

K pojmu „právního řízení“.

(Studie procesuální.)

I.

Běžné pojetí „procesu“ — zejména soudního a administrativního — souvisí úzce s obvyklým lišením práva t. zv. materiálního (hmotného) a formálního. Oním rozumí se zpravidla jistý zájem nebo volní moc¹⁾ nebo konečně kombinace obou, a tímto, které i „procesuální“ se zove, právní prostředek, kterým ono se chrání. Obé považuje se za subjektivní („podmětné“), t. j. z objektivního (= právní normy) „plynoucí“, na něm se „zakládající“ a pod. Objektivním právem upravený děj, v němž zájemníci nebo držitelé volní moci (t. j. držitelé práva ve smyslu hmotném) oněch prostředků užívají, jeví se jako proces ve smyslu právním.

Z právě naznačeného základního pojetí podávají se pak následující podrobnější důsledky: Právo ve smyslu hmotném (zájem, volní moc) je třeba chrániti jen tehdy, když je někým nebo něčím ohroženo. Příčin takového ohrožení může býti celá řada. Mohou spočívati v osobě oprávněného, v přírodě atd.; pro běžné pojetí „procesu“ právního zůstává však typickým jediný případ: Když „zájem“ (nebo „volní moc“) oprávněného jest uskutečnitelný jen konáním povinnosti se strany jiného činitele, a když tento činitel s konáním své povinnosti otálí. Pro toto své otálení může míti různé důvody, z nichž však pro nynější úvahu jsou významné toliko dva: buď neuznává svou povinnost a tím též „oprávnění“, jí odpovídající, nebo ji sice uznává, ale přes to ji nekoná, poněvadž jí konati nechce. V prvním případě vzniká pro běžné pojetí představa, že i on má — podobně jako jeho „odpůrce“ — subjektivní právo, t. j. zájem nebo volní moc, ne-

¹⁾ Srovn. na př. Ott, Soustavný úvod ve studium nového řízení soudního, I, str. 1: „Právo v podmětném slova smyslu jest zákonem uznaná volnost vůle jednotlivcovy.“

k o n a t i povinnost, která je podle jeho názoru pouze domnělou. A vzniká zároveň představa dvou protichůdných vůlí. Tato protichůdnost vypořádává se „procesem“²⁾, jímž spor se odkliditi má. Je pochopitelno, že v takovémto „procesu“ spatřuje se obecně boj. Dlužno si však uvědomit, že takovýto boj, jímž se spor dvou vůlí má vyřídit (odklidit), může býti různý, podle toho, jakých prostředků, t. j. zbraní, se v něm užívá. Obecně platí, že v boji dvou vůlí vyhrává na konec ona, která jest silnější, a jde jen o to, podle jakého měřítka sílu jejich chceme posuzovati. Povšechně možno říci, že v každém „boji“ bude považován za vítěze a tudíž silnějšího ten, který na konec — lhostejno, jakými prostředky (ať fysickými, intelektuálními nebo jinými) — prosadí svou. Vítězství nastává v okamžiku, kdy slabší vůle je nucena se podříditi.

„Boj“, jak byl dosud vyličen, jest dějem ryze přírodním a i jeho výsledek nelze jinak chápati než jako skutečnost přírodní. Jiného významu nabývá zmíněný děj a jeho výsledek, když předpokládáme určité měřítko, podle kterého oba (děj a výsledek) dlužno hodnotiti (posuzovati). To znamená, že „boj“ musí býti upraven pravidly, jímž zápasící se podrobují, a že i jeho výsledek bude posuzován obdobnými pravidly. Pokud jde o boj samotný, platí pak zejména pravidlo, že ne každý prostředek, t. j. ne každý útok a ne každá obrana jest dovolena; pokud jde o výsledek jeho, bude příslušné pravidlo obsahovati zejména úsudek o tom, který (jaký) výsledek dlužno považovati za vítězství. Takto upravený boj bude se pojmově přibližovati tomu, čemu se obecně říká závod (ve smyslu sportovním): i v takovémto závodu střetnou se dvě nebo více vůlí, z nichž každá snaží se zvítěziti, t. j. snaha každé z nich směřuje k t é m u ž cíli, jehož dosažení jednou vůlí vylučuje však úspěch všech ostatních. Podle povahy „závodu“ budou pak pro dosažení vítězství rozhodny různé kvality zápasících: buď ryze fysické (na př. fysická síla), nebo kombinace fysických a intelektuálních (na př. fysické síly s obratností), nebo ryze intelektuální (na př. při hře v šachy). „S p o r e m“ v obvyklém slova smyslu takový zvláštními pravidly upravený „boj“ či „zápas“ není. Neboť „spor“ (nechceme-li jej ztotožňovati přímo

²⁾ Srovn. Ott, n. u. m. str. 1: „Srážkou vůle dvou osob, odvolávajících se k zákonu vzhledem k témuž skutkovému poměru, z nichž jedna hájí stav, jaký jest, druhá o změnu jeho usiluje, vzniká spor.“

s pojmem „boje“ a „zápasu“) není dějem, nýbrž stavem: „proucí se“ chtějí nebo tvrdí něco, co se navzájem vylučuje, a boj (zápas) jest prostředkem, kterým jejich „spor“ se odstraňuje. Odstraniti lze jej pak, jak již naznačeno, buď bojem upraveným nebo neupraveným.

Z dosud řečeného podává se, že za předpokladu boje upraveného může nastati vedle původního sporu vůlí nebo mínění, který vedl k boji, spor jiný, který týká se úsudků o tom, jak dlužno výsledek boje hodnotit, což znamená podrobněji: posouditi způsob boje (byl-li proveden podle předpokládaných pravidel) a možno-li výsledek považovati dle těchže pravidel za vítězství té či oné strany. I o tom mohou se, jak známo, úsudky rozcházet, t. j. nastati „spor“, který vyžaduje rozřešení. Rozřešiti tento spor, jest funkcí ryze intelektuální, nikoliv volní: neboť funkce ta spočívá ve srovnávání určité skutkové podstaty s předpokládaným pravidlem. Takovým způsobem řešil by se na př. „spor“ o tom, kdo z dvou hráčů v šachy vyhrál partii a jest tudíž vítězem. Že tento „spor“ a předcházející boj na šachovnici jsou dvě různé věci, jest jasné.

Zmíněná intelektuální funkce, spočívající ve srovnávání skutkové podstaty s předpokládaným a tudíž nesporným pravidlem, může býti poměrně velice jednoduchá. Tak tomu jest ve shora uvedeném příkladě se hrou v šachy. Proto zde spor úsudků (nikoliv vůlí) zpravidla vůbec nenastane. Ve spleťtějších případech však tvoří pravidlo o tom, kdo případné spory o výsledku a způsobu boje má rozhodnout, obyčejně součást úpravy boje. Podle této úpravy bývá tato funkce zpravidla přenesena na činitele, který v předcházejícím boji vůlí nebyl zúčastněn a o němž tudíž s jistou pravděpodobností možno předpokládat, že bude „nestranným“. Neboť „nestranným“ bývá ten, jehož intelektuální činnost není ovlivněna jeho vůlí, buď proto, že na boji nebyl zúčastněn, nebo že svou vůlí, která by činnost intelektu mohla ovlivnit, dovede potlačit. Takovými činiteli nebývají — ve spleťtějších případech aspoň — ti, kdož zápasili, poněvadž v zápasu byla zúčastněna jejich vůle: quod volumus, credimus libenter.

Typem „třetího“ a tudíž nestranného činitele jest soudce. Jeho činnost jest povždy rázu ryze intelektuálního: on

„soudí“, „rozhoduje“, „rozsuzuje“³⁾. Jeho činnost vztahovati se může, jak již bylo výše naznačeno, buď pouze na posouzení výsledku boje (zápasu) nebo jeho průběhu (hoví-li předpokládaným pravidlům boje čili nic). V obou případech nutno předpokládati normu, se kterou „soudce“ výsledek nebo průběh boje — jakožto skutkovou podstatu — srovnává. Výsledkem tohoto srovnávání jest úsudek (ve smyslu logickém) nebo rozsudek (ve smyslu normativním).

Uveďme několik příkladů. Jde o sportovní zápas. Předpokládaná norma zní: Kdo první doběhne cíle, budiž považován za vítěze. Všichni závodníci chtějí býti vítězi a podnikají zápas za tím účelem, aby se zjistilo, kdo z nich bude vítězem. Mezi závodníky je spor vůlí (každý chce býti vítězem, ve skutečnosti jím však může býti jen jeden z nich). Není mezi nimi však spor názorů (intelektuální), poněvadž všichni uznávají (předpokládají) normu, že jen toho dlužno považovati za vítěze, kdo nejrychleji dovede běžet. Může se však státi, že (před zápasem) každý tvrdí, že jest nejlepším běžcem. V tomto případě podnikají zápas z toho důvodu, aby názorový spor mezi nimi byl rozhodnut. Zápas, pokud se týče jeho výsledek, rozhoduje zde spor — a případný „soudce“ je povolán k tomu, aby výsledek konstatoval (zjistil) logickým úsudkem: Běžec A dosáhl cíle první, a jest ho tudíž — podle předpokládání normy — považovati za vítěze. Vůle běžce A zvítězila a zvítězil i v případném sporu názorovém, poněvadž se ukázalo, že jeho tvrzení (že jest nejlepším běžcem) bylo správné, obdobné tvrzení všech ostatních běžců nesprávné.

V právě uvedeném příkladě není — kromě nezbytné supposice normy („kdo nejdříve doběhne cíle, budiž považován za vítěze, čili: za nejlepšího běžce“) — žádného prvku normativního. Takový další prvek normativní přistupuje teprve, když předpokládáme, že názorový spor mezi zápasníky týká se tvrzení, kdo z nich „jest v právu“. Každý z nich na př. tvrdí, že má určitý nárok a že tudíž ostatní mají povinnost chovati se tak, aby „nárok“ byl uspokojen. Poněvadž však

³⁾ Tato intelektuálnost plyne ostatně i z té skutečnosti, že pro činnost soudcovskou (v užším, normativním smyslu) a činnost ryze logickou, resp. jejich výsledky, užívá řeč těchže výrazů: úsudek — rozsudek (něm. „Urteil“, „Erkenntnis“, jako „rozhodnutí“ ve smyslu normativním a zároveň jako „poznatek“ ve smyslu logickém).

nárok týká se též věci, a tudíž může příslušet jen jednomu z nich, jest zde názorový spor, který (po případě) může být rozhodnut zápasem (bojem). Názorový spor může se týkati negativního tvrzení, že zde není určité povinnosti — za předpokladu, že jeden z popírajících onu povinnost musí míti. Předpokládaná norma, podle které by se výsledek zápasu v obou případech (tvrzení o existenci nároku nebo neexistenci povinnosti) posuzoval, by zde zněla: „Kdo ze zápasníků první doběhne cíle, budiž považován za vítěze, t. j. jest v právu (má nárok, pokud se týče nemá povinnost)“. I v tomto případě může příslušet srovnání oné normy se skutkovou podstatou (výsledkem zápasu) nestrannému třetímu, t. j. „soudci“. Historické příklady toho druhu skýtá řád souborový, podle kterého o otázce, je-li někdo v právu čili nie (má-li povinnost čili ne), rozhoduje soudce dle výsledku skutečně provedeného zápasu (boje). Je přirozeno, že supponovanou normu v těchto případech budeme považovati za nerozumnou. Neboť rozumnou jest sice norma, která stanoví, že toho, kdo v zápasu (sportovním) doběhne první cíle, jest považovati za nejlepšího běžce, nerozumnou však ta, která ze skutečnosti, že někdo nejrychleji běží (a jest tudíž nejlepším běžcem), usuzuje na to, že má určitý nárok, nebo nemá určitou povinnost. Nicméně jsou podobné normy theoreticky myslitelné, ba velmi často až do našich dnů beze všeho se supponují na př. lidmi, uznávajícími t. zv. čestný kodex souborový.

Z dosavadních vývodů podává se, že pro zmíněnou soudcovskou činnost jest sice supposice oné normy nezbytným předpokladem, nikoliv však skutečně se odehrávající zápas (boj). Neboť supponovaná norma může míti i toto povšechné znění: „V případě názorového sporu mezi dvěma nebo více jednotlivci budiž za oprávněného, pokud se týče za nepovinovaného považován ten, který z nich jest největší, nebo nejtěžší, nebo nejrozumnější atd. atd.“ Na povaze soudcovské činnosti se tím nic nezmění — zůstává vždy srovnáváním zjištěné skutkové podstaty se supponovanou normou. Skutková podstata, soudcem posuzovaná, nemusí se tedy jeviti jako zápas (boj), pokud se týče jako výsledek tohoto zápasu. Lhostejno je dále, kdy, jakým způsobem a kým dochází k jejímu zjištění. „Strany“, t. j. ti, kdož jsou v názorovém sporu, a nestranný „soudce“ mohou při tom míti více nebo méně aktivní úlohu (spolu-

účast). V každém případě dlužno však činnost, která se nese k tomuto zjištění (ať jest skutková podstata, kterou jest takto zjistiti, zápasem nebo něčím jiným), odlišiti jak od činnosti, která tuto skutkovou podstatu vyvolala — tedy na př. „zápas“ stran —, tak od té, která spočívá ve srovnávání zjištěné skutkové podstaty s příslušnou normou, pokud se týče v jejím výsledku (úsudku, rozsudku). Rozumí se dále, že spojitost mezi skutkovou podstatou a úsudkem (rozsudkem) soudce, stanovená předpokládanou normou, může i v případě, kdy skutková podstata svou povahou není zápasem (bojem), býti buď rozumná nebo nerozumná, a tím bude se i sama norma jeviti rozumnou, pokud se týče nerozumnou. Rozumnou bude se na př. jeviti, když normou předepsaný způsob zjišťování (průkazní prostředek) jest s to, aby to, co má býti prokázáno, skutečně prokázal, tedy když na př. soudce má uznati za vinného vraždou jen toho, o němž se dokáže (zjistí) logicky bezvadným způsobem, že ji spáchal; nerozumnou bude, když mezi tím, co se prokázalo, a tím, co musí býti prokázáno, není žádné logické spojitosti, na př. když podle předpokládané normy má soudce prohlásiti za vinného vraždou (t. j. vysloviti úsudek, že ji vykonal), toho, kdo dotekem žhavého železa spálí si ruku a pod. Historické příklady podobných nerozumných norem nacházíme v ordálech všeho druhu. Takový „ordál“ („Urteil“) byl považován za rozsudek Boží (judicium Dei) a předpokládáno patrně, že božstvo vševědoucí nemůže jinak projeviti svůj úsudek než určitou událostí, která pro obyčejné smrtelníky není v žádné příčinné nebo ani jen logické spojitosti s tím, co jí má býti prokázáno. Mezi ordály patřil i shora vzpomenutý soudní souboj (souboj před soudem), při kterém „stranám“ (obžalovaným) připadá aktivnější účast než v jiných ordálech, jako byly na př. judicia crucis, ignis, aquae atd.

Je nesporno, že i běžnému modernímu nazírání jeví se typická forma právního procesu (t. j. tak zv. „sporné“ řízení soudní) jako boj nebo zápas o právo⁴⁾. Tím přesunuje se — podle shora řečeného — těžiště definice „procesu“ z intelektuální činnosti, spočívající ve srovnání zjištěné skutkové podstaty s předpokládanou obecnou normou, které

⁴⁾ Srovn. na př. Ott, Soustavný úvod, I, str. 220: „Ochrana práva státem poskytovaná předpokládá poctivý boj o právo...“

přisluší zpravidla nestrannému třetímu, t. j. soudci, na činnost „proucích se stran“, pokud jím přisluší zjištění sporné dosud skutkové podstaty. Z dosud uvedeného plyne však, že právě tuto činnost není nutno považovati za boj. Co zde jedině nutno předpokládati, jest názorový spor mezi stranami, nikoliv boj vůlí. Ba možno tvrditi, že onen Ottem předpokládaný „pocitivý boj o právo“ vylučuje přímo veliký boj vůlí, poněvadž proucí se strany chtějí patrně totéž, t. j. správnou aplikaci obecné normy na správně zjištěnou skutkovou podstatu. Jelikož k oné správné aplikaci nejsou vůbec povolány (nýbrž soudce), může se jejich názorový spor týkati jen skutkové podstaty a jejich spoluúčast v „procesu“ vztahovati toliko na úsilí, aby ona skutková podstata byla správně zjištěna. Zjištění skutkové podstaty může dokonce spočívati ve správném výkladu určité normy (na př. smlouvy uzavřené mezi spornými stranami). V tomto případě představa nějakého „boje“ (zápasu) mezi stranami, který by tvořil vlastní podstatu „procesu“, jest naprosto nepřiléhavá. Není zde vůbec žádného boje vůlí, nýbrž úsudkem nestranného soudce odstraňuje se (s hlediska předpokládané procesní normy) názorový spor mezi stranami a na jeho místo nastupuje — chceme-li tak říci — názorový spor mezi stranou „podlehnuvší“ a soudcem, který po případě může býti odstraněn dalším řízením, t. j. před vyšší soudní instancí. Než nejen vědecké písemnictví, nýbrž i sama legislativní technika spatřuje v boji vlastní podstatu procesu sporného. V tomto směru stačí připomenouti, že představuje si žalobce jako útočníka, žalovaného jako toho, který se ve vnuceném mu boji („rozepří“) brání, mluví výslovně o „útočných“ a „obranných“ prostředcích (srovn. na př. § 19 našeho soudního řádu) v onom „boji“ užívaných atd. Obdoba dřívějších „Božích soudů“ (ordálů) je zde na snadě a působí zajisté i bezděčné reminiscence na tento primitivní stav nalézání práva, ve kterém soudci přidělena byla úloha více méně pasivního přihlížitele k boji a funkce náměstka neviditelného vlastního soudce (Boha), jehož vůlí, pokud se týče právní názor bylo mu zjišťovati prostředky naprosto nerozumnými (ordály).

