normotvorby) hranice, které jsou mu pojmově dány. Avšak pro stanovisko poznání práva a právních konstrukcí, jakožto pomocných prostředků pro poznání, mohou podobné zjevy býti pouze snad zajímavým materiálem rázu patologického, nikoliv však směrodatným vodítkem.

2. Další významná pochybnost o smlouvě, jakožto důvodu vzniku služebního poměru státního úředníka, vynořuje se tenkrát, uváží-li se, jaký nepoměr je mezi oběma tak zv. služebními stranami. Nemám tu na mysli to, co nauka traduje o státu jakožto persona potentior v poměru k podanému, nýbrž pouze právní hledisko, jež se podává z právních předpisů, jimiž je služební poměr upraven. Zdá se mně býti nepopíratelné, že právní předpisy zakládají v služebním poměru značnou převahu pro stát po stránce právní, dávající do rukou státu celou řadu právních prostředků k tomu, aby mohl svou převahu vůči úředníku uplatňovati, ale neposkytující úředníku navzájem ani zdaleka rovnocennou právní výzbroj.

Stačí snad pouhý pohled do služební pragmatiky nebo do platového zákona, takže není třeba snad o tomto faktu vésti důkaz citací jednotlivých ustanovení. Nejznatelněji se tato právní převaha státu jeví v tom, že konkrétní určování obsahu služebního poměru, který je stanoven generálními právními předpisy, je výlučně v rukou státu, takže úředník může sice činiti návrhy, podněty, může se i v jednotlivostech brániti, nemá však možnosti sám přímo rovnocenně se státem svůj vliv uplatňovati. Zdá se mně, že při takovéto úpravě skutečně není možné mluvíti o smlouvě, když shodná vůle stran nepřichází při plnění služebního poměru vůbec v úvahu.

Proti tomu lze ovšem postavit opěť fakt, že i u služebních poměrů mezi dvěma soukromými subjekty dochází leckdy k podobným situacím, když jedna smluvní strana už při sjednávání smlouvy vzdává se veškerého vlivu na provádění smlouvy, ponechávajíc v tomto směru rozhodovati jediné

vůli druhé smluvní strany. Tu by však bylo lze stěžii říci, že jde o smlouvu platnou; takováto smlouva by sotva obstála s hlediská zásady dobrých mravů. Pak není zajisté argument, čerpaný ze smlouvy mezi soukromými subjekty, v této věci na místě.

3. To, co bylo uvedeno, svědčí pro to, že vznik služebního poměru státního úředníka nemůžeme spatřovati v smlouvě veřejného práva. Nezbyvá proto, nežli přikloniti se k mínění, které je zastáváno valnou většinou nauky a téměř naveskrze praví, že služební poměr zakládá se jednostranným správním aktem.

Tu pak naskytá se otázka nemalého významu praktického, jaký vliv na platnost či neplatnost správního aktu, jímž se služební poměr zakládá, připadá souhlasu či nesouhlasu toho subjektu, který se úředníkem má státi.

Vyloučiti můžeme na prvním místě onu koncepci, jež v založení služebního poměru spatřuje ryzí konstitutivní akt správní a jež pak důsledně aplikuje i na tento akt veškeré zásady, jež mají platnost pro konstitutivní akty vůbec. Kdybychom totiž toto mínění akceptovali, odstraňovali bychom jakýkoli právní rozdíl mezi vznikem služebního poměru státního úředníka a vznikem povinností k osobním službám pro stát, lépe řečeno, kvalifikovali bychom služební poměr úřednický pouze jako jednu z možností takovéto obecné povinnosti k službám pro stát, kterou je na prvním místě služba vojenská při systému všeobecné branné povinnosti. Přijetí tohoto stanoviska by znamenalo, že zásadně jsou podle právního řádu povinni všichni občané konati službu v poměru státních úředníků, a že tedy je jen blahovůlí státu, jestliže prakticky dává dojítí k uplatnění této povinnosti jen u těch, kdož s tím sami také souhlasí. Tomu tak jistě není. Povinnost vstoupiti k státu do služebního poměru státního úředníka není právním řádem všeobecně každému občanu uložena. Předpokladem toho, aby ke služebnímu poměru došlo, je nutně souhlas toho, kdo do služebního poměru má vstoupiti. Povinnost konati služby pro stát může každého občana postihovati pouze po určitou, poměrně krátkou dobu. Není si možné v moderním právním státě představití, že by stát zmocňoval se občana pro celý jeho život a vnucoval mu takto trvalé povolání proti jeho vůli.<sup>1</sup> Ostatně i pozitivní ustanovení platných právních předpisů ukazují zřetelně, zejména v úpravě dobrovolného vystoupení ze státní služby, že právní řád nestanoví obecné povinnosti pro každého vstoupiti vůči státu do služebního poměru.

