

rale del Re: Construzione della dottrina della inerenza dell'elemento sociale nei diritti subiettivi individuali. — A. Gropali della Università di Modena: Pietro Baroli (1797—1878). — F. Lavorgna della Università di Cagliari: Ludovico Gumplowicz e la risurrezione della Polonia. — Svazek 3. a 4. F. Weyr della Università di Brno: La scienza giuridica czeca, con particolare riguardo alla filosofia del diritto. — G. Del Vecchio: Moderne concezioni del diritto. — V. Miceli: Il matrimonio e la purificazione dei diritto. — A. Pagano: La valutazione dell'elemento morale nel nuovo progetto del Codice penale italiano. — P. de Francisci: La scienza del diritto comparato secondo recenti dottrine. — G. Solari: Per la vita e il pensiero del Vico. — A. Pagano: Il carattere scientifico della scienza del diritto. — M. Siotto-Pintir: A proposito d'uno scritto apologetico del prof. F. Ferrara. — V. Piccoli: Il principio di nazionalità negli scrittori politici del dopo guerra. — M. Barillari: G. Kadalà Papale (Necrologio).

## Literatura.

Dr. Jaroslav Stránský: **Vůle poškozeného ve skutkových podstatách trestního práva.** (Sbírka spisů právnických a národohospodářských, sv. X., v Brně 1921.)

Spis Dra Stránského skládá se ze dvou částí: z části obecné věnované zásadnímu rozboru významu vůle poškozeného ve skutkových podstatách trestního práva, a části zvláštní, v níž podává se se stanoviska v obecné části získaného rozbor jednotlivých skutkových podstat, při nichž vůle poškozeného má význam.

Část obecná vhodně jest zahájena rozбором pojmu protiprávnosti, skutkové podstaty a objektů trestného činu. Autor totiž cítí potřebu vypořádati se předem s vládnoucím učením o svolení poškozeného potud, že toto učení bývá budováno na názorech o významu protiprávnosti a míní se pak, že v určitých případech svolením poškozeného protiprávnost jest vyloučena. Toto učení dochází k pestré sbírce názorů o tom, kde čerpati počky o okolnostech předpokládanou protiprávnost trestného jednání vylučujících. Tu však se ocitáme v bludišti otázek o poměru norem práva trestního k ostatním předpisům právním, o tak zv. druhotné povaze trestního práva, o nadřazenosti práva veřejného nad soukromým, o distinkci mezi bezprávním kriminelním a civilním (str. 21.). Hierarchické odlišení a odstupňování mezi právem veřejným a soukromým, prvotným a druhotným, civilním a trestním, autor zamítá (str. 21).

Pokud jde o poměr práva veřejného k soukromému odvolává se na učení Weyrovo a míní, že norma občanského zákona jest normě zákona trestního koordinována, a všechny normy určitého právního řádu mají stejný vztah k »veřejnému« zájmu (str. 21). Obširněji vyvrací Str. učení o druhotné povaze norem trestních. Správně rozpoznává, že pod tímto heslem skrývá se trojí učení: především, že trestní zákony mají ráz akcesorní, jsouce určeny k tomu, aby chránily práv jiných, jichž existenci lze si mysliti i bez trestního zákona. V tomto pojetí »druhotnost« trestního práva není než druhotností formy utvářející určitou materii, jež jest v poměru k akcesorní formě ovšem prvotná. To však není, míní Str., pouze druhotnost u srovnání s pojmy jiných právních odvětví, nýbrž se všemi pojmy, jimiž trestní právo operuje, tedy i s takovými, s nimiž jiná právní odvětví nemají co činiti (str. 22). V jiném smyslu mluví se o druhotnosti trestního práva, kde se tím naznačuje, že trest jest nejzazší prostředek motivační k uskutečnění účelu právního řádu, kteréhož prostředku jest užití tedy jen za předpokladu, že norma bez sankce nebo pouhá sankce reparacní motivačně nestačí, t. j. subsidiárně. To ovšem jest jen možná maxima kriminelní politiky, nic více (str. 23). Třetí smysl, v němž mluví se

o druhotné povaze trestního práva spočívá v tom, že se na trestní normy hledí jako na normy adresované hypoteticky jurisdikci a podložené nevy-slovenou prvotnou normou, jež zakazuje jednání, které se poenalísuje. Tento názor zavdává Str. podnět ke kritice dotyčného učení Kallabova a Bindingova, jež jej vede k názoru, že jest radno úplně se vzdáti Bindingova po-jetí latentních norem, považovati za normy jen pozitivní předpisy právního řádu a neohlížeti se zda z nich lze hypoteticky souditi, že ještě někdo jiný, než komu jsou adresovány, má nebo nemá něco činiti, aby ten, komu jsou adresovány, nepřišel vůbec k činnosti. Trestní reakce není dodatek k jednání jinde hodnocenému, jeť sama momentem hodnotícím, a ani v tomto směru není tedy norma trestní druhotná (str. 24).