Představa, že nalézání práva nestranným soudcem děje se na základě boje, který svádějí proucí se strany před tímto soudcem, bývá však do jisté míry dotčena, jakmile právní řád

zavádí několik druhů „procesů“, rozeznáváje při tom případy, kdy se takový „boj“ odehrává, od těch, ve kterých nestranný soudce rozhoduje, aniž by došlo k „boji“ stran. Je to — pro obor civilního práva — rozdíl mezi *jurisdictio contentiosa* a *voluntaria*, mezi řízením „sporným“ a „nesporným“. A je příznačno, že v literatuře nazývá se jen ona *jurisdictio contentiose* „procesem“, čímž tedy naznačeno, že vlastní podstata tohoto „procesu“ (roz. soudního) spočívá v boji proucí se stran. Ba z římských pramenů vyvozuje se dokonce, že výroku soudnímu předcházející boj či spor stran, je pro povahu tohoto výroku jakožto *jurisdikce* (nalézání práva) přímo předpokladem⁵⁾. K tomu stačí pro účely tohoto pojednání dodat, že není jasno, proč by možnost „*jurisdikce*“ (t. j. aplikace obecné normy na konkrétní skutkovou podstatu) měla býtí závislou právě na tomto předpokladu!⁶⁾

Pojetí soudního „procesu“ jako boje (zápasu) dvou stran, jemuž soudce přihlíží a jehož výsledek svým výrokem posuzuje, musí doznati jisté modifikace, jakmile předpokládáme, že i tento

⁵⁾ Viz Ott, *Geschichte und Grundlehren des österreichischen Rechtsfürsorgeverfahrens*, str. 5: „Das Zurücktreten der richterlichen Spruch-tätigkeit (judex = jus dicens) vor autoritativer Rechtsgestaltung kennzeichnet treffend der Quellenausspruch (fr. 4 D II, 1), daß Akte freiwilliger Gerichtsbarkeit *magis imperii sunt, quam jurisdictionis*.“

⁶⁾ Podobnou nejasnost, ba někdy i bezradnost prozrazují další pokusy teorie naléztí rozhodující kritérium, jimž se oba druhy civilní *jurisdikce* od sebe liší. Srovn. k tomu výklady *Ottovy n. u. m.* Ott sám přidržuje se v té věci názoru *Mengerova* (*System des österreichischen Zivilprozesses*, 1876), podle kterého „nur der Zweck über Gegenstand und Umfang des Verfahrens der freiwilligen Gerichtsbarkeit entscheide und nicht die hiebei zur Anwendung gelangenden Mittel“. Proces jest *Mengerovi* „*Repressivjustiz*“, nesporné řízení „*Präventivjustiz*“ (Ott, str. 63), kdežto na př. *Wach* nalézá rozhodující kritérium nesporného řízení „in der Rechtsgestaltung, d. i. nicht bloß Begründung, sondern auch Fortentwicklung und Veränderung der Rechtsverhältnisse“. Naráží se zde na běžný rozdíl mezi *deklaratorními* a *konstitutivními* akty (v našem případě: výroky soudů), při čemž však zůstává naprosto nepochopitelno, jak by souviseti mohla konstitutivnost, resp. pouhá deklarativnost oněch aktů s okolností, zdali soudnímu výroku předcházel nebo nepředcházel boj (zápas) stran. O zmíněném rozdílu, pokud se týče jeho neudržitelnosti, srovn. mé pojednání „Zur Lehre von den konstitutiven und deklaratorischen Akten“ (*Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, 1918) a nejnověji *Merkl*: *Allgemeines Verwaltungsrecht* (1927), str. 186.

soudce má jakýsi „zájem“ na výsledku pře. Zpravidla spatřuje se tento zájem v tom, aby „vůle“ zákonodárce, vyjádřená v obecné normě, přišla skutečně k platnosti. To znamená jinými slovy, že „zájem“ zákonodárce ztotožňuje se se „zájmem“ soudce. Tímto předpokládaným „zájmem“, který v procesu snaží se uskutečnit, přestává soudce býti „nestranným“, poněvadž zájem, který chce uskutečnit, může se přičítati a přičít se obyčejně ve skutečnosti zájmům, sledovaným bojujícími stranami, nebo aspoň jedné z nich. Vstupuje vlastně do boje a ze zápasu dvou stran stává se zápas tří.

Obdoba „bojujícího“ soudce s „bojujícími“ stranami stává se však teprve tehdy dokonalou, když „zájem“, který snaží se soudce (rozhodčí) prosadit, nestotožňujeme se „zájmem“ normotvůrce, podle jehož normy zápas má býti rozhodnut, nýbrž když v něm vidíme něco, co jest zájmům bojujících stran analogické a tudíž od předpokládaného „zájmu“ normotvůrce (zákonodárce) odlišné. Neboť tento zájem normotvůrce, spočívající patrně toliko v tom, aby jeho vůle, vyjádřená v obecné normě, došla přiměřeného výrazu též v normě konkrétní (rozsudku, rozhodnutí), mají — aspoň teoreticky či oficiálně — i bojující „strany“. Jeho obsahem jest správná aplikace práva. „Strany“ jsou s hlediska tohoto zájmu toliko ve sporu o tom, kterou z dvou nebo více možných aplikací dlužno považovati za správnou, t. j. hovící zájmu zákonodárce. A mohou býti v podobném sporu (názorovém) i se soudcem. Jinak bude se jeviti věc, když vedle shodného „zájmu“, spočívajícího ve správné aplikaci obecné normy na konkrétní případ (skutkovou podstatu), budeme rozlišovati ještě individuální zájmy, které onou aplikací mají býti chráněny nebo uskutečněny. To jsou typické t. zv. soukromé zájmy stran a mohou býti nejrůznějšího druhu (hmotné, ideální atd.). Jim „slouží“ podle běžného názoru právní řád a jejich rozpory vyrovnává jeho „proces“ (t. zv. formální právo). Pravým protikladem těchto „soukromých“ zájmů jest veřejný zájem; on jest však i jejich obdobou, pokud si právě představujeme, že někomu „přísluší“ obdobně jako příslušeji soukromé zájmy soukromníkům, a že tento někdo pouští se s držitelem soukromých zájmů do zápasu (boje), aby svůj, t. j. veřejný zájem proti nim uhájil. Tento „někdo“ jest podle běžného názoru sám stát, který takto se svým zájmem („veřejným“) staví se v protivu k zájmům soukromým

a poněvadž podle téhož běžného názoru jest pouze osobou „pomyslnou“ (morální), má třeba zvláštního zástupce v zájmovém zápasu se soukromníky. Tímto zástupcem jest státní soudce nebo povšechněji: státní orgán, který arcif vystupuje zároveň jako nositel onoho shora vzpomenutého, svou podstatou různorodého zájmu, spočívajícího ve správné aplikaci obecných norem (právního řádu) na konkrétní skutkové podstaty. Obvyklá představa „boje“ vztahuje se však pravidelně jen na rozpory mezi zmíněnými „soukromými“ zájmy a po případě i zájmem „veřejným“. Názor, že ten, kdo hájí zvláštní zájem proti zájmu tomuto obdobným zájmům soukromým, a je tudíž zcela obdobnou „stranou“ jako strany „soukromé“, má zároveň chrániti zájem zákonodárcův, spočívající ve správné aplikaci obecných norem, který může býti všem oněm individuálním zájmům protichůdný, má v zápětí porušení zásady nestranného soudce. Právní řád, jak známo, reaguje na tento důsledek konstrukcí, kterou každá z obou funkcí přiděluje se zvláštnímu orgánu (pojem státního zástupce v procesu trestním, zvláštního zástupce „veřejného“ zájmu v některých případech procesu správního). Konstrukce ta plyne přímo z pojetí procesu jako boje zúčastněných zájemníků, který má býti posuzován činitelem zásadně nestranným, t. j. orgánem, který na boji nemá jiného „zájmu“, než aby byl rozhodnut správně, tedy patrně tak, jak by jej rozhodl sám normotvůrce (zákonodárce). Tím arcif, že běžný názor považuje oba funkcionáře — t. j. zástupce „veřejného“ zájmu a zástupce zájmu normotvůrce — za orgány téhož činitele (státu), vzniká na konec nemožná představa, že tento činitel snaží se v boji uskutečniti současně dva po případě protichůdné zájmy: zájem, který jest svou podstatou obdobným zájmům soukromým, t. j. zájem t. zv. veřejný, a zájem spočívající ve správné aplikaci práva, který může býti ve sporu se zájmem „veřejným“, pokud na tento pohlížíme jako na dobu zájmů soukromých.

V této souvislosti dlužno připomenouti, že to, čemu zde říkáme „proces“ (právní řízení), považuje se velmi často v odborném písemnictví i za „právní poměr“. Rozlišuje se pak právní poměr mezi stranami (žalobcem a žalovaným, resp. obžalovaným), mezi stranami a soudem, dále mezi stranami a státem a dokonce mezi soudem jako orgánem státním a státem. Při tom rozeznávají se formální (procesní) a hmotná práva

těchto činitelů, a má se za to — zejména v souvislosti výkladů o „legitimaci“ jejich —, že ona formální práva přes to, že patrně slouží k ochraně práv hmotných, mohou existovati samostatně, t. j. bez příslušných práv hmotných. Pojem tohoto „právního poměru“ (Rechtsverhältnis) jest zcela bezbarvý, poněvadž chápán jest toliko jako vztah určitého subjektivního práva k určité povinnosti, při čemž ono hraje u srovnání s touto vždy úlohu hlavní, a výsledky teoretických konstrukcí, z tohoto pojmu vycházejících, s hlediska právní noetiky velmi neutěšené. Zajímavost jest při tom, že se u většiny těchto teoretiků představa, že by proces byl svou podstatou normotvorbou, vůbec ani nevyskytuje. Nanejvýš prohlašuje se „proces“ — na rozdíl od těch, kdo v něm vidí „právní poměr“ — povšechně za „děj“ (Vorgang)^{6a}).

II.

Mám obavu, že tvrzení, že to, čemu se v právní vědě obecně říká „proces“ (řízení, Verfahren), s hlediska normativního nejeví se jako „boj“ (zápas), narazí na odpor těch, kteří v t. zv. objektivním právu, t. j. právním řádu, vidí pouze jeho sociální funkci. Namítnou asi, že se zde popírá něco, co jest — aspoň pro případ t. zv. sporného řízení — očividné, že totiž v něm dochází ke sporu protichůdných zájmů, jež vyřizuje se bojem (zápasem) před nestranným soudcem. Skutečnost ta nebudiž nijak popírána, avšak pro účel tohoto pojednání jest zdůrazniti, že jest pro pojem procesu (řízení) ve smyslu normativním naprosto nerozhodnou. Z pojetí „procesu“ jako boje nebo zápasu nedá se pro jeho normativní poznání vytěžiti nic — jak to ve skutečnosti též dokazuje dosavadní literatura procesně-právní. S jiného než normativního hlediska poznávacího možno arcí děj, který se odehrává před nestranným soudcem (rozhodčím), definovati jako prostředek k určitému účelu (ochrana zájmů) a činnost na ději tom zúčastněných osob po případě jako zápas, když totiž osoby ty sledují protichůdné, t. j. navzájem se vylučující zájmy. Pojetí „procesu“ jako boje jest tudíž obdobné definici právního řádu jeho účelem, což znamená jinými slovy definici teleologickou: definují něco

^{6a}) Srovn. k tomu blíže Kalla b: „Základy nauky o způsobnosti bytí stranou a o příslušnosti soudu v trestném řízení rakouském.“ (1907.)

(v našem případě: právní normu) něčím, co chcí, t. j. co tím chcí dosáhnout.

Juristická povaha t. zv. „procesu“ byla normativní teorií již často osvětlována. Zde stačí připomenouti, že teorie ta pojímá pojem „procesu“ — podobně jak to činí u jiných pojmů (jako na př. právní moci) — mnohem šíře a obecněji než dosud běžná nauka: jako děj normotvorný. Při tom jest nerozhodné, zdali jde o tvorbu norem obecných (abstraktních) nebo konkrétních (individuálních), norem prvotních nebo druhotných, a konečně jest pro podstatu onoho děje nerozhodné, zdali se jím upravují protichůdné zájmy povinnostních subjektů (t. zv. řízení sporné) a jakou funkci při tom mají tyto subjekty, t. j. obecně řečeno: účastní-li se samy tohoto děje a jakým způsobem. Tak dostává se jaksi pod jednoho pojmového jmenovatele řada procesů normotvorných, z nichž pro obor práva (právního řádu) dlužno především uvést proces zákonodárný (tvorba norem prvotních) a procesy soudní a administrativní, v nichž uskutečňuje se zcela obdobně tvorba norem druhotných. „Proces“ v tomto širším smyslu znamená totiž tolik jako „postup“ čili „řízení“ (Verfahren) a může býti právním řádem různě upraven. Souhrn norem, upravujících toto řízení, možno nazvati právem procesním nebo, jak se mu v běžné nauce též říká: formálním. Zdali během zmíněného řízení dochází ke sporu protichůdných zájmů a řešení jich „bojem“ (zápasem) těch, kdož se mají státi povinnostními subjekty rodících se norem, jest, jak řečeno, pro podstatu normotvorného řízení nerozhodné. Zajisté pak není důsledné, když rozlišujeme jen ohledně jednoho druhu tohoto řízení — t. j. řízení, v němž tvoří se druhotné normy jednou kategorií orgánů státních, t. j. t. zv. soudů — řízení sporné a nesporné podle toho, zdali v něm zápasí mezi sebou nositelé protichůdných zájmů. Vždyť i v procesu zákonodárném dochází zcela pravidelně k takovému zápasu, jenž projevuje se zde hlasováním. „Nesporný“ byl by proces ten jen tehdy, kdybychom předpokládali jednohlasnost či jednomyslnost těch, kdož zde při normotvorbě rozhodují, tak jak tomu bývá bez výjimky při normotvorbě, která uskutečňuje se cestou smluvní a jeví se tudíž jako prototyp „nesporného“ řízení normotvorného.

Chápeme-li „proces“ jako tvorbu norem, pak arcíť to, co jím vzniká, jsou právě normy, t. j. tak zvané právo obje-

tivní. Nemůže býti rozhodno, v jakém stupni konkretisace práva se ten či onen proces odehrává: zdali jde o proces t. zv. zákonodárný (tvorba prvotních a zpravidla obecných norem), jehož výsledek jest i podle běžného názoru vznik objektivního práva, či o proces t. zv. civilní, trestní nebo administrativní, v němž týž běžný názor nespatřuje prostředek, jímž vzniká objektivní právo (normy), nýbrž zařízení, kterým vznikají t. zv. subjektivní práva (případy t. zv. „konstitutivních“ rozsudků nebo rozhodnutí) nebo se chrání. Základní protiklad objektivního práva (norem) a práva subjektivního jakožto zájmů nebo „volních mocí“ (Willensmacht) právně chráněných je s hlediska normativní teorie a zejména s hlediska správného názoru na podstatu „procesu“ neodůvodněný a neudržitelný. Zajisté lze při každé empirické normě uvažovati o její sociální funkci nebo jejím teleologickém významu jakožto zařízení, jímž mají býti chráněny určité zájmy jednotlivců nebo celých skupin takovýchto jednotlivců (jako dělníků, zemědělců atd.), ale zřejmě nedůsledné jest, když jen určité normy, a to normy konkrétní a druhotné charakterisujeme touto jejich sociální funkcí, nazývajíce je „subjektivními“ právy, nároky nebo zájmy, kdežto jiné normy, a to normy obecné a prvotní (t. zv. „zákony“), považujeme — bez ohledu na jejich obdobnou funkci sociální — za to, co s hlediska normativního jediné mohou býti, totiž za výrazy něčeho, co má býti, to jest právě „normy“, čímž vzniká naprosto nesprávná představa, že objektivní právo je něco zcela jiného, než t. zv. právo subjektivní. A dalším následkem zmíněné nedůslednosti jest známé rozlišování t. zv. hmotného (materiálního) a formálního (procesního) práva, které děje se zpravidla, avšak nikterak důsledně v oboru t. zv. práva subjektivního: za „hmotné“ právo subjektivní považuje se určitý zájem či volní moc, kdežto formální právo subjektivní jeví se jako prostředek, jímž ono se „chrání“.

Zmatek stává se tím beznadějným: jedna a táž věc považuje se jednak za výraz něčeho, co býti má (normu), jednak za zájem nebo volní moc, k jejichž prospěchu jest ona norma stanovena, jednak konečně za prostředek, jímž tento zájem či volní moc se chrání. Tomu odpovídá obligátní třídění „práva“ v právo objektivní a subjektivní, z nichž obě mohou býti opět buď hmotná nebo formální (procesuální) a tradiční názor

na „proces“ jako na boj mezi protichůdnými zájmy, z něhož na konec vzniká opět „právo“ ve formě rozsudku nebo rozhodnutí. Normotvorný proces je tím charakterisován jako *z á p a s s t r a n* — nikoliv ovšem každý takový proces.

Nejtypičtěji jeví se toto pojetí normotvorného procesu jako zápasu stran, jak již bylo naznačeno, v tak zvaném civilním (soudním) řízení sporném. Zde jest tak silné, že jím mizí úplně představa, že zde jde o normotvorné řízení. Chybí i poznatek, že výsledek této normotvorné činnosti — rozsudek — jest považovati za objektivní právo (normu) zcela obdobné tomu, které jest výsledkem analogické činnosti normotvorné v oblasti zákonodárství. Neboť „rozsudek“ (rozhodnutí soudní) jeví se zde jako něco, co jest nebo zakládá či uznává právo subjektivní. Odtud uvažuje se o jeho „konstitutivní“ nebo pouze „deklarativní“ funkci a běžnému názoru ani nenapadá, tázati se, z jakého důvodu jest rozlišovati obě tyto funkce toliko u norem druhotných a konkrétních (soudních rozsudků a správních rozhodnutí), nikoliv však u norem prvotních (zákonů) a obecních norem druhotných (nařízeních).

Názor na civilní proces sporný jakožto na boj (zápas) způsobuje, že v něm jest i pravý domov pro typický pojem „strany“ (roz. procesní). „Strana“ jest držitelem „zájmu“ (práva, nároku), o který bojuje s protistranou. Tato protistrana jest nezbytným logickým doplňkem strany. Strana bez protistrany není „stranou“ (Partei, parti, pars atd.) v typickém slova smyslu⁷⁾. K pojmu „strany“ v tomto smyslu patří nezbytně i zásada t. zv. *pro jednávací* (disposiční), která s hlediska zde zaujatého znamená tolik, že „strana“ nemůže býti nucena, aby zahájila boj (jako žalobce — útočník).