Při tomto stanovisku nezbyvá, nežli odmítnouti i názor, že by státní úředník, omylem jmenovaný bez svého souhlasu, musel se proti jmenování

<sup>1</sup>) Potřebu zásadního rozlišování mezi služebním poměrem, do kterého budoucí úředník vstupuje dobrovolně, a služebním poměrem, který vzniká i proti vůli jeho (tu je ovšem lépe mluvíti o obecné služební povinnosti), zdůrazňuje na př. Goßmann, Der Rechtsschutz der nichtvermögensrechtlichen Beamtenrechte, 1932, str. 6.

brániti, neboť jinak by ho povinnosti ze služebního poměru plynoucí postihovaly.<sup>1</sup> Toto mínění je možné jen tehdy, přistoupí-li se na koncepci o obecné povinnosti vstoupiti do služebního poměru. Jinak jeví se jako nedůslednost, neboť — uzná-li se za správné, že k vzniku služebního poměru je třeba souhlasu toho, kdo se úředníkem má státi — nemůže správní akt bez souhlasu osoby dotčené vůbec býti účinným. Bylo by tedy nutné nejvýš předpokládati, že se souhlas dotčeného subjektu v takovém případě supponuje za určitých okolností, čili dospělo by se k souhlasu tacite udělenému či k souhlasu konkludentním činem; pak ovšem mění se problém na otázku, zda stačí k účinnosti správního aktu i souhlas subjektu vyvozovaný z jeho mlčení či konkludentního jednání, při čemž přistupuje se již zásadně na stanovisko, že v každém případě souhlas je nezbytným, a řešiti zbývá jen to, zda souhlas musí býti výslovný či ne.

Není-li však v právním řádě založena povinnost k tomu vstoupiti do služebního poměru státního úředníka, pak ovšem není jiného východiska, nežli přiznati vůli subjektu, který se úředníkem má státi, rozhodující význam na platnost aktu, jímž k vzniku služebního poměru dochází. K právní platnosti aktu vůči příslušnému subjektu je tudíž nutně třeba projevu jeho vůle. Chybí-li tento projev vůle, nejsou u aktu splněny všechny podmínky jeho platnosti, takže akt je vadný. Vada však, kterou je akt stížen, nemůže býti sanována tím, že se subjekt, jehož se akt týká, nebrání proti situaci právní, jež je aktem stvořena, neboť projev vůle tohoto subjektu je podmínkou platnosti aktu. Nemá tu tedy místo zásada jinak v správním právu uznávaná, že nezákonnost aktu správního je sanována, nabyli-li akt právní moci. To je dobře pochopitelné, uvědomíme-li si, že při založení služebního poměru aktem správním je souhlasný projev vůle příslušného subjektu podmínkou platnosti jeho vzniku, takže při nedostatku tohoto souhlasu akt vůbec nevznikne. Nedostatek souhlasu příslušného subjektu působí tudíž, že nelze vůbec mluvit o aktu, třeba vadném, nýbrž nutno dospěti k názoru, že v takovém případě máme před sebou akt zmatečný — paakt.

Fakt, že souhlas subjektu, který se má státi státním úředníkem, je podmínkou platnosti aktu, jímž se služební poměr zakládá, vedl v nauce k snaze tuto podmínku platnosti aktu zhodnotiti v systematické správních aktů. Sem náleží zejména teorie o dvoustranném správním aktu,<sup>2</sup> jejímž základním hlediskem je právě úvaha, že je nutné lišiti mezi akty, u nichž nedostatek

<sup>1</sup>) Tak to hájí O. Mayer, na místě citovaném v poznámce 2 na str. 120. Základem je tu ovšem zvláštní kategorie správního aktu auf Unterwerfung.

<sup>2</sup>) Tuto konstrukci přinesl po prvé Walter Jellinek, *Zweiseitiger Verwaltungsakt und Verwaltungsakt auf Unterwerfung, Festgabe für das preußische Oberverwaltungsgericht*, str. 101 násl. Později tuto teorii prohloubil ve *Verwaltungsrecht*, vyd. 2., str. 243 násl.

souhlasu subjektu, vůči kterému akt směřuje, působí pouhou nezákonností, jež však může býti sanována tím, že akt nabude právní moci, a mezi akty, u nichž tento nedostatek brání vůbec platnému vzniku aktu, takže nastává v případě vydání aktu bez souhlasu dotčeného subjektu zmatečnost, jež vylučuje za všech okolností právní účinky domnělého aktu. V systematické správních aktů je zajisté velmi důležité lišiti mezi akty obou skupin, avšak je třeba především míti na mysli, že akt, jímž se zakládá služební poměr, nemá tu nijak zvláštní postavení, neboť podobných aktů, u nichž je podmínkou platnosti projev vůle subjektu, jehož se akt týká, zná správní právo celou řadu.<sup>1</sup> Náležejí sem na př. veškeré akty, jimiž se zakládá určitá způsobilost jednotlivých subjektů, dále veškeré akty, jimiž dostává se jednotlivcům zvláštního oprávnění, ať již mají na toto oprávnění právní nárok, či je-li poskytnutí oprávnění ve volné úvaze úřadu (podle určité terminologie konsensy a koncese). Prakticky se u těchto velmi četných aktů pravidelně otázka, jak se to má, jsou-li vydány bez projevu vůle příslušného subjektu, neobjevuje, ježto jednak je málo pravděpodobné, že by úřad k vydání podobného aktu přikročil, nemaje k tomu podnětu příslušného subjektu, v kterémžto podnětu je obsažen i právním řádem předepsaný projev vůle, jednak nemůže dojít k sporu, je-li takový akt bez projevu vůle vydán, neboť příslušný subjekt prostě výhod, jež mu akt poskytuje, nepoužije, aniž má zevní důvod domáhati se procesem správním toho, aby akt byl jako zmatečný zrušen.

Vážnější je však proti konstrukci dvoustranného správního aktu námitka, jež pramení z toho, že název dvoustranného aktu přibližuje tento druh správních aktů přílišně k smlouvám veřejným, a svádí tak praxi mimoděk k tomu, aby pravidel, jež mají platnost pro smlouvy, používala i na tyto akty, jakožto zjevily jim svou povahou příbuzné. Není pak ani překvapující, vyskytne-li se mínění, že ve skutečnosti je dvoustranný správní akt jen jiným názvem pro veřejnou smlouvu, s níž se po stránce svých předpokladů i důsledků více méně kryje. Tento názor však dovozuje své stanovisko jedině z té okolnosti, že ani u dvoustranného správního aktu ani u veřejné smlouvy není možný platný vznik bez souhlasu obou stran (úřadu a subjektu, jehož se akt týká). Přehlíží se však při tom, že již při vzniku obou právních jednání jsou mezi nimi základní rozdíly právní. Kdežto u smlouvy jsou obě zúčastněné strany na vzniku smlouvy právně rovným dílem zúčastněny, je u dvou-

<sup>1</sup>) Tuto námitku měl na mysli již proti teorii smluvní Klüber na místě citovaném v pozn. 1 na str. 121. Ku podivu nebyla dosud proti konstrukci W. Jellinka v plné své váze vznesena, ač leží dosti nasnadě. — Drágffyho (*A közalkalmazottak jogállása*, 1932, str. 41) námitka, že o dvoustranném správním aktu nelze mluvit, když se na straně úředníka (resp. toho, kdo se má úředníkem státi) jde o soukromoprávní jednání, nejde na podstatu věci, nýbrž ma stránku formální, jež je na konec nerozhodná.

stranného aktu vznik jeho zcela v rukou úřadu.<sup>1</sup> Prakticky ovšem může se podmínka platného vzniku aktů rovnat potřebě vzájemného souhlasu při smlouvě, avšak v případech, jež se odchyľují od normálních průběhů, nastávají závažné rozdíly, zejména v tom, k čemu je projev vůle obrácen, jaký má obsahový dosah a pod. Zcela se však rozchází veřejná smlouva s dvoustranným aktem v svých důsledcích tehdy, dojde-li k sporu z toho či z onoho právního jednání.