Z řečeného plyne, že pojem strany v „soudním řízení v občanských rozepřích právních“ je jasný a nesporný. „Strana“ legitimuje se zde jako strana samým zahájením útoku proti protistraně. Předpokladem přípustnosti takového útoku jest pouze obecná způsobilost procesní, pokud se týče skutečnost, která ji nahrazuje (§ 1 c. ř. s.). To znamená, že „stranou“ se stáváme v konkrétní rozepři již samým útokem nebo napadením, a to zcela bez ohledu na to, máme-li či nemáme-li nějaké (roz. hmotné) právo nebo nárok či zájem. Vždyť se „zápasem“ teprve

⁷⁾ To neplatí pouze o straně ve smyslu právnickém (procesním), nýbrž i politickém a jiném.

má rozhodnouti o tom, zdali existuje a komu přísluší. Útočník má podle řádu zápasového (§ 226 c. ř. s.) napadnutému protivníkovi pouze označiti, oč bude zápasiti. („Žaloba... má obsahovati žádost...“^{7a)}).

Z civilního řádu soudního, jehož pojetí jako právní úprava boje stran jest zcela nesporné, byl pojem „strany“ převzat do jiných oborů řízení normotvorného, kde toto pojetí jest již mnohem pochybnější, čímž stává se i sám pojem „strany“ nejasnější. V těchto případech dostává se do popředí představa procesu jakožto nalézáni práva (aplikace obecných norem na konkrétní skutkové podstaty, tedy funkce v zásadě intelektuální) nebo stanovení práva (funkce normotvorná, která jest považována jako činnost volní: normotvůrce chce, aby něco bylo). Do této poslední skupiny řízení (procesu) patří proces zákonodárný. Zde účastníci na něm — ať jsou to přímo povinnostní subjekty budoucí normy (referendum, lidová iniciativa v bezprostřední demokracii) nebo jejich mandatáři (volení členové zastupitelských sborů zákonodárných) — nepovažují se za „strany“, ač zcela zřejmě v normotvorném řízení uskutečňují své zájmy, které — podle běžného pojetí — bylo by považovati za „právní“, poněvadž jich nositelé mají podle právního řádu právo (nárok) na jejich uplatnění v procesu normotvorném. Rovněž tak nepovažuje se za „stranu“ absolutní normotvůrce v autokratickém řízení státním (absolutní monarchii), ačkoliv i on normotvorbou sleduje a uplatňuje své zájmy. Do téže skupiny patří — jaksi s druhé strany — smluvní proces normotvorný. Ani zde nevzniká pojem „strany“ ve smyslu civilního procesu (sporného), poněvadž norma může vzniknouti jen shodou vůlí zúčastněných normotvůrců (jednohlasostí), která vylučuje jakýkoli zápas (boj), jehož výsledek bývá určován hlasováním (přehlasováním). Přes to účastníci, kteří při uzavírání smlouvy, t. j. stanovení smluvní normy uplatňují také své zájmy, nazývají se zpravidla „smluvními stranami“ (Vertragsparteien), avšak ani ne tak vzhledem k vlastnímu procesu normotvornému, nýbrž vzhledem k možnému boji, který mezi nimi nastává při pozdějším sporném výkladu smluvené normy: „smluvní“ strany jeví se takto jako budoucí procesní strany ve sporném řízení civilním.

^{7a)} Žalobce musí při tom aspoň tvrditi, že mu jde o jeho právo, roz. hmotné; neboť c. ř. s. nezná žádné actio popularis.

Tak zvanému trestnímu procesu (soudnímu) dává právní řád zpravidla zcela zřejmě formu zápasu stran, který rozhoduje nestranný soudce. Zápasící „strany“ jsou zde obžalovaný, který hájí svůj zájem, spočívající v tom, aby nebyl potrestán, a žalobce, jenž má zájem protichůdný. Pro běžné pojetí trestního řízení jako zápasu je nerozhodné, zdali žalobcem jest soukromá osoba, která, sledujíc svůj zájem, dává útokem (podáním žaloby) podnět k procesu normotvornému (jehož výsledkem jest po případě konkrétní norma: žalovaný budiž potrestán!), či přejímá-li úkol žalobce orgán státní (státní zástupce), který útok podniká z úřední povinnosti (podle zásady oficiální), takže v tomto případě je zápas jak se strany obžalovaného, tak žalobce nedobrovolný.

Přes to, že v oficiálním řízení trestním vystupuje „stát“ ve dvou úlohách, které přiděleny jsou dvěma různým funkcionářům — nestrannému soudci, jenž hájí zájem státu jako tvůrce norem prvotních a obecných (zákonodárce) na tom, aby tyto normy byly správně aplikovány, t. j. aby se tvorba konkrétních druhotných norem děla správně (v souladu s normami vyššími, prvotními) a státnímu zástupci, jehož úkol, nemá-li býti identický s úkolem nestranného soudce, možno chápati jen tak, že sleduje zájem zájmu obžalovaného protichůdný, t. j. aby obžalovaný byl potrestán, vzniká zde představa státu jako strany (a contr. normotvůrce). Stát jako právnická osoba, obdobná ostatním právnickým osobám (zejména t. zv. fyzickým), pouští se zde do zápasu. Podle obligátní představy hájí v něm své zájmy, které jako zájmy „veřejné“ staví se v protivu k zájmům „soukromým“.

Více než v jiných druzích normotvorného řízení vystupuje v oficiálním procesu trestním představa, že jedna v něm zúčastněná „strana“ — t. j. obžalovaný — netvoří vlastně pravý „subjekt“ (roz. právní), nýbrž spíše „objekt“ (předmět), na němž se uplatňuje činnost státu, pokud se týče jeho orgánů, hájících státní, t. j. veřejné zájmy^{b)}). To souvisí s obtížemi, se kterými setkává se konstrukce „práva“ nebo nároku či zájmu, které hájí obžalovaný v řízení, jehož vnější forma přizpůsobena jest podobě civilně-právnímu zápasu soudnímu (spornému řízení). Toto „právo“ či nárok je totiž zcela negativního rázu a

^{b)} Srovn. k tomu Kalla b, n. u. m., str. 41, 51, který obdobnou myšlenku vyjádřuje tím, že obžalovaného nazývá „passivním“ subjektem“.

spočívá prostě v tom, že obžalovaný, tvrdě svou nevinu, nechce býti potrestán. Či dlužno je konstruovati pouze jako zájem na správné aplikaci obecných norem, jinými slovy tedy jako zájem na tom, aby nevinní lidé nebyli trestáni? V tomto případě nebyl by zájem obžalovaného protikladem zájmu státního zástupce, nýbrž byl by shodný se zájmem neustranného soudce a konec konců (podle shora řečeného) i státního zástupce. Všichni tři by hájili v podstatě t ý ž zájem, t. j. tak zvaný v e ř e j n ý. S tohoto hlediska by pak určení trestního procesu jako z á p a s u mezi obžalovaným a státním zástupcem stalo se pouhým o b r a z n ý m r č e n í m. Ať však věc konstruujeme tak či onak, jisto je, že ani v trestním, ani v civilním procesu pro kvalifikaci činitelů v něm zúčastněných jako „stran“, nežádá se p ř e d p o k l a d u nějakého, před zahájením řízení prokazatelného subjektivního práva nebo právního zájmu. V ž d y t n o r m a t i v n í existence tohoto práva či zájmu má býti právě oním řízením teprve p r o k á z á n a a nelze ji tudíž považovati za předpoklad legitimace k zápasu.

Právě dotčená obtíž, kterou způsobuje zásadní pojetí normotvorného procesu jako zápasu strany s protistranou (již může býti po případě stát sám), jemuž více méně nečinně přihlíží neustranný soudce, vyskytuje se ve zvýšené míře v procesu, t. zv. a d m i n i s t r a t i v n í m (správním). Zde totiž podle běžného názoru stát sám vystupuje vůči „soukromníkům“ jako j e d n a j í c í osoba, která chrání své vlastní, t. j. v e ř e j n é zájmy. Není považován ani za s o u d c e, ani za z á k o n o d á r c e, nýbrž — podle známého učení o trojdílnosti státních funkcí — za činitele v ý k o n n é h o. V této své výkonné funkci, kterou běžná nauka představuje si jako něco p o d s t a t n ě jiného než funkci zákonodárnou (normotvornou), jednostranně r o z k a z u j e, v l á d n e a u p r a v u j e, sleduje při tom své vlastní zájmy (veřejné). Pohybuje se při tom v o l n ě, poněvadž právní řád je považován pouze za n e j z a z š í m e z, kterou státní orgán ve své výkonné funkci překročiti nesmí (O. M a y e r, J. P r a ž á k), a konkuruje tím opět do jisté míry se zákonodárcem. Jeho výtvoř v oboru činnosti výkonné (správní rozhodnutí a opatření) nejsou proto podle běžného pojetí ani normami (obdobnými normám, stanoveným orgány zákonodárnými), ani rozsudky, vydávanými orgány soudními, nýbrž jakési záhadné tertium, které v konkrétním případě svou podstatou může se více méně

podobati výtvorům orgánů zákonodárných nebo soudních. Soudním rozsudkům budou se výtvoři ty přibližovati, když řízení, v němž funkce výkonná se projevuje, jest upraveno podle vzoru civilního řízení soudního. (Než přes to pohlíží se na státní orgán jako na vlastní h y b n ý element, který řízení p r o v á d í, kdežto v civilním řízení soudním jsou tímto elementem spíše zápasící strany.) Zde také vznikne představa státu jako nestraanného soudce nad proucími se stranami a dochází někdy dokonce i k analogii oficiálního řízení trestního, ve kterém hájení zvláštního zájmu státu jakožto zápasící strany svěřeno jest zvláštnímu státnímu orgánu. V oblasti tohoto pojetí vzniká konečně i pojem „strany“ ve správním řízení, konstruovaný podle obdoby téhož pojmu v oboru soudního řízení civilního a trestního. Jenže konstrukce ta jest zde — vzhledem ke shora naznačenému mnoho-
tvárnému pojetí řízení správního a naprosto nejasné představě o vlastní podstatě, t. zv. moci či funkce „výkonné“ — mnohem obtížnější a komplikovanější. Možno snad povšechně říci, že konstrukce ta vyznačuje se na rozdíl od obdobných konstrukcí v oboru práva trestního a civilního snahou, vybudovati pojem „strany“ nikoliv na podkladě pouhé procesní (formální) skutečnosti, že někdo proti někomu (protistraně, ať je to soukromník nebo stát) příslušné řízení — boj (zápas) — zahajuje, nýbrž ve spojení s otázkou, zdali k takovému zakročení má materiální (hmotný) nárok nebo právo, nebo aspoň „právní zájem“. Osoby, které takto zakročují, nemajíce zmíněného nároku nebo práva, považovány jsou za pouhé „účastníky“.

Vyžadovati pro kvalifikaci zakročujícího jako nezbytný předpoklad materiální (hmotný) nárok, právo nebo právní zájem, znamená však očividný c h y b n ý k r u h argumentace. Vždyť teprve výsledek řízení může ukázati, zdali zde takový nárok nebo zájem po právu existoval! Proto mnohdy zaměňuje se při pokusech definice pojmu „strany“ onen materiální nárok, který jest nezbytným podkladem (předpokladem) nároku procesuálního, s tímto procesuálním nárokem samým. Tak na př. když § 36 zák. č. 158/1920 o správním soudnictví praví: „Stranou ve smyslu tohoto zákona rozumí se každá fysická nebo právnická osoba, která podle platných předpisů jest oprávněna t a k o v ý m z p ů s o b e m u okresních a župních úřadů hájiti svého práva nebo právního zájmu, že úřady ty jsou povinny o tom jednati a vydati vyřízení.“ Touto definicí není arcitř řečeno to

nejdůležitější: v jakých případech tato povinnost nastává? Podle běžného názoru zajisté jen tehdy, když ona osoba má právě nějaký hmotný nárok nebo zájem! Na takový hmotný nárok či zájem výslovně odvolává se na př. i § 8 rak. zákona o obecném řízení správním (ze dne 14. srpna 1925, č. 274⁸⁾), kdežto naše právo, v němž nyní jest sedes materiae celé otázky, totiž vládní nařízení ze dne 13. ledna 1928, č. 8 o správním řízení, stanoví jen povšechné náležitosti těch, kdož „jako strany mohou u úřadu vystupovati“, aniž by pojem strany sám blíže vymezovalo⁹⁾.

Velmi často spatřuje se rozhodný znak „strany“ v její možnosti (legitimaci), podávati opravné prostředky v řízení správním. I v tomto vymezení spočívá chybný kruh argumentace,

⁸⁾ Viz Adamovich: Österreichisches Verwaltungsverfahren (1926) str. 33: „Beteiligte, die an der dem Verwaltungsverfahren zugrunde liegenden Sache vermöge eines Rechtsausspruches oder eines rechtlichen Interesses beteiligt sind, sind gemäß § 8 R. V. G. Parteien.“ Širší pojem „účastníků“ je vymezen takto: „Gemäß § 8 A. V. G. sind alle Personen, die eine Tätigkeit der Behörde in Anspruch nehmen oder auf die sich die Tätigkeit der Behörde bezieht, Beteiligte.“ (Adamovich, n. u. m. str. 32.)

⁹⁾ § 8: „Jako strany mohou u úřadu vystupovati svéprávné osoby fyzické samostatně, nesvéprávné svými zákonnými zástupci, osoby právnické, společenstva, společnosti a jiné soubory osob svými zákonnými, statutárními, nebo, není-li jich, jinými zástupci.“ K tomu podotýká Říha, Organizace politické správy v republice československé (Kom. zák. českoslov. republiky, sv. XXVIII, 1928, str. 651): „Od zvláštní definice pojmu strany nařízení tedy upouští, přejímajíc pojem ten tak, jak jej dosavadní praxe, zejména judikatura nejv. správního soudu vytvořila.

Theorie i praxe činí rozdíl mezi stranou (zájemníkem, interesentem) a pouhým účastníkem v řízení správním; zdá se, že vládní nařízení klade oba pojmy sobě na roveň. Rozdíl mezi stranou a účastníkem v řízení správním jeví se hlavně v tom, že toliko a jediné straně jsou přiznány vlivy na průběh správního řízení (podávání návrhů, uvádění skutkových okolností a nabízení důkazů, resp. protidůkazů), zejména pak právo na opravné prostředky. To vše nepřísluší pouhému účastníku. — Moderní theorie prohlašuje za stranu v řízení správním každého, kdo má právní nárok, t. j. nárok na určitou úřední činnost, anebo právní zájem, t. j. nárok na určité řízení. Kdo nemá ani materiálního ani formálního nároku, nýbrž jen zájem faktický, není stranou, nýbrž pouhým účastníkem. Tento názor sdílí nejv. správní soud (srovn. nález č. 3676 A), jenž vyslovil, že stranou v řízení správním může býti jen ten, jehož práva, nároky neb povinnosti mají býti v řízení tom autoritativně určeny, anebo ten, jehož právního zájmu zákonem chráněného rozhodnutí nebo opatření správního úřadu se dotýká.“

nehledíc ani k tomu, že v řízení, v němž nejsou vůbec přípustny opravné prostředky, by nebyly možny „strany“. Na otázku totiž, kdo je legitimován (oprávněn) podávati opravné prostředky, odpoví se nám: p o u z e strany a nikoliv jiní účastníci řízení; na otázku však, koho dlužno považovati za „stranu“, odpoví se: ten, kdo jest oprávněn (legitimován) podati opravný prostředek! Je-li legitimace ta v konkrétním případě nesporná, t. j. samým právním řádem (obecnou normou) stanovena, pak arcíť jest věc jasná, pak ale také je zvláštní vymezování pojmu „strany“ zbytečné; není-li tomu tak, pak chybí nám možnost určití, je-li ten který účastník „stranou“, poněvadž právě nevíme, má-li či nemá-li práva k opravnému prostředku. Domnívá-li se v ě d a, že v takových případech jest to věcí p r a x e (judikatury), aby pojem strany vytvořila (viz shora Říha), pak znamená to podle řečeného nic jiného, než že při nedostatku o b e c n ý c h norem o legitimaci k podávání opravných prostředků jest to patrně tvůrce norem konkrétních a druhotných (správní úřad, resp. soud), který právo k podávání opravných prostředků udílí a tím zároveň určuje, kdo v p ř e d h á z e j í c í m řízení byl „stranou“ a kdo ne. Že před tímto řízením, pokud se týče při jeho zahájení, nemůže to nikdo věděti, bylo již shora řečeno¹⁰⁾.

¹⁰⁾ O stanovisku našeho Nejv. správního soudu k otázce pojmu „strany“ viz H a v e l k a : Nástin zásad správního řízení (1927) str. 21: „Názor základní o stranách v řízení správním obsahuje nále z č. 1002. Soud si tu především konstatuje, že často rozlišováno bývá mezi právem strany a jejím zákonem chráněným zájmem, při čemž legitimace k opravnému prostředku jest přiznávána i pouhému zákonem chráněnému zájmu. Soud toto stanovisko nesdílí.

Zájem, který strana na úpravě konkrétního právního poměru může mít, zakládá se původně na okolnostech faktických a takový pouze faktický zájem není právním řádem chráněn, nepropůjčuje interesentu postavení strany v právním smyslu a nezakládá proto legitimaci k uplatňování opravných prostředků v řízení správním. Jakmile však takovýto zájem faktický jest uznáván pozitivním právním předpisem a jím chráněn, jakmile se tedy stává „přímým zákonem chráněným zájmem“, stane se zároveň také již podkladem právního nároku, tedy právem samým; při tom není podstatného rozdílu, je-li obsahem a výsledkem takového zákonem chráněného zájmu a práva nárok toliko formální (procesuální) nebo materiální.

V nálezu č. 3676 se pak uvádí, že stranou v řízení správním může býti jen ten, jehož práva, nároky nebo povinnosti mají býti v řízení tom autoritativně určeny, anebo ten, jehož právního zájmu zákonem chráněného se rozhodnutí správního úřadu dotýká.“

Zdržel jsem se u pojmu „strany“ (procesní) poněkud déle, poněvadž v něm spatřuji rozhodující znak pro povšechné pojetí „procesu“ (řízení). Příznačnou jest při tom i skutečnost, že vyskytuje se u řady typických procesů normotvorných, byť i ne ve všech. S pojetím „strany“ jako činitele aktivního, který jakožto „subjekt právní“ spolupůsobí v řízení nebo vůbec sám způsobí výsledek řízení (rozsudek, rozhodnutí atd.), souvisí dále i pojetí jiných obecných „zásad“ procesuálních: jako jsou na př. zásada disposiční a oficiální (pokud jde o zahájení řízení), zásada inkvisiční a projednávání (pokud jde o zjištění pravdy, která má býti podkladem pro aplikační činnost „nestranného“ soudece) atd., o nichž bude níže ještě řeč.

III.

Že s hlediska normativního může býti jediným pojmovým znakem t. zv. řízení právního (Rechtsverfahren) v nejširším smyslu skutečnost, že se jim tvoří normy, bylo shora

Právem podotýká H., že oba citované nálezy sotva poskytnou při aplikaci právních norem pevnější base. „Bude vždy hlavní obtíž zjisti, zda jest dána v konkrétním právním předpisu určitému zájmu právní ochrana a zda jest to tedy zájem právní.“ Jde tedy při tom o shora zmíněný circulus vitiosus. Rozumí se, že ani praxe bývalého rakouského správního soudu, jak jest vylíčena zejména v Teznerově známém díle o rakouském řízení správním, nemohla rozřešiti problém, který jest svou povahou teoretický, poněvadž týká se stanovení pojmu jako pomůcky vědeckého poznávání a jako takový jest řešiti vědou (theorií). Z praxe možno při nejlepšíh pouze vyvoditi, jak si ten či onen soudní tribunál nebo jiný úřad představuje ten či onen pojem, nikoliv však doložiti jeho správnost. — Takové představy mohou býti po případě velmi poučné, tak na př. když z nich plyne, že pojmu „strany“ (v nejširším smyslu) užívá se prostě jako protikladu k pojmu úřadu, nebo když kvalifikace „strany“ (v užším smyslu) činí se závislou na existenci nějakého „zájmu“, nebo když konečně spatřuje se ve „straně“ (v nejužším smyslu) pouze činitel, který před úřadem vystupuje proti jinému činiteli (protistraně) s nároky tomuto protichůdnými atd. Vedle těchto výměrů může se dále vyskytnouti podstatně jiný, který ve „straně“ vidí jen toho, kdo má — jak shora naznačeno — právo na odvolání (srovn. na př. dvorní dekret z 6. listopadu 1840), z čehož se odvozuje, že úřední orgány, poněvadž nejsou „stranami“, tohoto práva nemají. V praxi může se vyskytnouti dále názor, že „proces“ (v širším smyslu) není „boj“, nýbrž jakýsi právní poměr, a to buď mezi stranami nebo mezi jednou či více stranami, státem (úřadem) atd. Viz o tom podrobněji: Hoetzel, Strany v rakouském řízení správním.

již několikrát naznačeno. Je jasno, že normativní metoda musí i při určování pojmu „řízení“ postupovati obecně, t. j. spatřovati ve všech druzích řízení (ať je to „proces“ zákonodárný, civilní nebo trestní, „sporný“ nebo „nesporný“, „smluvní“ nebo „jednostranný“ atd.) v zásadě týž zjev, t. j. tvorbu norem. Je nemožno, spatřovati na př. v řízení „před“ státními orgány, nazývanými „soudy“, něco podstatně jiného než v řízení, jež koná se „před“ jinými orgány státními, jako správními úřady nebo zákonodárnými orgány (parlamenty nebo absolutními panovníky). Je nemožné, poněvadž nedůsledné, vybírat z činitelů, v řízení tom zúčastněných, jednou toho, po druhé jiného jako činitele normotvorného a ostatním přisoudit jen úlohu pomahačů, při čemž byl by normotvůrce ke stvořené normě v poměru přírodovědecké příčiny k jejímu následku. Nelze tedy považovati v jednom případě bojující „strany“ za vlastní tvůrce normy (na př. rozsudku v civilním procesu soudním), při čemž by „nestranný třetí“, t. j. soudce, řízení tomu jen více méně nečinně přihlížel, kdežto v druhém případě (na př. v trestním řízení soudním) přiděliti aktivní úlohu normotvornou soudci, při čemž ostatní zúčastnění („strany“ i jiní činitelé) byli by pouze jeho více méně pasivními pomahači. Nelze dále v jednom případě charakterisovati řízení jako činnost volní (jako zápas stran), v druhém jako činnost intelektuální, spočívající ve srovnání skutkových podstat s obsahem obecných norem, t. j. v aplikaci těchto norem na konkrétní případy. Veškeré tyto a jim podobné rozdíly jsou rozdíly podávající se z konkrétního obsahu norem, upravujících „řízení“, pro podstatu řízení samotného jsou však nerozhodné. O nich bude níže ještě soustavně řeč.

Je konečně jasno, že správným pojetím „řízení“ jako procesu normotvorného mizí rozdíl, který běžnou naukou po staletí byl považován za základní, t. j. rozdíl mezi t. zv. objektivním a subjektivním právem. Představa, že řízením „zakládají“ se, „uznávají“, „chrání“ nebo „ruší“ se subjektivní „práva“, která jsou svou podstatou (jako „zájmy“ nebo „právní zájmy“ nebo konečně „volní moci“) něco jiného než normy, t. j. objektivní právo, vede k omylům. Vede zejména k mylné představě, že výsledky řízení — obecná norma jako zákon, nařízení, usnesení atd., soudní rozsudek, správní rozhodnutí (opatření), t. zv. dvoustranná soukromá

právní jednání (smlouvy) a obdobná jednostranná (na př. poslední pořízení) — jsou svou normativní podstatou rozdílné zjevy. Vede dále k nejasné představě, podle které jednou považuje se výsledek řízení sám za subjektivní „právo“ či „oprávnění“ (na př. při různých „koncesích“), jindy opět za něco, co nové subjektivní právo pouze zakládá nebo jen uznává (na př. konstitutivní nebo „pouze“ deklaratorní rozsudky a rozhodnutí), a jest tedy něco od tohoto „práva“ rozdílného, což vede pak opět k rozlišování subjektivního práva t. zv. materiálního a formálního.

Normativně významné rozdíly v pojímání „řízení“ jako procesu normotvorného podává se arcí s jiného hlediska než jsou shora naznačená. Je-li totiž řízení to chápáno jako normotvorba, pak jeví se zároveň jako výkon něčeho, co nařizuje vyšší norma. Tak na př. rozsudek, který ukončuje civilní řízení soudní, jeví se jako výkon vyšší obecní normy, jejíž aplikací vzniká, t. j. občanského (povšechněji: t. zv. soukromého) práva, řízení samo jako „vykonávání“ oné normy. Možno též rozsudek jako nižší konkrétní normu považovati jako konkretisaci vyšší normy obecnější (občanského zákona) a v každém „řízení“ spatřovati proces konkretisace práva (A. Merkl). Takovou konkretisací práva jeví se pak i t. zv. „nařízení“ jakožto nižší (u srovnání se „zákonem“), avšak ještě obecná norma. Každá takovouto konkretisací vzniklá nižší norma připouští představu jejího dalšího „výkonu“. Rozdíl spočívá však v tom, zdali „výkon“ sám možno pojmově ještě chápati jako normu, schopnou další konkretisace. Tomu jest tak u všeho, co lze ještě chápati jako výraz něčeho, co má býti, t. j. povinnosti, nebo (objektivně): normy. Takovým výrazem jsou všechny rozsudky, rozhodnutí, opatření (v normativním, t. j. s pojmem rozsudku srovnatelném smyslu), usnesení, smlouvy a „jednostranná“ právní jednání¹¹⁾ soukromá, není jím však již, když konkretisovaný obsah povinnosti nespočívá v činnosti normotvorné. Tomu jest tak při t. zv. jednání solučním¹²⁾, jímž povinovaný zaplatí dluh, vykoná nějakou vnější činnost (práci) atd. Totéž platí i o případech, ve kterých povinovaný

¹¹⁾ Je jasno, že s hlediska zde zaujatého i pojem tak zv. „právního jednání“ (Rechtsgeschäft) spadá pod širší pojem řízení či procesu normotvorného.

¹²⁾ Srovn. Sedláček, Obligační právo, I, str. 203.

jest orgánem státním, tedy při výkonech, jež jsou výsledkem řízení exekučního (v širším slova smyslu) nebo, jako se též nazývá, řízení „vykonávacího“. Činnost spočívající ve výkonu trestu, který jest uložen určitému orgánu jako povinnost, není sama již normotvorbou (na př. poprava pravoplatně k smrti odsouzeného), rovněž také ne výkon civilního rozsudku (roz. vykonatelného) t. j. povinnosti v něm stanovené a povinovaným dobrovolně neplněné, t. zv. soudní exekucí.

Děje, které naznačili jsme povšechně jako „výkon“ norem, jimž normotvorbou konkretisuje se to, co ve své celistvosti „právní řád“ se nazývá, jsou tedy s dvou stran ohraničeny výkony, jež nelze již chápati jako tvorbu norem. Zdola jest to, jak řečeno, soluční (exekuční) výkon, kterým poslední (nejnižší, nejkonkretnější) norma splněním povinnosti se úplně vyčerpává, takže ztrácí svou normativní existenci (na př. splnění smluvní povinnosti, výkon trestu atd.), shora jest to výkon, jehož obsahem jest stanovení první, původní či ústavní (ve smyslu normologickém) normy a který sám již nemůže býti konstruován jako výkon povinnosti, stanovené nějakou ještě vyšší, t. j. hierarchicky oné ústavní normě nadřazené normy. Stanovení oné ústavní normy (ohniska ústavy a právního řádu) nelze tudíž již normativně dále vysvětlovat a odůvodňovat, nýbrž dlužno ji jakožto nezbytnou hypotestu normativního poznávání prostě jako danou předpokládat¹³⁾.

Proti právě vylíčenému pojetí normového souboru (právního řádu) jako souboru celé řady norem s větší a menší relevancí, v jeden celek hierarchicky uspořádaných — pojetí o několika „dimensích“, jak bylo případně nazváno — stojí pojetí v podstatě jednodimensionální, podle kterého jeví se právní řád jako soubor norem pouze jedné kategorie (pokud jde o jejich relevanci!), a to, co shora bylo nazváno normami „nižšími“ (relativně) a „konkretnějšími“ (opět relativně), jako pouhé skutkové podstaty, na které víže norma vznik konkrétní povinnosti. Podle tohoto pojetí vznikají či „tvorí se“ tudíž nikoliv normy (nižší), nýbrž skutkové podstaty. Tak na př. soukromá smlouva jest předpokladem (předpokládanou skutkovou podstatou) pro vznik určitých, v občanském zákoně

¹³⁾ Viz Weyr, Soustava čs. práva státního, II. vyd., str. 55.

o b e c n ě naznačených povinnosti. Rovněž obdobnou skutkovou podstatou jest na př. nějaký, určité charakterisovaný čin, skutek nebo děj, jímž vzniká konkrétní povinnost k náhradě škody atd. Podobně jest i soudní rozsudek nebo správní rozhodnutí a jim předcházející děj (t. j. příslušné řízení) skutkovou podstatou, kterou vznikají konkrétní povinnosti a to jak „soukromých“ osob, tak státních orgánů k určitému plnění, pokud se týče k exekuci.

Určité skutkové podstaty — ne všechny — jeví se však zároveň jako operace rozumové (intelektuální). Z „rozsudku“ na př. stává se „úsudek“ (roz. logický): není zde chápán jako výraz něčeho, co má býti, nýbrž jako logický „soud“, vyjadřující aplikovatelnost či neaplikovatelnost určité obecné normy na určitou konkrétní skutkovou podstatu, tak na př. když vyjadřuje se v něm úsudek, že určitá skutková podstata jest tou či onou smlouvou podle občanského zákona, a že tudíž příslušné ustanovení tohoto zákona (obecní normy) jest aplikovatelné na určitou osobu, z čehož pro ni plynou určité povinnosti nebo práva. Tento „rozsudek“ může pak dále, jak již bylo naznačeno, býti skutkovou podstatou, ve příčině které možno zkoumati aplikovatelnost další obecné normy t. zv. exekuční, která ukládá konkrétní osobě (orgánu) konkrétní povinnosti, jsou-li splněny i ostatní případné podmínky, t. j. dány určité skutkové podstaty, jako na př. z a k r o č e n í (žádost) „oprávněného“ (žalobce) atd.

Rozsudky (rozhodnutí) tohoto druhu jakožto logické úsudky může sice pronášeti každý, kdo má k tomu intelektuální schopnosti. Pro význam jejich jako skutkových podstat není však lhostejno, kdo je pronáší. Logický úsudek, obsažený v „rozsudku“, vyjádřeném „soudcem“, t. j. státním orgánem, po předepsaném řízení (procesu) je co do svého normativního významu jinou skutkovou podstatou, než t ý ž úsudek, pronesený jinou osobou (soukromníkem, soukromým učencem atd.).

Z hlediska zde zaujatého, které možno nazvati „statickým“ (a contr. dřívějšího „dynamického“) ¹⁴⁾, jeví se každé „řízení právní“ (Rechtsverfahren) jako proces intelektuální. Není procesem volným (zápasem, bojem), ani tvorbou norem, nýbrž postupem, kterým tvoří (vyjadřují) se úsudky jakožto

¹⁴⁾ Viz We y r, Základy filosofie právní, str. 136 a další.

právně relevantní skutkové podstaty. Pro logickou podstatu „právního řízení“ takto pojatého jest lhostejno, zdali zabývá se skutkovými podstatami skutečnými nebo pouze vymyšlenými (supponovanými; t. zv. „školské“ případy). V prvním případě nazýváme zmíněnou intelektuální činnost zpravidla aplikací obecných norem, v druhém jeví se jako interpretace. Jak aplikace, tak interpretace může býti podle toho, kdo ji provádí, buď právně relevantní (roz. skutkovou podstatou) nebo ne. Právně relevantní interpretace označuje se též, jak známo, jako legální. Představujeme-li si intelektuální proces, odehrávající se v právním řízení, jako děj, připadá v něm aktivní účast činiteli, který vyjadřuje logické úsudky (rozsudky), t. j. „soudeci“. Ostatní činitele — „strany“, účastníci, svědci, znalci atd. — jsou pouze pasivními součástkami. Dospíváme tím tudíž k představě, která je přímým protikladem oné, která ve „stranách“ vidí aktivní činitele (zápasící) a v „neustranném třetím“ pouze pasivního činitele. ději tomu přihlížejícího a jej posuzujícího.

Je-li rozsudek, rozhodnutí, opatření, jednostranné či dvoustranné „soukromé“ právní jednání atd., tedy zkrátka vše to, co se s dynamického aspektu vznikání norem (normotvorby) jeví jako druhotná norma, pouhou skutkovou podstatou s aspektu statického, která konkretisuje povinnost, vyslovenou v prvotní či vlastně jediné a jednotné normě („zákonu“), pak není místa pro představu nějakého „řízení“, či „procesu“, který by byl dějem typicky normativním a contr. děje ryze intelektuálního, jakým jest srovnávání hotové skutkové podstaty — ať skutečně existující nebo pouze vymyšlené — (aplikace, interpretace normy), nebo faktického, ve světě vnějším se odehrávajícího, jako jest na př. narození, smrt, onemocnění, zranění určitého člověka a pod. Nicméně je však hledisko statické nesporně přípustno, ba bylo již jinde dovozeno¹⁵⁾, že jím objevuje se normativní nazírání ve formě ryzejší (imanentní) než transcendentním hlediskem dynamickým. Ať však zvolíme při posuzování toho, co obecně „řízením“ či „procesem“ se nazývá, to či ono hledisko, vždy musí býti zaujato důsledně, t. j. není přípustno posuzovati jeden

¹⁵⁾ Viz Weyr: „Motivy zákonů a důvody rozhodnutí“ v této Ročence, III (1924), str. 29.

druh (způsob) řízení — na př. soudní řízení civilní — s toho, jiný opět s druhého hlediska. Jmenovitě je nepřipustno, vplétati do ryze teoretického (poznávacího) způsobu nazírání na právo (obecněji: svět norem) porůznu názor na praktickou (sociální) funkci, kterou toto právo může mít — a zpravidla též má — ve světě vnějším. Splétati tato dvě různá hlediska znamená asi tolik, jako kdybychom nerozlišovali teoretické poučky „ryzí matematiky“ s praktickými poučkami jejich použití na svět vnější, t. j. s poučkami „mechaniky“, která jeví se takto jako „aplikovaná matematika“. A právě ono praktické hledisko na sociální funkci práva (právního řádu) jest ono, se kterého se nám může jeviti teoretický pojem normotvorby jako boj (zápas). Není to arcí „boj o právo“, pokud jím rozumíme předmět normativního poznávání, t. j. normy čili „objektivní“ právo nebo právní řád, nýbrž boj o individuální zájmy (ať egoistické nebo altruistické), které ti, kdož jsou na procesu normotvorném zúčastněni, snaží se v něm uplatnit. Zápas o tyto zájmy jest něco podstatně jiného, než ona funkce, kterou někdo tvorbu norem vykonává jako povinnost, uloženou mu jinými (vyššími) normami, jak to činí „orgán“ státní, jehož typem jest „soudce“. Pojetí normotvorby jako orgánní a tudíž povinnostní funkce nebude arcí ve všech případech normotvorby stejně jasně vystupovati, poněvadž stupeň jeho intensity bude závislý na stupni determinovanosti normotvůrce zmíněnou vyšší normou: je na př. větší u sudce, který „nalézáje“ právo, koná tím svou orgánní povinnost, než u t. zv. zákonodárce, kterého sice běžná nauka považuje také za „orgán státní“, jemuž však vyšší norma, t. j. ústava, neukládá normotvorbu jako přímou povinnost (tím méně pak tvorbu norem určitého obsahu), nýbrž předepisuje pouze formální způsob, jakým tvorba norem má se díti (řízení zákonodárné, upravované v jednacích řádech parlamentních atd.). Ani normotvornou činnost soukromníků, projevující se v jejich „právních jednáních“, nelze konstruovati jako jejich orgánní, t. j. povinnostní funkci. Neboť nejsou povinni uzavírati smlouvy (t. j. stanoviti smluvní normy), tím méně pak smlouvy určitého obsahu, jako soudce, který nemá jen povinnost vydati rozsudek (druhotnou normu), nýbrž rozsudek určitého obsahu,

a to takového, aby byl v souladu s vyšší normou, jinými slovy: aby se jevil její aplikací čili výkonem.