Vzhledem k tomu, co bylo uvedeno, nezdá se býti prospěšné zaváděti zvláštní kategorii dvoustranných správních aktů vůbec a není také účelné akty, jimiž se zakládá služební poměr, kvalifikovati jako takovéto akty.

Pro teoretické poznání vystačí se úplně se zjištěním, že služební poměr vzniká jednostranným správním aktem. Podmínka platnosti aktu je projev vůle subjektu, který má do služebního poměru vstoupiti. Jinak však se tento akt jak co do svého vzniku, tak i co do důsledků, jež z něho pramení, řídí všeobecnými pravidly, platnými pro správní akty.

III. V nejnovější době vyskytl se v literatuře zcela nový názor, hájený Baechim,<sup>2</sup> podle kterého je nutné sice konstruovati vznik služebního poměru státního zaměstnance jako smlouvu, avšak je třeba rozlišovati mezi případy, kdy příslušným zjevům příkládá zákon či praxe nepřezkoumatelnost, a mezi těmi, u kterých tato nepřezkoumatelnost není dána. V prvním případě jde o smlouvy s právní mocí, v druhém o smlouvy prosté. Tato konstrukce vychází ze základní these, že mezi založením služebního poměru (veřejnoprávního) a obvyklou právní figurou smlouvy je nepopíratelný rozdíl, který není možné za žádných okolností přehlížeti, neboť při stanovisku, že služební poměr vzniká smlouvou, přechází se nutně fakt, že na straně státu je tu právní převaha, již nelze odstraniti dogmatickou argumentací. Baechi vypořádal se především s námitkami, jež obvykle bývají proti smluvní teorii vznášeny a z nichž nejhlavnější byly — třebaže v odlišné formulaci, podmíněné vlastním stanoviskem — obsírně uvedeny v této studii. Avšak tato základní část Baechiho práce, jež měla mu umožniti novou konstrukci, je, podle mého mínění, zatížena závažnou vadou. Baechi uvádí jako hlavní důvody proti odpůrcům teorie smluvní, že by při správnosti jejich názoru nebylo lze mluvit o smlouvě ani u jiných právních poměrů, jež však jsou tradičně za smluvní pokládány, a na několika místech své práce poukazuje k služebnímu poměru, který vzniká mezi státem a jeho zaměstnanci na poli práva soukromého, na smlouvu manželskou, na kolektivní smlouvu pracovní a pod. Tu však dopouští se Baechi, jak soudím, omylu, na který bylo na počátku této studie důrazně poukázáno. Jisté je totiž, že ani na

<sup>1</sup>) To ovšem popírá Seidler na místě citovaném v poznámce 1 na str. 119, str. 305.

<sup>2</sup>) Na místě citovaném v poznámce 3 na str. 120.