Podle právě řečeného může tudíž býti normotvorba zároveň orgánmi (povinnostní) funkcí, ale nemusí jí nutně býti.

Nyní možno přikročiti k typisaci některých nejběžnějších forem právního řízení:

1. *Proces t. z v. zákonodárný.* Jim míněno jest povšechně řízení, které vede ke stanovení prvotních norem právních (zákonů). Jeho podstata jako normotvorba je i pro běžný názor starší pravovědy nesporná. Naproti tomu je jeho pojetí jako aplikace či výkon norem (roz. ještě vyšších, nejprvotnějších, t. j. ústavních) tomuto názoru zcela cizí. Proto v něm také nespátřuje obdobu — třeba sebe vzdálenější — právního procesu, jehož výsledky jsou normy druhotné a konkrétní (soudní rozsudky, správní rozhodnutí atd.). Povaha o b e c n o s t i (abstraktnosti) norem, vyšlých ze „zákonodárného“ řízení normotvorného, pocífuje se mlčky jako podstatný předpoklad tohoto procesu jako řízení normotvorného. Na druhé straně přehlízí se často — ani normativní teorii v její původní (statické) podobě nevyjímajíc — obtíž, která spočívá v případné existenci zvláštních ústavních norem (zákonů), „obyčejným“ zákonům hierarchicky nadřazených, které z těchto obyčejných zákonů činí normy druhotné, jichž poměr k „vyšším“, t. j. ústavním zákonům jest naprosto obdobný poměru ještě nižších norem (na př. t. z v. nařízení) k obyčejným zákonům. Že chápeme „obyčejné“ zákony přes existenci zvláštních ústavních zákonů jako normy prvotní, k tomu svádí zajisté ta skutečnost, že k jejich stanovení bývá povolán zpravidla t ý ž činitel či orgán státní (parlament). Neboť často usuzuje se na povahu normy z povahy (nebo pravidelné funkce) orgánu, jenž jest k jejímu stanovení povolán, a ne naopak. Bez vlivu zde není zajisté ani další okolnost, že oba stupně norem různé relevance právní (ústavní a obyčejné zákony) nazývány bývají stejným jménem („z á k o n y“).

Pojetí obyčejného zákonodárného řízení jako aplikace či v ý k o n u norem (roz. ústavních) vadí i okolnost, že při tomto řízení není „nestranného třetího“ (s o u d c e) jako činitele aplikujícího, a následkem toho také ne „stran“ ve shora zmíněném typickém smyslu. Bylo by však zřejmě neodůvodněné, kdybychom a contrario z n e d o s t a t k u takového soudce chtěli učiniti rozhodující předpoklad pro možnost pojetí určitého

děje jako normotvorného řízení na rozdíl od řízení aplikačního. Vždyť shora bylo již k tomu poukázáno, že protiklad obého pojetí je jen zdánlivě absolutní. Ostatně absolutní nedostatek činitele, kterého by bylo lze chápati jako „nestranného třetího“ — byť i ne soudce — v obvyklém, užším slova smyslu, možno zjistiti jen při určitém druhu zákonodárného řízení, totiž v případech, ve kterých tato normotvorba upravena jest podle určitého principu politického, totiž při normotvorbě autokratické, jinými slovy: v monarchii absolutní, ve které „funkce“ zákonodárná přísluší jedinému člověku. Zde také nemůže vzniknouti představa této normotvorby jako boje či zápasu „zúčastněných“ činitelů, t. j. budoucích povinnostních subjektů nebo jejich zvolených zástupců (poslanců). Jinak má se věc, předpokládáme-li demokratickou úpravu řízení zákonodárného, které vyznamenává se tím, že na něm zúčastnění jsou — aspoň zásadně — ti, pro něž výsledky normotvorby (zákony) mají „platiti“, t. j. tedy budoucí jejich povinnostní subjekty. Lhostejno jest zatím, zdali jsou na řízení zúčastnění přímo (případ lidového hlasování v bezprostřední demokracii), nebo nepřímo (případ zvoleného zákonodárného sboru „zastupitelského“). Normotvorba, která děje se nikoliv jedincem, nýbrž sborem, vykazuje ve své podrobnější úpravě zcela pravidelně orgán, jehož funkce přibližuje se již podstatě funkce „soudcovské“, byť i jen té, která nespočívá v aktivní činnosti aplikační, nýbrž spíše v pasivní úloze přihlížitele a pozorovatele celého řízení- (Srovn. shora uvedený příklad funkce soudců při soubojích a jiných zápasech.) Tímto činitelem či orgánem jest zcela povšechně předsednictví onoho sboru. Jemu přísluší totiž, aby jednání (proces normotvorný) řídil a posoudil jeho výsledek podle příslušných „procesuálních“ norem. Toto posouzení spočívá zpravidla ve zjišťování výsledku hlasování (kde jest většina, kde menšina, který „návrh“ jest tudíž přijat atd.). Tato funkce může příslušet po případě vedle předsednictva, jednání sboru řídicího, i jiným činitelům (na př. hlavě státu, je-li na zákonodárném řízení zúčastněna jako spoličinitel, nebo přísluší-li jí aspoň funkce t. zv. promulgační¹⁶⁾).

Funkce „jednotné“ vůle nebo názoru tvoří se při jednání více-

¹⁶⁾ Viz mé pojednání: „Promulgační“ v této Ročence, V (1926) a další tohoto pojmu se týkající čs. písemnictví.

hlavého sboru pomocí technického prostředku hlasování, při němž zpravidla platí zásada majority (pars major — pars sanior), t. j. vůle (názor) hlasujících, kteří zůstali v menšině, jest přehlasována většinou. Představa boje či zápasu, předcházejícího tvorbu norem, jest zde nasnadě a ve skutečnosti se též v běžném názoru na řízení zákonodárné zcela obecně vyskytuje. V boji tom zápasí mezi sebou různé zájmy, uplatňované jednotlivými skupinami hlasujících. Že však ani v řízení zákonodárném nepatří tento boj zájmů k podstatě procesu normotvorného, ukazuje možnost případu jednohlasnosti, jímž je naznačeno, že zde rozpor zájmů vůbec není, a dále i možnost takové úpravy řízení normotvorného, podle které ke vzniku normy se přímo vyžaduje oné jednohlasnosti (viz četné podobné případy z oboru práva mezinárodního, pokud jest právem smluvním).

Že v obligátním řízení zákonodárném nevyskytuje se pro běžný názor pojem „stran“, vysvětluje se především tím, že názor ten nespatřuje v onom řízení nějakou „ochranu“ zájmů nebo dokonce subjektivních práv, nýbrž — a contr. řízení, v nichž se taková „ochrana“ uskutečňuje (a to aktivní činností držitelů „zájmů“ nebo „práv“), jako v procesu civilním nebo trestním — ryzí děj normotvorný. Pro obecnější a důslednější hledisko není však naprosto vyloučeno, spatřovati i v řízení zákonodárném uskutečňování podobné „ochrany“. Při nejmenším jest představa hlasujících členů sboru zákonodárného jako držitelů určitých „zájmů“ (egoistických nebo altruistických) stejně přípustné jako konstrukce „účastníků“ s určitými „zájmy“ v procesech jiných. Ba i představa zvláštních „právně“ chráněných zájmů může vzniknouti v procesu zákonodárném, vzpomeneme-li obligátních předpisů jednacích řádů o minimálním počtu podpisů, který musí vykazovati t. zv. iniciativní „návrh“, má-li býti podnětem k zahájení konkrétního řízení normotvorného. Navrhovatelé mají zde stejné „právo“ na zahájení procesu, jaké mají na př. „strany“ v procesu civilním. V obou případech jde pouze o t. zv. právo formální (procesní), jehož existence nijak neprejudikuje existenci nějakého t. zv. práva materiálního (hmotného), poněvadž toto poslední má právě býti normotvorným řízením teprve stanoveno. A normativní theorie jest si vědoma, že normotvorným procesem nestanoví (nezakládají) se nikdy přímo práva (roz. subjek-

tivní), nýbrž, poněvadž jde právě o tvorbu norem, t. j. výrazů něčeho, co býti má, povinnosti. T. zv. subjektivní práva jsou pak jen odleskem — a to naprosto ne nezbytným — těchto povinností¹⁷⁾. Přes to i zde — jako v přemnohých jiných případech — jest běžnému názoru na podstatu řízení právního (v nejširším smyslu) východiskem jeho konstrukce nikoliv primární (nezbytný) pojem povinnosti, nýbrž sekundární (a tudíž nahodilý) pojem práva či oprávnění, pokud se týče „zájmu“ právně více méně „chráněného“.

Podstatný rozdíl — avšak přes to nijak absolutní, nýbrž pouze relativní — mezi zákonodárcem jako normotvůrcem a jinými (podružnými) normotvůrci, jichž typem jest civilní „soudce“, spočívá pak ve stupni vázanosti obou na vyšších normách. Tato vázanost jest u zákonodárce u srovnání s jinými normotvůrci nejmenší¹⁸⁾, ba mizí úplně, předpokládáme-li normový soubor (právní řád), který nezná žádných ústavních norem ve smyslu formálním (o tomto pojmu viz Weyr, Soustava čs. práva státního, II. vyd., str. 69). V tomto případě je zákonodárce vázán toliko procesními normami, upravujícími jeho normotvorbu, jinými slovy: je vázán co do způsobu, jak se normotvorba dítí musí, nikoliv co do obsahu tvořených norem. Je-li zde však zároveň ústava ve smyslu formálním, pak „obyčejné“ zákony nesmí býti v neshodě s ústavami, jinými slovy: budou se jeviti jako „výkon“ ústavy a tím dána jest vázanost „obyčejného“ zákonodárce na ústavním, která jest obdobou vázanosti soudce (v nejširším smyslu) na vyšší normě, kterou při své normotvorbě aplikuje. Než i v těchto případech bývá kvantitativní rozdíl mezi stupněm vázanosti obyčejného zákonodárce a zmíněného soudce tak značný, že běžnému názoru jeví se tento rozdíl nikoliv jen kvantitativním, nýbrž přímo kvalitativním, což objevuje se právě v tradičním pojetí zákonodárného řízení jako normotvorby katechén, kdežto řízení soudní jeví se jako „pouhá“ aplikace vyšších norem. Ve středu mezi oběma těmito extrémy stojí řízení t. zv. administrativní, o němž níže bude ještě blíže řeč. Zde budiž však hned dodáno, že ona kvantitativně

¹⁷⁾ Viz Weyr, Základy filosofie právní, str. 151.

¹⁸⁾ Srovn. k tomu mé shora cit. pojednání: „Motivy zákonů a důvody rozhodnutí, str. 25, v němž jsem ostatně některé otázky, které zde podrobněji rozvádím, povšechně již naznačil.

menší vázanost správního či výkonného orgánu (soudce) u srovnání s orgánem soudním dochází v běžné teorii výrazu v konstrukci t. zv. volného uvážení (Freies Ermessen), při čemž teorie ta se domnívá, že toto „volné uvažování“ je vlastností, která jest typickou právě jen pro řízení správní. Vpravdě jest ono volné uvažování jen záporným výrazem pro pojem shora zmíněné vázanosti normotvůrce na vyšší normě, kterou při své normotvorbě „aplikuje“ čili „vykonává“ a může se vyskytovat ve všech druzích řízení právního (normotvorného). Lze pak názor běžné teorie právní s hlediska zde zaujatého charakterisovati asi takto: O „volném uvážení“ mluví jen v takových případech řízení normotvorného, ve kterých stupeň (rozsah) jeho nepřibližuje se ani tomu, ani onomu extrému vázanosti, resp. nevázanosti normotvůrce, t. j. není ani příliš veliký, ani příliš malý. Čím jest stupeň ten větší, tím jasněji vnucuje se běžnému názoru pojetí „právního řízení“ jako (ryzí) normotvorby — případ řízení zákonodárného —, čím jest menší, tím více mizí ono pojetí a na jeho místo nastupuje představa „pouhé aplikace“ (případ řízení soudního). V případech středních — to jsou právě případy řízení administrativního a tudíž vlastní doména, ve které se vyskytuje představa „volného uvážení“ — objevuje se pak konstrukce řízení právního jako zvláštní smíšeniny (mixtum compositum) z pojmu normotvorby a aplikace norem.

2. Případy řízení, v němž normotvorba jest zároveň povinností (orgánní) funkcí normotvůrce. Klademe-li na roveň pojmy „právní řád“ a „státní řád“, týkají se tyto případy tvoření (nalézání) norem, které uskutečňují státní orgány (v širším slova smyslu). Tradiční náuka, opírajíc se o představy politické, vytvořila zde dva druhy těchto orgánů: soudní a ostatní, jež nazývají se výkonnými (správními, administrativními) a k tomu též dva typy řízení: soudního (civilního a trestního) a správního (administrativního). Rozlišování to souvisí, jak známo, se známou teorií o trojdílnosti funkcí státních (zákonodárná, soudní a výkonná funkce)¹⁰⁾ a sdílí s ním, zejména pokud se týče pojetí podstaty obou druhů řízení resp. jejich rozdílů, jeho nejasnosti.

I normotvůrce v řízení zákonodárném (absolutní pa-

¹⁰⁾ Srovn. blíže Weyr v heslu „Funkce státní“ ve Slovníku veřejného práva československého.

novník, parlament) bývá sice zpravidla chápán jako orgán státní, a bylo by tudíž nasnadě považovati i jej jako povinnostní subjekt, jinými slovy: jeho činnost (roz. normotvornou) jako funkci povinnosti. Než v nejlepším případě byla by norma, ukládající mu normotvornou činnost jako jeho povinnost, pouhou t. zv. *lex imperfecta*, t. j. normou bez sankce. Tato okolnost jest patrně důvodem, proč v tradičním pojetí řízení zákonodárného jest představa jeho jako funkce povinnosti mnohem méně zdůrazněna. (Běžná teorie spokojuje se zde bezbarvým povšechným označením zákonodárné činnosti jako činnosti „orgánní“ a zákonodárce jako „orgánu“ jednotného státu.) Něco podobného platí ostatně i o normotvorné činnosti podružných (nižších) orgánů, pokud tvoří druhotné, avšak obecné normy. Příkladem bylo by zde normotvorné řízení, jehož výsledkem jest stanovení t. zv. nařízení (vládních). Řízení to upraveno bývá — i v demokratických státních zřízeních — jiným způsobem než řízení zákonodárné, a to způsobem více méně autokratickým²⁰). To, co bylo řečeno o nařízeních, platí částečně i o případech tvorby jiných druhotných norem, pokud jsou obecné, jako jsou na př. usnesení různých zastupitelských sborů (obecních zastupitelstev a pod.). Běžná nauka spatřuje, jak již dříve bylo naznačeno, vlastně pouze v obecných normách pravé normy („objektivní“ právo) a tudíž též jen v řízení, jímž se takové obecné normy tvoří, vlastní normotvorné řízení²¹).

Avšak právě podle názorů této běžné nauky, která jednak přidržuje se teorie o trojdílnosti státních funkcí, jednak aspoň ve stanovení obecných norem, a to bez rozdílu, jsou-li prvotní nebo druhotné, spatřuje řízení normotvorné, nezbyvá než zařaditi proces, v němž vznikají druhotné normy obecné (nařízení vládní, usnesení sborů atd.), do oboru řízení správního (či „výkonného“), poněvadž právě není ani zákonodárným, ani soudním řízením. Ku podivu však právě onen

²⁰) Příslušné procesuální normy obsaženy jsou u nás v §§ 55, 80, 81 a 84 úst. listiny. U srovnání s podrobnou úpravou jiných druhů řízení normotvorného jsou to předpisy velmi kusé.

²¹) Viz na př. § 56 zák. o organizaci polit. správy (č. 125/1927, příloha), v němž pouze stanovení obecných (druhotných) norem nazývá se „normotvornou“ působností zemského zastupitelstva. Podobnou „normotvornou“ působnost nemají — podle nomenklatury zákona — okresní zastupitelstva.

děj, v němž nechce viděti normotvorbu, nazývá tato nauka (a s ní i praxe) „procesem“ či „řízením“, jehož typy jsou jí „procesy“ či „řády“ soudní (civilní a trestní) a správní. V těchto „procesech“, o jejichž normotvorné povaze podle dosud řečeného nemůže býti nejmenší pochybnosti, jde o stanovení druhotných norem konkrétních a v nich také zcela jasně vystupuje představa normotvorné činnosti jako funkce povinnosti²²).

Stejně příznačnou pro oba tyto druhy řízení — soudního a správního — jest vlastnost autokratické (nebo, jak zde možno i říci, heteronomní) úpravy řízení: normy netvoří ti, kdož stanou se jejich povinnostními subjekty — jak tomu jest při demokratické úpravě řízení zákonodárného nebo při smluvní normotvorbě —, nýbrž „jiný“ (heteros) čili „nestranný třetí“, t. j. soudce (v širším slova smyslu), který, vykonáváje normotvorbu, plní tím zároveň svou povinnostní funkci. Představa, že by jí v těchto případech vykonávaly zápasící (bojující) „strany“, jichž zápasu soudce jen pasivně (nečinně) přihlíží, je pro úpravu obou druhů řízení v dnešním státě při nejmenším nepřiléhavá: přímo nesprávné bylo by pak, spatřovati v této představě snad nějaký zásadní rozdíl mezi soudním a správním řízením (řízení před soudy a správními úřady), a to tak, že by se normotvorba v oboru soudnictví považovala za „nalézání“ práva stranami tvořeného, kdežto normotvorba v oboru t. zv. „výkonné moci“ (= veřejné správy) jako výkon nějakého „imperia“ (= výsostné moci).

Autokratický (heteronomní) ráz normotvorby v řízení soudním a správním jest v dnešních právních rádech pravidlem. Běžné nauce a praxi jeví se to jako monopolisace nalézání práva moderním státem, vylučující soukromou svépomoc v širším slova smyslu (t. j. nikoliv jen soukromou exekuci jako poslední „výkon“ normy, který sám již

²²) V rámci tohoto pojednání možno jen zcela povšechně poukázati k tomu, že rozdíl mezi pojmy „obecných“ (abstraktních) a „konkrétních“ norem není nijak absolutní, nýbrž jen relativní. Již z toho důvodu jeví se zcela neoprávněným, když základní pojem normotvorby omezujeme zcela libovolně na tvorbu norem t. zv. obecných, tak jak je neodůvodněno spatřovati pouze v „obecné“ normě pravou normu (objektivní právo, lex).

nemůže býti konstruován jako norma), a kogentní vlastnost kompetenčních norem²³⁾.

Než v naznačené autokratické (heteronomní) úpravě řízení soudního zůstává přece slabý prvek demokratický (autonomní), když právní, t. j. v našem případě procesní řád do jisté míry a pro určité případy přenechává těm, kdož „hledají“ právo, t. j. budoucím povinnostním subjektům budoucí normy, aby si toho, kdo právo to má „nalézti“, tedy normotvůrce, určili sami. Tím vzniká nový druh řízení normotvorného: t. zv. řízení rozhodčí (srv. na př. příslušná ustanovení našeho soudního řádu o tomto řízení). Takové rozhodčí řízení může se vyskytovat — a vyskytuje se též — v obou druzích řízení, o nichž zde jednáme, t. j. jak v oboru práva „soukromého“, tak „veřejného“. Způsob, jakým vliv „stran“ (lépe: budoucích povinnostních subjektů) na určování rozhodců jest upraven — od pouhého negativního „odmítání“ až do přímého jmenování soudců —, jakož i způsob organizace rozhodčích „soudů“ (stále nebo ad hoc zřízené atd.), mohou býti různé. Ve všech případech znamená nám však vždy „rozhodce“ tolik jako „soudce“ (v širším slova smyslu) demokraticky či autonomně zřízený, a „řízení rozhodčí“ jeví se jako přechod od ryze autonomního způsobu demokraticky upraveného řízení z á k o n o d á r n é h o k heteronomní úpravě normotvorby, prováděné nižšími normotvůrci státními („řádými“ soudy a správními úřady). Týž prvek autonomní — u srovnání s normotvorbou státními orgány (v užším slova smyslu) vykonávanou — vykazuje konečně řízení normotvorné v oboru t. zv. s a m o s p r á v y (místní a zájmové), t. j. „samosprávnými“ orgány vykonávané.

V obou druzích zde projednávaného řízení normotvorného (před soudy a správními úřady) spatřuje běžný názor v normotvorném ději činnost v podstatě intelektuální (subsumce konkrétní skutkové podstaty pod obecnou normu), avšak nikoliv ve stejné míře. Neboť v t. zv. řízení správním uplatňuje se, jak níže bude ještě blíže rozvedeno, představa normotvůrce jako subjektu volního, který má tudíž k z á k o n o d á r c i blíže než normotvůrce v řízení soudním („soudce“ v užším slova smyslu). Avšak nehledíc k této okolnosti, ve

²³⁾ S jiného hlediska vyjadřují tutéž myšlenku předpisy moderních ústav, že „nikdo nesmí býti odňat svému z á k o n n é m soudci“ (srovn. na př. § 94 naší ústavní listiny).

keré běžný názor často pocituje jeden ze základních rozdílů mezi řízením soudním a správním, může v obou druzích řízení zmíněný prvek volní vystupovati silněji, a to podle způsobu, jakým jest normotvorný činitel organizován. Zde dlužno rozlišovati typ individuální a kolegiální organizace (typ samosoudce a soudu sborového). Kolegiálně organizovaný normotvůrce „rozhoduje“ totiž hlasováním. Každé hlasování však přináší s sebou představu boje či zápasu hlasujících a s ní vzniká i představa vůle. (Tak tomu jest na př. v řízení zákonodárném.) Při kolegiální organizaci normotvůrce odehrává se tento zápas — jinak zcela obdobný zápasu v řízení zákonodárném (je-li upraveno podle zásady demokratické či autonomní; viz shora) — mimo „strany“, t. j. povinnostní subjekty budoucí normy. Z toho důvodu jest zde normotvůrce označován jako „nestranný třetí“, který na rodící se normě nemá vlastního „zájmu“ (egoistického nebo altruistického).

V rámci tohoto pojednání nelze všestranně rozebrati představu a hlediska, která vedou tradiční nauku k základnímu a zásadnímu rozlišování procesu soudního a správního. Možno z nich naznačit jen ta, která souvisí s tématem zde projednávaným. Povšechně možno říci, že nauka ta pocituje v řízení správním (= před správními úřady se odehrávajícím) jasněji a určitěji proces normotvorný než v řízení soudním (= před řádnými soudy se odehrávajícím), v němž vidí spíše proces aplikací (= činnost intelektuální). To souvisí především s pojetím státu jako jednajícího a volního činitele v oboru t. zv. moci výkonné. Obecné normy, které při této činnosti jsou aplikovatelné, prohlašují se za pouhé nejzazší hranice, uvnitř kterých „jednající“ stát v zásadě „volně“ se pohybovati může (Pražák). Stát v tomto oboru osvědčuje své „imperium“, t. j. rozkazovací moc, která s hlediska normativního nemůže býti arcí nic jiného než moc normotvorná určitým způsobem upravená, a to autokraticky (heteronomně): jde o „jednostranné“ (bez součinnosti povinnostních subjektů) stanovení konkrétních druhotných norem. Tyto normy čerpají prý někdy svou právní relevanci „ze sebe“ (O. Mayer), což znamená, že nejsou jednak aplikací vyšších obecných norem a že ani jejich stanovení není odvoditelné od těchto vyšších norem. Představu, že to, co stát v oboru „výkonné“ moci („výsostných“ práv, imperia) tvoří, jsou normy, zate-

ňuje nejasné pojetí této „výkonné“ moci, ve které zahrnuje se i všeliké jiné než normotvorné jednání (vedení války, vyučování dětí, léčení nemocných atd.), zkrátka činnosti, které obdobně provádějí i soukromníci v oboru své působnosti. Tyto činnosti nelze již chápati jako normotvorbu a právě proto jsou vůbec nesrovnatelný s činností, kterou stát vyvíjí v oboru „moci“ soudcovské. Nelze srovnávati (= do jednotné soustavy přiváděti) činnost státního orgánu, spočívající na př. ve stavbě železnice, s činností, jejíž výsledkem jest druhotná norma (t. zv. správní rozhodnutí), tak jako ostatně ani uvnitř soudcovské „moci“ samé nelze srovnávati normotvorné řízení, jejíž výsledkem jest stanovení rozsudku trestního („Osoba A má býti popravena“), s řízením, jehož obsahem jest výkon tohoto rozsudku, t. j. poprava.

Tradicionální nauka jest na zřejmém omylu, když se domnívá, že v t. zv. řízení administrativním jest obsaženo více „imperia“ státního než v řízení soudním (civilním nebo trestním). Vpravdě jde v obou případech o týž typ řízení normotvorného, t. j. podle stejné zásady upraveného. Zásada ta jest princip autokratické čili heteronomní normotvorby. Nauka ta je dále na omylu, domnívá-li se, že podstatný rozdíl mezi oběma druhy řízení spočívá v tom, že konečné výsledky jeho v řízení soudním mají zpravidla jen deklaratorní ráz (deklaratorní rozsudky), kdežto obdobným výsledkům v řízení administrativním přísluší povaha konstitutivní (konstitutivní „opatření“ a contr. deklaratorního „rozhodnutí“). Neboť, jak již jinde bylo blíže rozvedeno, každá normotvorba jest svou povahou konstitutivní, pokud jí právě vzniká nová norma (povinnost), a každá je zároveň deklaratorní, pokud právě vznik této normy vyslovuje (= deklaruje).

Nicméně možno v tradicionálním pojímání správního řízení, resp. jeho výsledků (správních rozhodnutí nebo opatření) zjistiti určitou tendenci, která jest zřejmě protichůdnou té, která se uplatňuje v představách o řízení soudním. Spočívá ve snaze stlačiti význam spolúčinnosti „stran“ (povinnostních subjektů) na míru nejmenší. Snaha ta ukazuje se zejména při konstrukci t. zv. veřejno-právních smluv jako zvláštního druhu správních aktů, při kterých rozeznává se smlouva (dohoda) mezi „stranou“ a normotvůrcem (státem, resp. jeho orgánem), která jest nezbyt-

ným předpokladem vzniku normy, a normotvorný (správní) akt sám, v němž spatřuje se jednostranný, tedy autokratický (výsostný) či heteronomní čin státního orgánu. Z tohoto činu pak a nikoliv z předcházející „dohody“ plynou podle oné konstrukce subjektivní práva a povinnosti. Je zřejmo, že účel (snad neuvědomovaný) této umělé konstrukce spočívá v tom, aby obor heteronomní, autokratické či výsostné normotvorby byl pokud možná rozšířen, a je jasno, že stejným právem jako ve zmíněném „jednostranném“ aktu státní „moci“ možno spatřovati i v předcházející mu „dohodě“ pramen, ze kterého prýští subjektivní práva a povinnosti, pokud právě ke vzniku konkrétní druhotné normy jest v těchto případech třeba obojího: dohody a správního aktu. Roztržení normotvorného řízení ve dvě části, z nichž zcela libovolně a neodůvodněně jen jedné z nich přisuzuje se vlastní normotvorná relevance, vyskytuje se ostatně i při jiných obdobných teoretických konstrukcích, jako jest na př. známá teorie Labandova, podle které v zákonodárném řízení (v konstituční monarchii) ve spoluúčasti panovníkově, vyjádřené formou „sankce“, dlužno spatřovati vlastní rozkaz, tedy funkci normotvornou, kdežto spoluúčastí zákonodárného sboru určuje se prý jen konkrétní obsah onoho rozkazu. Vpravdě i zde spoluúčast každého z obou činitelů jest zřejmě rovnocennou složkou řízení normotvorného. Nejinak má se konečně věc ve všech případech, ve kterých podle ústavy ke vzniku normotvorného (vládního) aktu, který přísluší hlavě státu, je třeba zvláštní kontrasygnace odpovědného ministra. I zde je tedy třeba „dohody“ mezi hlavou státu a ministrem, poněvadž bez ní platný vládní akt nemůže vůbec vzniknout (srv. Kelsen, *Obecná nauka státní*, str. 75), a i zde vyskytuje se tudíž v běžné teorii, která vidí toliko v hlavě státu jediného normotvorného činitele, tendence, shora povšechně jako „autokratická“ označená²⁴).

²⁴) Od obou předcházejících příkladů (konstrukce „veřejnoprávních smluv“ a Labandova teorie) liší se však tento třetí tím, že vzhledem k povinnostním subjektům budoucí normy je normotvorné řízení stejně autokratické (heteronomní), ať považujeme jen hlavu státu za normotvůrce nebo ji a kontrasygnujícího ministra. Tendenci v tomto případě uplatňovanou možno tudíž označiti přílehavěji jako snahu po konstrukci individuálně (a contr. kolegiálně) organisovaných normotvůrců. (Viz str. 65.)

V rámci tohoto pojednání možno jen stručně k tomu poukázat, že pro povahu druhotné konkrétní normy jako normy (= výrazu něčeho, co býti má) je nerozhodné, v jaké vnější — zejména mluvnické — formě zpravidla vystupuje. Správní akt na př., kterým uděluje se koncese, státní občanství, domovské právo, úřednické místo atd., nepřestává býti proto normou, poněvadž normativní podstata nevyplývá přímo z jeho mluvnické formy. To, co se jím tvoří, jsou přes to určité povinnosti a z nich po případě plynoucí „práva“, a bylo by tudíž třeba rozložití jednotný výraz, jímž označuje se ta která „právní instituce“ (jako jest státní občanství, živnostenská koncese a pod.), v její normativní prvky, t. j. v jednotlivé povinnosti, jichž technickým, a to brachylogickým označením se ona zdánlivě jednotná „právní instituce“ jeví býti. Jisto jest však, že v řízení administrativním vyskytuje se toto brachylogické označování obsahu druhotných norem konkrétních častěji než v řízení soudním.

Bohužel nelze v rámci tohoto pojednání podrobněji projednati ani noeticky obtížný problém případů, ve kterých v řízení normotvorném nedojde k pozitivnímu výsledku, t. j. ke stanovení nové normy, nýbrž k negativnímu: v řízení zákonodárném nedojde k vydání nového zákona (poněvadž osnova byla zamítnuta), v řízení soudním dochází k vydání rozsudku osvobozujícího, v řízení správním neudělí se žadateli koncese, domovské právo atd. Co se týče těchto případů dlužno si zde aspoň obecně uvědomiti, že velmi často bude možno i takové negativní výsledky konstruovati jako výrazy něčeho, co má (resp. nemá) býti. Dále je důležité si uvědomit, že ne každé řízení, které zevně činí dojem jednotného, v sobě uzavřeného procesu normotvorného, je jím i logicky. Velmi často tvoří se jím totiž jen nesamostatná součástka normy či — s hlediska aplikačního (statického) — skutkové podstaty. Tak není na př. samostatnou normou obecná věta, že plnoletosti dosáhne se tím či oním věkem, a není jí ani konkrétní výrok, že osoba A nebo B není (nebo je) plnoletou.

Velmi význačnou vlastností normotvorného řízení, jež jest zároveň povinností funkcí normotvůrce, bývá dále jeho instancní organizace. Mním tím takovou úpravu, podle které se za určitých předpokladů a podmínek totéž normo-

tvorné řízení opakuje před jinou „instancí“, t. j. před jiným normotvorným orgánem. Na první pohled vzniká zde tedy představa hierarchie norem, obdobná té, o níž bylo již jednáno: Tak jako „zákon“ jest vyšší (právně hodnotnější) normou než „nařízení“ a toto opět vyšší normou než konkrétní normy druhotné (soudní rozsudky, správní rozhodnutí a opatření), při čemž vyšší hodnota normy jeví se v tom, že norma nižší hodnoty nemůže se jí obsahově přičítati, že tedy musí býti nižší norma v obsahové shodě s normou vyšší, což jinými slovy opět znamená, že ohledně jich vzájemného poměru jest již logicky vyloučena věta *lex posterior derogat priori*, tak mohlo by se zdáti, že i norma, vyslovená v vyšší „instanci“, jest právně hodnotnější než norma, kterou vyřkla „instance“ nižší. Než tomu ve skutečnosti tak není. Neboť nechceme-li setřítí s pojmy „hierarchie norem“ a „instančního postupu“ to, co pro ně jest v první řadě příznačného, nemůžeme v nich spatřovati totéž. Na pojmové konstrukci zmíněné hierarchie jest totiž, jak již bylo shora naznačeno, příznačné, že nižší norma jeví se v výkonem normy vyšší, čili jinými slovy: představa konkrétní existence práva, která nižší normou se uskutečňuje. Typickou vlastností vyšší (právně hodnotnější) a nižší (právně méně hodnotné) normy, onu provádějící, jest tudíž jejich současná existence (roz. normativní), při čemž hodnotnější norma musela vzniknout dříve než norma nižší („Prováděcí“ nařízení musí logicky nezbytně následovati zákon jím prováděný; rozsudek — jako konkrétní druhotná norma — předpokládá obecnou normu prvotní, poněvadž na ní jest „založen“ atd.).

Opačně má se věc, pokud pohlížíme na normotvorbu v instančním postupu. Zde je současná existence dvou norem, pocházejících od různých instancí a týkajících se téže věci (povinnosti) logicky vyloučena. Norma „vyšší“ instance vstupuje vždy na místo normy „nižší“ instance, a to i tehdy, když výrok nižší instance byl „potvrzen“ instancí vyšší. (To mohl by popíráti jen ten, kdo sice v činnosti nižší instance spatřuje tvorbu norem, v činnosti vyšší instance však — nedůsledně a neodůvodněně — pouze funkci intelektuální, již se přezkoumává intelektuální, t. j. aplikační proces, který vedl nižší instanci ke stanovení té či oné normy.) V instančním postupu je dále časový poměr dvou nebo více norem, pocházejících

od různých instancí, u srovnání s postupem konkrétním obrácen: „vyšší“ norma, t. j. norma, pocházející od vyšší instance, následuje časově vždy normu, pocházející od instance nižší.

Z řečeného podává se, že normy vyšší instance nemohou býti u srovnání s normami nižší instance nikdy ve stejném smyslu „vyšší“ (právně hodnotnější) jako jest na př. zákon „vyšší“ normou než nařízení. Představa „vyšší“ a „nižší“ normy ve smyslu větší nebo menší právní hodnoty nemá tudíž uvnitř instančního postupu vůbec žádného smyslu, poněvadž postupem tím nevzniká a nemůže vzniknouti žádná „hierarchie“ norem ve smyslu shora naznačeném. Ostatně i označování jednotlivých instancí (orgánů) jako „vyšších“ a „nižších“ je jen částečně přílehlavé a rozhodně ne stejně pro oba druhy řízení, o němž zde je řeč. Neboť jen u správních orgánů možno vlastně mluvit o jejich hierarchickém uspořádání (možnost poukazů a rozkazů nižším úřadům se strany vyšších), kdežto u soudů této hierarchie — následkem ústavně zaručené jejich nezávislosti (nejen vůči jiným orgánům, nýbrž i navzájem) — není, a to právě ve příčině oné činnosti, o kterou nám jde, t. j. normotvorné (soudcovské)²⁵.

Ze všech případů normotvorného řízení vystupuje ve zmíněném instančním řízení jeho pojetí jako aplikační činnosti, pokud se týče přezkoumávání této činnosti, nejjasněji a nejostřeji. Instanční řízení může míti totiž jen potud rozumný smysl, pokud normotvůrce, jehož činnost se vyšší instancí přezkoumává (kontroluje), byl při této své činnosti vázán vyšší normou, t. j. pokud jeho činnost lze též chápati jako aplikaci oné normy na konkrétní skutkovou podstatu. Správnost této aplikace zkoumá vyšší instance a je tudíž nasnadě představa, že instančním řízením (i když toto ovládáno jest na veskrz zásadou dispositivní; viz níže) nerozhoduje se již přímo o právech, povinnostech nebo protichůdných právních zájmech „stran“, vystupujících v řízení v první instanci, nýbrž že přímým předmětem řízení ve vyšší instanci jest výsledek řízení, konaného v instanci nižší (rozsudek, rozhodnutí, opatření)

²⁵) Zdá se, že v této nezávislosti soudů a contr. závislosti ostatních, t. j. správních úřadů tkví normativně nejzávažnější rozdíl mezi podstatou soudního a administrativního řízení. Viz k tomu Merkl, Allgemeines Verwaltungsrecht, str. 36, 37.

nebo názorový spor mezi „stranou“, která jest tímto výsledkem nespokojena, a nižší instancí.