tyto právní poměry nehodí se vesměs do všech důsledků právní forma smlouvy. Z toho nutně musíme dospěti k názoru, že nastává tu přechod do sféry práva veřejného, nelze však opačně usuzovati, že u služebního poměru veřejnoprávního jde rovněž o smlouvu jako u zmíněných jiných právních poměrů, u nichž obtíže konstruktivní jsou obdobné. Není ostatně nezajímavé, že přes to, že bezvadně, ovšem až příliš snadno, prokázal podle svého mínění, že služební poměr veřejnoprávní vzniká smlouvou, je nucen v další části své práce přiznati, že jde tu o smlouvu zvláště kvalifikovanou a pokouší se o konstrukci smlouvy s právní mocí. Charakteristickým znakem této smlouvy má býti její nepřezkoumatelnost se strany jiných správních úřadů a soudů, lépe řečeno, její přezkoumatelnost pouze v mezích, v jakých podléhají přezkoumání správní akty. Tím však dospívá Baechi nevědomky k východisku svých úvah, neboť používá pouze jiné terminologie pro zjevy obsahově zcela totožné. Ptáme-li se totiž, jaký je rozdíl mezi správním aktem, jehož platnost je podmíněna souhlasem příslušného subjektu, a Baechiho smlouvou s právní mocí, pak musíme konstatovati, že rozdíl není zcela žádný. To konstatuje sice Baechi sám nepřímou v závěru své studie, uváděje, že jde v jeho studii pouze o čistotu pojmovou, avšak je třeba dobře uvážiti, zda skutečně podařilo se Baechimu konstrukci vzniku právního poměru mezi státem a určitým subjektem, jehož platnost je závislá na souhlasu tohoto subjektu, postavit do nového, ostřejšího světla. Soudím, že nikoli, neboť pokus jeho o jinou právní figuru, dosud zcela novou, je způsobilý přivoditi teorii vážné obtíže. Už sama ta okolnost, že volena je nová forma, ač z její existence nebudou podle vlastního názoru Baechiho plynouti žádné důsledky pro různost právních předpokladů a účinků, nutí k úvaze, zda je podobné konstrukce třeba. K tomu přistupuje ještě úvaha, že dosavadní systematika správních aktů poskytuje pro zjevy, jimž má nová forma sloužiti, konstrukci úplně vyhovující, která nadto má tu přednost, že dovoluje sloučiti i akty, pro něž by se konstrukce Baechiho nehodila, ač jejich základní právní povaha i právní účinky jsou tytéž (správní akty vydávané na žádost příslušného subjektu), do jedné kategorie.

Nezdá se proto, že by pokus Baechiho nutil k revisi toho, co bylo výše uvedeno jako výsledek vlastních úvah.

Stejně se to má i s konstrukcí Drágffyho (v díle citovaném v poznámce 1. na str. 127, str. 38 až 41), který po zevrubném odmítnutí a vyvrácení názorů,<sup>1</sup> jež hájí, že služební poměr státního úředníka vzniká soukromoprávní dohodou, veřejnou smlouvou nebo (čistým) jednostranným správním aktem,

<sup>1</sup>) Literatura maďarská je jinak téměř všeobecně orientována ve směru těch kdož zastávají, že služ. poměr st. úředníka vzniká správním aktem, srovnej na př. již Keleti v Magyar joglexikon, heslo Államhivatalnok a nově zřejmě i Mártonffy v článku Köztisztviselők szolgálati pragmatikája, (Pocta Némethyho, 1933).

staví vlastní mínění, podle něhož jde při vzniku služ. poměru o tak zv. smíšený správní akt. Rozlišovací znak mezi normálním a smíšeným správním aktem spatřuje pak Drágffy v tom, že nedostatek souhlasu se strany osoby, jež se úředníkem má státi, zakládá zmatečnost aktu. Důsledně pak soudí, že je hluboký rozdíl mezi oběma druhy aktů i po stránce praktické aplikace práva, neboť u aktů uvedených může otázku příslušnosti úřadu a souhlasu dotčené osoby zkoumati kterýkoli jiný úřad nebo soud incidenter, což prý u aktů prostých není možné. Nehledíc k tomu, že nepřislušnost (věcná) úřadu zakládá zmatečnost aktu vždy, ať jde o akt kteréhokoli druhu, a že vyřešiti tuto otázku může i jiný úřad nebo soud u každého aktu incidenter, je patrné po předcházejících výkladech, že konstrukce Drágffyho shoduje se úplně s názorem zde hájeným, při čemž ovšem je již otázkou účelné metodiky, zda je vhodné pro podobné akty, jako jsou ty, jež dávají vznikati služebnímu poměru státního úředníka, voliti zvláštní název „smíšené správní akty“. Po tom, co bylo uvedeno o shodě těchto aktů s akty jiného obsahu, avšak formálně právně rovnocennými, lze o potřebě zvláštního terminologického označení důvodně pochybovati.

Konstruktivně nejvhodnějším je proto spatřovati v projevu vůle státního orgánu, jímž se zakládá služební poměr, spadající do sféry práva veřejného, jednostranný správní akt, jehož platnost je podmíněna ovšem projevem souhlasu příslušného subjektu, který má do služebního poměru ke státu vstoupiti.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup>) To hájí i důsledně judikatura nejv. správního soudu na př. nález Boh. A. 9136.