Netřeba však podrobněji dovozovat, že bylo by nedůsledné a tudíž neodůvodněné, kdybychom pohlíželi na řízení v první instanci s hlediska dynamického, t. j. normotvorného, v řízení instančním však spatřovali něco podstatně jiného, t. j. činnost aplikační. Obojí řízení dlužno totiž zajisté teoreticky konstruovat stejně, t. j. buď s toho či onoho hlediska, poněvadž jde zřejmě o touž věc (jev). Zvolíme-li pak důsledně hledisko normotvorné, pak jeviti se nám bude, jak shora již naznačeno, řízení ve vyšší instanci jako právním řádem za určitých předpokladů (t. j. podání rekursu, odvolání) připuštěné o p a k o v á n í řízení normotvorného, nebo možno spatřovati v původním řízení a jeho případných opakováních ve vyšších instancích j e d n o t n ý proces normotvorný (jednotku normotvornou), jehož výsledkem jest stanovení normy n e z m ě n i t e l n é. O takovéto nezměnitelné konkrétní druhotné normě praví běžná nauka, že „vešla v moc práva“, čili že jest „účastna účinků rei judicatae“. Ona bývá též nejpodstatnějším předpokladem pro případné provedení posledního řízení, které však, jak shora (str. 53) bylo řečeno, nelze již chápati jako „normotvorné“, nýbrž jest „vykonnávací“ (v užším slova smyslu) čili e x e k u č n í.

Uvnitř tohoto jednotného procesu normotvorného tvoří se pouze normy z m ě n i t e l n é. Zde pak může vzniknouti představa rušení nebo změny těchto norem normami pozdějšími, a to v případech, ve kterých konečná, n e z m ě n i t e l n á norma („pravoplatný“ rozsudek nebo rozhodnutí) bude míti jiný obsah než změnitelné normy, jí předcházející. Toto rušení nebo měnění norem dřívějších normami pozdějšími, odehrávající se v postupu i n s t a n č n í m, nelze však stotožňovati s pojmem d e r o g a c e v pravém a obvyklém toho slova smyslu. Pro aplikovatelnost věty *lex posterior derogat priori* jest zde sice dán jeden předpoklad: s t e j n á právní hodnota (relevance) dřívější a pozdější normy — s p r á v n ě j i: norma dřívější n e n í hodnotnější normy pozdější — ²⁶⁾; chybí však další nezbytný

²⁶⁾ Nebylo by možno namítati, že užití oné věty předpokládá, že norma, jež má býti pozdější normou rušena, musí býti „h o t o v á“. Neboť jest jasno, že soudní rozsudek nebo správní rozhodnutí, proti kterému jest ještě přípustný opravný prostředek (ať „řádny“ nebo „mimořádny“), jest stejně „hotový“ jako zákon (výsledek řízení zákonodár-

předpoklad: jednotnost normotvůrce. Takový jednotný (týž) normotvůrce — podle zvoleného zde východiska — v instančním řízení není, pokud právě chápeme řízení v jednotlivých instancích jako samostatný proces normotvorný. Čím více jest toto chápání zdůrazněno, tím méně místa zůstává pro užití zásady: *lex posterior derogat priori* na vzájemný poměr mezi normami tvořenými v jednotlivých „instancích“.

Hořejšími vývody určen jest též poměr instančního postupu k pojmu t. zv. „dozoru“. Je-li děj, odehrávající se v instančním postupu, chápán (jak zde činíme) jako normotvorba na nižších stupních konkretisace práva čili (podle obvyklé nomenklatury) jako nalézání práva, pak jest to, čemu se říká „dozor“ (roz.: vyšší instance nad nižší), jen tehdy možno rozumně srovnávati s instančním postupem, když i v dozoru spatřujeme děj, jehož výsledek jest stanovení normy. Rozdíl může spočívati jen v zásadách, jimiž ovládáno jest řízení instanční (t. zv. nalézání práva) a řízení dozorčí; v prvním jest to zásada t. zv. *disposiční*, v druhém *oficiální*²⁷⁾. Jinak jest — s hlediska normotvorného (dynamického) — obdoba dozorčí a instanční činnosti dalekosáhlá a zcela patrná. To platí zejména o vzájemném poměru kontrolovaného a kontrolujícího (dozorčího) orgánu a o teoretické konstrukci výsledku kontrolující (dozorčí) a instanční „činnosti“. V obou případech může totiž — podle obsahu vyšší normy, jejíž provedením jeví se jak

ného), který může taktéž býti kdykoli pozdějším zákonem změněn nebo zrušen. Pojem „hotovosti“ normy dlužno tudíž v obou případech konstruovati stejně. Jedna z těchto možných konstrukcí byla by zajisté i ta, podle které jest „hotovou“ normou jen ta, která není již dalším řízením normotvorným změnitelná. Pak by ale v oboru zákonodárném nebylo vůbec „hotových“ norem!

²⁷⁾ Viz nejnověji Hácha ve Slovníku veřejného práva československého, str. 463 (heslo „Dozor“): „Procesně vyznačují se projevy dozorčí moci zásadně tím, že zahajují se z podnětu úředního bez jakéhokoli právního vlivu interesentů. Tak zv. dozorčí stížnost nemá jiného významu než upozornění dozorčího úřadu (denunciace).“ Dodává-li Hácha k tomu, že „v nesčetných nálezech bývalého správního soudu vídeňského i našeho r. s. s. . . . opakuje se these, že „právo dozorčí dáno jest úřadům toliko na ochranu práva objektivního, pročež stranám nárok na výkon dozorčího práva v jejich individuálním zájmu nepřisluší“²⁸⁾, dlužno tuto thesi, která zde patrně má sloužiti k rozlišení „dozorčí“ od „instanční“ činnosti, srovnati s tím, co shora (str. 42) bylo řečeno o rozdílu mezi právem objektivním a subjektivním.

dozorčí, tak instanční činnost normotvorná — výsledek ten (t. j. norma), máti význam buď t. zv. k a s a t o r n í (sistace, zrušení normy) nebo r e f o r m a t o r n í²⁸⁾.

3. S m l u v n í p r á v o. Smluvní „právo“ (t. j. normy) liší se od jiných norem (jiného „práva“) jen způsobem normotvorného řízení, jímž vzniká. Shora bylo již naznačeno (str. 59), že ke vzniku smluvní normy jest třeba s o u h l a s u všech činitelů, kteří se mají státi povinnostními subjekty budoucí „smluvní“ normy. S tohoto hlediska jest tedy smluvní norma (smlouva) p r o t i k l a d e m všech norem, které vznikají a u t o k r a t i c k ý m způsobem řízení normotvorného (viz str. 63) a s tohoto hlediska vzniká taky představa, že oni činitelé jsou n o r m o t v ů r c i, s čímž opět souvisí pojetí smluvní normy jakožto normy a u t o n o m n í (a contr. heteronomních norem).

Smluvní řízení normotvorné jest však jen t y p e m řízení autonomního. Neboť prvek autonomní nacházíme i v d e m o k r a t i c k y organisovaném řízení zákonodárném (viz str.). I zde totiž „národ sám“ — jako souhrn všech povinnostních subjektů — dává si zákony (normy), jenže v tomto řízení nebývá ke vzniku normy třeba souhlasu v š e c h oněch subjektů, nýbrž pouze jejich v ě t š i n y. Ukazuje se tudíž, že právě tento princip majoritní (většinový) jest typickým p r o d e m o k r a t i c k é řízení normotvorné, jímž liší se od typu ryze autonomního řízení smluvního. Oba tyto typy mají svůj p r o t i k l a d v ryze a u t o k r a t i c k é m (heteronomním) typu řízení, které vyskytuje se v zákonodárném řízení absolutní monarchie a stejně i v řízení soudním a administrativním. Stojí tedy normotvorné řízení, organisované podle zásady majoritní, u p r o s t ř e d mezi řízením ryze smluvním a ryze autokratickým.

Jasnému pojetí „smluvní činnosti“ jako určitého druhu řízení normotvorného vadí tradiční systematika ř í m s k o-

²⁸⁾ Právi-li H á c h a n. u. m., str. 465, že „změna (reformace) závadného aktu výrokem dozorcím není myslitelná bez výslovného z m o c n ě n í, a to již proto, že tím dozor — podobně jako při dozorcích aktech schvalovacích — předchází vlastně ve s p o l u s p r á v u, jež je dozoru pojmově cizí“, dlužno namítnouti, že ani změna (reformace) závadného aktu výrokem i n s t a n č n í m není bez takového výslovného zmocnění (roz.: zákonného) myslitelná. Co pak týče se pojmu „spolusprávy“, vzniká tehdy, když — podobně jako při instančním řízení — chápeme činnost kontrolovaného a kontrolujícího orgánu jako (n e s a m o s t a t n ě) součástky j e d n o t n ě h o procesu normotvorného.

právní, jež jest do dnes základem běžné nauky právní. Tato systematika totiž, jak známo, rozeznává smlouvu a obligaci. Obligace „plyne“ ze smlouvy, může však „plynouti“ také z jiných „podobných důvodů“ (srovn. Heyrovský, Instituce, 1894, str. 276) nebo ex delicto a quasi ex delicto. Obligace takto vzniklá jest „právním poměrem“, čili správněji a jasněji řečeno, výrazem povinnosti²⁹⁾, což jinými slovy opět znamená tolik jako výrazem něčeho, co býti má, tedy normou. Co jest však příslušná smlouva? Zcela patrně také výrazem povinnosti a nesporně také normou! K čemu teay toto zbytečné zdvojení, podle kterého z jedné normy (smlouva) „plyne“ druhá (obligace) téhož obsahu? Jeho důvodem jest patrně rozlišování práva objektivního a subjektivního, které z onoho „plyne“. Jenže obraz ten může míti jen tehdy určité oprávnění, když předpokládáme, že ono objektivní právo jest normou obecnou, ze které „plyne“ nižší norma konkrétní, čemuž však právě při smlouvě a obligaci tak není. Jak „smlouva“, tak „obligace“ jsou totiž stejně normami konkrétními a stejné právní hodnoty, čili jinými slovy: s hlediska normativního a zvláště dynamického (normotvorného) jest „smlouva“ a z ní „plynoucí“ „obligace“ totéž, t. j. konkrétní druhotnou normou, vzniklou zvláštním řízením normotvorným³⁰⁾. Je dále jasno, že „obligace“ v tomto smyslu nevyskytuje se snad jen právě v t. zv. „právu obligačním“ (na rozdíl od „věcného“ a jiného)³¹⁾.

I ve smluvním právu mohou se vyskytnouti jisté přechody od ryziho typu autonomní normotvorby k typu normotvorby heteronomní (autokratické), tak na př., když k perfecei smluvní

²⁹⁾ Viz Heyrovský n. u. m., str. 261, „obligace jest právní poměr záležející v tom, že jednotlivá určitá osoba (dlužník) jest druhé (věřiteli) ze zvláštního důvodu právně zavázána k jednání nebo opomenutí“.

³⁰⁾ Správnosti tohoto poznatku naprosto nevádí, že zmíněná římsko-právní systematika řadí „smlouvu“ vedle jiné „skutečnosti“ či „důvody“, z nichž vznikají („plynou“) obligace, a které nelze konstruovati jako normy (výrazy něčeho, co býti má). Systematika ta založena jest (arcif nevědomě) na stanovisku statickém (a contr. dynamickém), pro které jeví se smlouvy a všechny ostatní skutečnosti či důvody (variae causarum figurae) jako skutkové podstaty, na které jiná norma víže vznik subjektivních povinností.

³¹⁾ Srovn. k tomu Sedláček, Obligační právo, I, str. 7.

normy je třeba součinnosti nebo souhlasu („schválení“) se strany činitele mimo okruh „smluvních stran“, t. j. povinností subjektů budoucí smluvní normy (smlouvy). Sem patří — aspoň systematicky — případy t. zv. „přísně jednostranných“ smluv (*contractus unilaterales*), pokud ke vzniku „jednostranné“ povinnosti je třeba souhlasu druhého kontrahenta, pro nějž ze smlouvy má vzniknouti pouze oprávnění (nárok) a žádný závazek (povinnost) a pokud jej právě proto považujeme za „heteronomního“ činitele. Předpokládanou heteronomitou druhé „smluvní“ strany stává se arcif použití názvu „smlouvy“ pro tento druh normotvorby velmi problematickým.

„Smlouva“ ve smyslu zde užívaném jest vůbec typem normotvorby „soukromé“ či „soukromoprávní“. Tato „soukromoprávnost“ spočívá podle řečeného jen v její autonomní vlastnosti: „povinnostním subjektem“ stávám se jen svým vlastním přivolením (souhlasem). „Rozlišování státních forem na autokratické a demokratické užívá se, jde-li o oblast tvorby generelních právních norem, kdežto v oblasti tvorby individuálních právních norem užíváme k označení téže protivy pojmu veřejného a soukromého práva.“ (Kelsen, *Základy obecné teorie státní*, str. 47.)

Zvláštním případem smluvní (tedy v zásadě autonomní) normotvorby jest právo mezinárodní, pokud podle platného řízení normotvorného může vzniknouti pouze dohodou všech zúčastněných kontrahentů, t. j. států. (Nepřihlížím zde k druhotným a konkrétním normám, které vznikají v mezinárodním řízení rozhodčím a soudním.) „Smluvní“ jeho povaha jest dána požadavkem jednohlasnosti, t. j. vyloučením zásady majorisační, která zpravidla platí pro vznik vnitrostátních generelních norem zákonných ve státním zřízení demokratickém. Teoretická konstrukce tvorby norem mezinárodních bude arcif v jednotlivostech závislá na tom, jak sestrojíme vzájemný poměr mezi právem vnitrostátním a mezinárodním („primát“ toho či onoho)³²⁾.

4. Proces trestní. Norma trestní liší se od jiných norem obsahem povinnosti, jež stanoví (konkretisuje): obsahem tím jest trest, přesněji výkon trestu. Svou podstatou

³²⁾ Viz k tomu Weyr, *Soustava čs. práva státního*, II. vyd., str. 80.

nemůže se tudíž ani proces trestní od jiných druhů normotvorného řízení lišit jinak. O pojmu „trestu“ s hlediska právní noetiky a filosofie nelze se v rámci tohoto pojednání ex professo šířit. Zde dlužno jen poukázat k tomu, co bylo výše (str. 45) již naznačeno: „strany“, vystupující v trestném procesu, jeví se i běžnému názoru spíše jako předměty (objekty) než jako podměty (subjekty) povinnosti. Norma trestní — ať obecná a prvotní (trestní zákon) nebo konkrétní a druhotná (rozsudek či nálezn trestní) — obrací se, pokud máme aspoň na mysli dnešní konkrétní pozitivní úpravu trestního práva, na orgány státní jako na subjekty povinnosti, stanovíc, že za určitých předpokladů (skutková podstata) má býti určitý trest vysloven, pokud se týče vykonán. To platí arcí jen s hlediska dynamického (normotvorného), nikoliv statického. S tohoto statického hlediska možno arcí na př. normu o krádeži konstruovat přímým imperativem: „nekrádeť!“ nebo „Nemáte krásti“, při čemž povinnostními subjekty byli by všichni, na něž se ona norma obrací. Zde odpadá všeliká představa další konkrétní sace oné normy, v níž ostatně není obsaženo nic typicky trestného, t. j. poukaz na nějaký trest jako sankci nedodržené povinnosti. Tento typický poukaz může býti obsažen teprve v jiné (další) normě, ukládající jinému povinnostnímu subjektu (státnímu orgánu) za předpokladu, že povinnost, obsažená v oné první normě nebyla dodržena, povinnost vyřknouti, pokud se týče vykonati vyřknutý trest. Zmíněná druhá norma může býti obecná a snáší další konkretisaci v typickém „procesu trestním“, v němž vzniká konkrétní druhotná norma: „Obžalovaný X má býti potrestán tím či oním konkrétním trestem.“ Za tvůrce této konkrétní druhotné normy jest — zcela obdobně jako v řízení civilním, nebo přiléhavěji a obecněji: netrestním — považovati trestního soudece (v širším slova smyslu, což znamená, že pro povahu normotvorného řízení jako trestního jest přirozeně zcela lhostejné, zdali normotvorný orgán v řízení trestním jest „soudce“ v užším slova smyslu nebo ne)³³).

³³) Netřeba zajisté již podrobně dovozovati, že s hlediska zde zaujatého je t. zv. administrativní (policijní atd.) proces trestní též zjev jako trestní proces soudní, poněvadž o povaze normotvorného řízení jako trestního může rozhodnouti jedině skutečnost, že obsahem konkrétní normy v něm vznikající jest výrok trestu, nikoliv

Než přes to, že s hlediska dynamického (normotvorného) může v procesu trestním posice obžalovaného a žalobce býti noeticky, jak právě řečeno, chápána podstatně jinak než v jiných procesech normotvorných, bývá přece v nější pozitivní úprava řízení trestního obdobná úpravě řízení jiných, zejména sporného řízení civilního a administrativního. I zde totiž vzniká povšechně představa boje stran před nestranným třetím: i zde zápasí „strany“ o svá „práva“ nebo „zájmy“, při čemž jest pro onu představu nerozhodné, jde-li o trestní proces s t. zv. „soukromým“ žalobcem nebo žalobcem „veřejným“, jenž háje své zájmy vykonává tím zároveň svou orgánní povinnost (státní zástupce), nebo jde-li o t. zv. porotní řízení, které vyznamenává se tím, že v něm funkce aplikace obecné trestní normy na konkrétní případ (skutkovou podstatu) čili konkretisace obecné prvotní normy (zákona) v konkrétní druhotnou (trestní rozsudek) jest rozdělena na dva orgány: porotu, vyslovující se o vině obžalovaného, a soudce nebo kolegium soudců, vyslovujících konkrétní trest.

Že běžný názor pohlíží v typicky trestním řízení normotvorném stejně jako v „civilním“ na zúčastněné „strany“ jako na subjekty (nositele práv), vysvětluje se základním aspektem, který ovládá veškerou tradicionální právní vědu: jest to aspekt subjektivního práva (oprávnění, zájmu atd.) jako východisko všech úvah a konstrukcí juristických — místo správného aspektu povinnostního, který jedině jest typicky normativním. Ze zmíněného pak tradicionálního aspektu jeví se pak skutečně děj, odehrávající se v řízení trestním zcela obdobným ději v jakémkoli jiném řízení normotvorném: „strany“ hájí v obou případech svá „práva“ a své „zájmy“. A skutečně jde v obou případech o takové zájmy. Neboť patrně mám v civilním procesu, v němž domáhám se (jako žalobce) zaplacení určité peněžní částky na protistraně, nebo hájím (jako žalovaný) své „právo“, abych nemusel konati, k čemu se nepovažuji za povinna, podobný „zájem“ jako v procesu trestním, v němž hájím své „právo“, abych (jako obžalovaný) nebyl odsouzen k trestu, kterého nezasluhuji podle svého právního přesvědčení,

však povaha orgánu normotvorného nebo podrobnější pozitivní úprava příslušného řízení nebo dokonce snad teleologické (legislativně-politické) důvody, které vedly vyššího normotvůrce (zákonodárce) ke stanovení obecné (prvotní) normy trestní.

nebo trvám na svém „právu“ (jako žalobce), aby protivník byl podle práva potrestán.

Ve všech těchto případech ukazují se však labilnost a druhotnost pojmu subjektivního „práva“ či „oprávnění“ u srovnání s určitostí a primárností pojmu subjektivní (t. j. v mé osobě konkretisované) povinnosti. Tato druhotnost pojmu subjektivního práva, t. j. naprostá jeho závislost na pojmu povinnosti, ukazuje se zejména ve všech pokusech, které nedostatek povinnosti (něčí) čili negativní povinnost snaží se konstruovati pozitivně jako „oprávnění“, jak se zejména stává v oněch nesčetných případech, kdy v pouhém nedostatku právní úpravy, t. j. právní vázanosti, vidíme subjektivní „právo“ (jmenovitě t. zv. „základní“), na př. „právo“ ehodit na procházku, dýchat, jísti, pít a pod. S tohoto hlediska pak arcí možno i nedostatek povinnosti státního orgánu trestati tam, kde není dána skutková podstata trestního (nedovoleného) činu, konstruovati jako „oprávnění“, které obžalovaný hájí v řízení trestním.

Na konec dlužno však připomenouti, že z poznatku, že v trestním procesu jeví se „strana“ (zejména obžalovaný, pokud se týče odsouzený) spíše jako pasivní objekt povinnosti někoho jiného (státního orgánu) — její „činnost“ (trestní skutek) jest součástí skutkové podstaty, na níž aplikována jest obeená norma —, než jako aktivní subjekt povinnosti, nijak neplyne, že by podobná konstrukce „stran“ („zúčastněných“) nebyla možná i v jiných procesech právních, na př. v civilním řízení soudním. Věc souvisí se základním problémem konstrukce samostatných „právních osob“ (= povinnostních subjektů) vedle ústřední právní osoby státu a jeho „nesamostatných“ orgánů. O tomto problému, kterým se normativní nauka dosud ex professo nezabývala, nelze se zde arcí šířiti.

5. O některých nejdůležitějších „zásadách“ procesních. Považujeme-li, jak se v tomto pojednání děje, „proces“ jako děj normotvorný a nikoliv jako prostředek, jímž se zakládá, chrání nebo ruší něco, co jest svou podstatou odlišné od normy, t. j. t. zv. objektivního práva, totiž „subjektivní“ právo, nároky nebo zájmy („právní“ nebo „faktické“), pak budou se nám jeviti i rozličné „zásady“ nebo „principy“, jimiž ten či onen druh procesu (řízení právní) jest ovládán, v poněkud jiném světle než nauce tradicionální. Dosavadní naše

vývody ukázaly již, že na př. pojem strany (sc. procesní) založen jest tradiční naukou a praxí cele na pojmu subjektivního práva (oprávnění) ať hmotného nebo t. zv. formálního (procesního). Vedle nich „vystupují“ v jistém druhu právního procesu, totiž administrativním, ještě jiné osoby, které sice nechtějí chrániti, resp. zakládati přímá subjektivní práva (poněvadž jich nemají), zato ale pouze subjektivní „zájmy“, které mohou býti buď „právní“ a tím přibližovati se subjektivním „právním“, nebo pouze „faktické“, avšak přece potud právně relevantní, že v procesu mohou dojíti ochrany. (Zůstává při tom nevysvětlitelné, proč by právě jen v jednom druhu řízení právního, t. j. administrativního, mohli se vyskytovat podobní „účastníci“ vedle „stran“.) Strany, pokud se týče účastníky, jimž jde o vlastní, t. j. subjektivní práva, resp. zájmy, doplňují v procesním ději další osoby: soudcové (státní orgány), svědci, znalci atd.

S hlediska důsledně normativního jest, jak již řečeno, jakékoli právní řízení (processus) normotvorbou, což znamená, že se jím primárně tvoří povinnosti. Tyto povinnosti mohou — ale nemusí — jako odlesk míti za důsledek vznik toho, čemu se říká subjektivní práva nebo zájmy. Normotvorba sama jeví se pak dále jako výkon vyšší normy, který může (ale ve všech případech nemusí) býti zároveň výkonem povinnosti uložené normotvůrci. (Případ státního orgánu, vydávajícího rozhodnutí, a případ soukromníka, uskutečňujícího právní jednání.) Tato povinnost konkretisuje se, t. j. stává se aktuální, je-li dána určitá skutková podstata, při čemž dlužno rozeznávati jednak povinnost k zahájení a provedení normotvorného procesu, jednak povinnost skončiti proces ten tak, aby stanovená druhotná norma (rozsudek, rozhodnutí) byla ve shodě s hierarchicky jí nadřizenou normou, t. j. aby normotvůrci předložený konkrétní „případ“ (skutková podstata, kterou však dlužno lišiti od skutkové podstaty jako předpokladu k zahájení řízení!) byl správně srovnán s vyšší normou, jinými slovy: aby byla aplikace této normy na onen konkrétní případ provedena správně.

Skutková podstata, jež jest předpokladem vzniku povinnosti k zahájení normotvorného řízení, může býti právním řádem stanovena různě. Může to býti — mimo jiné — zárok někoho, kdo na zahájení tom má vlastní (subjektivní) zájem;

nebo povinnost ta vzniká i bez takového zákroku. Tradiční nauka rozeznává zde, jak známo, zásadu disposiční (projednávací) a oficiální. Co se týče této, představuje si tradiční nauka věc tak, že normotvůrce zde zahajuje řízení „z úřední moci či povinnosti“ (ex officio). Představa ta může vésti k omylům. Neboť i za platnosti zásady disposiční zahajuje se příslušné řízení „z úřední povinnosti“, jenže vznik této povinnosti jest zde právě vázán na předpoklad zmíněného zákroku. Na druhé straně ani za platnosti zásady oficiální není úřední povinnost k zahájení normotvorného řízení absolutní, t. j. na žádné předpoklady (skutkové podstaty) vázáno. I zde totiž musí býti určité předpoklady dány, na př. ohrožení t. zv. „veřejného“ zájmu, jisté jiné události atd. Možno tedy říci, že podstata oficiální zásady jest jen negativně vymezena proti podstatě zásady disposiční, t. j., že v předpokladu pro vznik „úřední povinnosti“ (jiné než „úřední“ nelze si ostatně představit!) k zahájení normotvorného řízení nesmí býti obsazen zákonem zvenčí, jako jest podání „žaloby“, „žádosti“ a pod.

Otázka, zda má býti zvolena zásada disposiční či oficiální, jest otázkou legislativně-politickou (jako na př. alternativa mezi t. zv. státem právním a sociálně-politickým) a nespadá tudíž do rámce tohoto pojednání. Zato jest otázkou nomopojetickou, má-li, resp. může-li zákonodárce, který pro určité případy zvolil zásadu disposiční, učiniti přípustnost zmíněného zákroku zvenčí závislou na tom, zdali zakročujícímu přísluší určité subjektivní „právo“ (roz. hmotné), o němž v normotvorném řízení má se jednati. Předcházející vývody ukázaly, jak se domnívám, že všechny podobné pokusy vedou nutně do „chybného kruhu“, neboť nelze učiniti existenci určitého „práva“, o jehož existenci má býti určitým procesem teprve autoritativně rozhodnuto, nezbytným předpokladem pro zahájení tohoto procesu³⁴⁾!

³⁴⁾ Srovn. co o tom praví Pražák (Rak. pr. úst., III, str. 361), pojednávaje o příslušnosti správního soudu: „Vždy musí stěžující aspoň tvrditi, že porušeno bylo jeho právo subjektivní, má-li vůbec soud náš úřad konati; zdali však vskutku takové porušení se událo, jest již obsahem meritálního rozhodnutí spr. dvoru soudního a nemělo by dle povahy věci při posouzení otázky příslušnosti nijak vzato býti v úvahu. Vždyť každé rozhodnutí o věci samé — byť i zamítající — nutně předpokládá příslušnost orgánu, který rozhodnutí

Proto jest — s hlediska nomopojetického — stanovisko našeho a jiných soudních řádů správné, pokud k legimitaci zakročujícího vyžadují toliko subjektivní tvrzení, že určité „právo“ má. A z téhož důvodu jest i stanovisko našeho nynějšího administrativního řádu (vládní nařízení č. 8/1928) správnější než obdobná norma rakouská (viz str. 48), pokud od definice pojmu „strany“ upouští. Ač má toto stanovisko dalekosáhlé důsledky praktické, které možno zde jen zcela stručně naznačit. Předpokládáme-li totiž povšechnou platnost zásady, že při principu dispositivním má nižší orgán normotvorný (veřejný úřad) jen tehdy povinnost zahájit, pokud se týče provést normotvorné řízení, když se (jaksi předběžně) přesvědčí, že zakročující má skutečně „právo“ na to, co řízením tím chce míti autoritativně zjištěno, a že může tudíž, přesvědčí-li se o opaku, zákrok „a limine“ odmítnouti, pak žádnou sebe lepší úpravou procesního práva nelze úplně docílit jeho hlavního účelu: právní jistoty. Konec konců bude totiž záležeti na úřadu, chce-li o tvrzení zakročujícího rozhodnouti „meritorně“, t. j. v řádném řízení, nebo spokojí-li se záporným rozhodnutím o jeho „legimitaci“.

Kromě vlastního normotvůrce (soudce státního orgánu) žádná z ostatních osob, „vystupujících“ v procesu normotvorném, není přímo zúčastněna na normotvorbě. To platí zejména o „stranách“. Probíráme-li funkce „stran“, které jim přidělují jednotlivé procesní řády, seznáme, že činnost jejich vztahuje se (v zahájeném řízení) na osvětlení skutkové podstaty, na kterou normotvůrce napotom aplikuje obecnou (vyšší) normu. Totéž platí o svědcích, znalech atd. Podružný rozdíl mezi stranami a svědky (znalci) spočívá v tom, že účast stran na řízení konstruována bývá pozitivním předpisem jako právo, účast svědků (znalců) jako povinnost.

S řečeným souvisí dále procesní zásady ústnosti (bezprostřednosti), pokud se týče písemnosti. Zásada ústnosti

toto vynáší. Byla-li však již příslušnost úřadu nějakého učiněna závislou na momentech, které rozhodujícími jsou pro rozřešení meritalní, prejudikuje se buď rozhodnutí věci samé při řešení otázky příslušnosti neb zvrátí se pro případ výrok o příslušnosti již dříve vyneseny pozdějším meritalním zamítnutím návrhu.“ O otázce legimitace stran v řízení správním viz podrobně Hoetzlovu monografii: Strany v rakouském řízení správním, str. 149 a další.

a s ní souvisící „právo na slyšení“ považovány jsou procesními řády jako výhody stran³⁵).

Pokud jde o posouzení skutkových podstat normotvůrcem, rozeznává se, jak známo, jednak zásada inkvisiční (materiální pravdy) a projednávací (formální pravdy), jednak zásada volného, pokud se týče vázaného posuzování průvodů. Volba mezi inkvisiční a projednávací zásadou jest věci legislativněpolitické úvahy zákonodárcovy. Čím více bude považovati vznik konkrétní druhotné normy v příslušném řízení za „soukromou“ záležitost jednoho nebo dvou nebo malého počtu zúčastněných, tím spíše se spokojí se zásadou formální pravdy. Kde bude míti za to, že norma může se týkati zájmu poměrně většího počtu lidí, což jinými slovy znamená: že bude zúčastněn t. zv. veřejný zájem, zvolí zásadu pravdy materiální, která svou podstatou jeví se býti objektivní na rozdíl od formální, jež může býti pouze subjektivní pravdou. (Podobné úvahy rozhodují i při volbě mezi zásadou disposiční a oficiální, pokud jde o zahájení řízení.)

Zásada vázaného (a contr. volného) uvažování průvodů znamená poměrně větší vázanost nižšího normotvůrce vyšším. Při volném uvažování průvodů máme co činiti se speciálním případem t. zv. volného uvážení *in abstracto*. Jako zde, ani při uvažování průvodů není myslitelná absolutní volnost nebo vázanost. To, co znamená zásada vázaného uvažování průvodů při posuzování (zjišťování) konkrétní skutkové podstaty, na niž má býti aplikována obecná norma, znamená princip t. zv. legální interpretace při posuzování (vykládání, poznávání) normy samotné, jež má na skutkovou podstatu býti aplikována.

* * *

Své pojednání označil jsem úmyslně jako pouhou „studii“. Chtěl jsem tím říci, že svého širokého tématu — problém „právního řízení“ — nemůže vyčerpati úplně, a to nikoliv jen pro

³⁵) § 42 nař. o správním řízení (č. 8/1928) vyjadřuje to takto: „Pokud podle správního předpisu nebo povahy věci nelze učiniti rozhodnutí již podle návrhu s předložených průkazů nebo podle spisů u úřadů se nacházejících, buď zjištěn skutkový podklad pro rozhodnutí a budiž při tom stranám dána příležitost, aby uplatnily svá práva a své zájmy.“

nedostatek místa, nýbrž i pro nehotovost stavu, v němž se dosud normativní teorie práva následkem své poměrné mladosti nachází. Než jedno zdá se býti již nyní naprosto jisté: pojem „právního řízení (procesu)“ sdílí v tradiční nauce právní svůj osud s osudem mnohých jiných právních pojmů: přehlíží se, že zde jde o ústřední pojem, který musí býti pro všechny speciální obory právní — v tomto případě: normotvorné procesy — stejně konstruován a chápán. Totéž platí, jak již naznačeno, o celé řadě jiných pojmů, jako na př. „právní moci“ (res judicata), „volné uvážení“, „strany“ a pod. Tradiční nauka jest daleka toho, aby si poznamenala ten, který jest zároveň nezbytným metodologickým požadavkem, s dostatek uvědomila. Naopak, každá speciální disciplína (civilního procesu, trestního procesu, správního práva atd.) tvořila si své pojmy samostatně a nezávisle na ostatních, domnívajíce se, že v jejím oboru mohou, ba snad dokonce musí ony pojmy znamenati něco jiného, než v oborech jiných. Výsledek musí býti naprostý chaos, který umožňován a podporován jest nadto nedostatkem všeliké obecně uznávané metodologie právní. Nedostatek ten způsobil zejména, že si tradiční nauka právní neujasnila dosud ani hranice funkcí, jež přísluší jednak vědě (teorii), jako činiteli zásadně jen poznávacímu (avšak podle metody jí samotnou vytvořené), a praxi právní jakožto činiteli, který vědě dodává hrubý materiál poznatkový (předmět poznávání). Podle vývodů našeho pojednání možno tuto „praxi“ povšechně označiti jako onu funkci, která přísluší činiteli, zde obecně „normotvůrcem“ nazývanému, ať jest to v jednotlivých případech t. zv. zákonodárce, soudee, výkonný orgán nebo konečně prostý soukromník ve své funkci normotvorné. Seznali jsme, že tento pojem přes svůj ústřední význam jest přece jen metodologickou pomůckou a vzniká tudíž toliko s určitého hlediska (aspektu) poznávacího, t. j. t. zv. dynamického čili normotvorného. „Normotvůrcem“ jest zkrátka ten, kdo stanoví to, co býti má (normy), a v tomto smyslu znamená tolik jako „praktik“. Pojmy „normotvůrce“ a „praktik“ jsou tudíž — aspoň v oboru normativním — synonyma.

Jakým způsobem by tento normotvůrce či praktik vedle své vlastní a jediné funkce, t. j. stanovení toho, co býti má, mohl vykonávati ještě jinou, a to svou podstatou od oné zcela

rozdílnou funkci, totiž dodávati teorii (vědě) obecně platné pojmy jako pomůcky vědeckého poznávání, a jak by tato teorie mohla těmito dodávkami býti ve svých konstrukcích vázána, je pro normativní nauku naprosto nepochopitelné a nauka ta nemůže se tudíž nijak spokojiti onou receptivní funkcí, kterou jí tradiční teorie často přisuzuje: aby totiž v obsahu toho, co praxe (t. j. normotvůrce) jedině může tvořiti, hledala zároveň i pomůcky — a těmito pomůckami jsou právě ony povšechné pojmy, jako „právní řízení“ a jiné —, jimiž možno onen obsah soustavně, t. j. vědecky, poznávati. Domnívati se, že něco podobného jest možné, znamená proto zřejmý a neoprávněný přesun kompetenčních hranic mezi teorií a praxí. Zcela obdobný a stejně neoprávněný jest opačný přesun: když totiž teorie „leze do zelí“ praxi, t. j. domnívá se, že jí přísluší (buď samotné nebo vedle praxe) stanoviti to, co býti má. V tomto přesunu obsažen jest problém t. zv. práva přirozeného v určité, toho času nejrozšířenější jeho formě.