Pro trestní právo musíme podle Str. klásti požadavek, aby otázka subsumpce konkrétních jednání pod jeho pravidla byla vyřešena beze zbytku v něm a jím, aniž bychom tím z trestního práva vylučovali nezbytné užívání přesných a jednoznačných pojmů jiných souborů právních (str. 26). Aby skutková podstata jako podklad soudů trestního práva byla cele de-skribována v něm samém, jest ovšem požadavek, kterému pozitivní právní řád vždy nehoví, to však nemůže theorii býti důvodem, aby z něho slevovala. Belingova konstrukce »skutkové podstatnosti« a protiprávnosti jako dvou protínajících se kruhů nebo protiprávnosti jako logického prius před otázkou skutkové podstaty a trestnosti jest podle Str. pařeníště nejasností a sporů ve výkladu práva. Skutková podstata jako pojmové instrumentum legis obsáhne bezvýjimečně všechny znaky, jichž soubor podmiňuje soud o trestnosti skutku. Nebudeme se tedy předem tázati, je-li čin, k němuž obět jím poškozená přivolila, činem protiprávním, nebo je-li konsent poškozeného okolností, jež protiprávnost činu vylučuje, nebudeme se předem ohlížeti po žádných domnělých principech právního řádu ani po principiálním poměru mezi pravidlem trestním jako pravidlem »veřejnoprávním« a normami práva »soukromého«, nýbrž budeme předem pozorovati celou skutkovou podstatu trestního pravidla, abychom se dověděli, je-li »invito laeso« jejím znakem, a za jakých podmínek jím jest (str. 28, 29).

Obraceje se na to k rozboru pozitivních norem právních, klade si Str. otázku, zda lze konstruovati společný objekt všech zločinů a je-li na-uce trestního práva takové konstrukce třeba. Dochází pak k závěru, že snaha o ni neuspěla, a že z jejich neúspěchů nemá právní věda jiné škody, než škodu marně vyplýtvané energie bystrých spisovatelů, kteří hledající pojem společného objektu trestních činů zabředli v nejneprodnější schola-stiku (str. 32). Pojem právního statku pokládá Str. za nepřesný, především proto, že se omezuje na trestní právo (str. 33). Ale i trestní právo samo o sobě nenavazuje na právní statky jako na primerní ratio legis, aniž lze nabýti pojmu právních statků abstrakcí z jeho norem (str. 34). Pojem právního statku vznikl právě pozorováním zločinu jako zjevu sociálního.

Obraceje se pak k vlastnímu předmětu svého zkoumání, zjišťuje Str., že při mnohých skutkových podstatách má duševní zdroj zločinu psychický protějšek v samotném zlém činu, vůle zločincova vstupuje tímto činem v určitý vztah k jiné vůli (str. 36). Podrobnějšímu zkoumání ovšem neujde, že rozhodující otázkou vždy jest, jaká vůle v té neb oné skutkové podstatě jest předmětem útoku. Správné rozpoznání a rozřídění tohoto určitého vý-seku objektů jednání ve skutkových podstatách má praktický význam i pro jiné problémy trestního práva, než pro otázky sebepoškození a poško-zení svolujícího; poslouží nauce o tak zv. delikttech vágních (vis, fraus); přispívá k přesnějšímu vymezení sporné hranice deliktů obecně nebezpeč-ných atd. Celá nauka o objektu trestného činu dala by vědě trestního práva bohatší výtěžky, kdyby místo dosavadního málo plodného shonu a sváru o obecnou platnost určitých formulek soustředila se na pozorování tohoto objektu konkrétního, jež sice není společný deliktům všem, ale valně částí jejich souborů (str. 38).

Vymeziť takto systematické postavení problému vůle poškozeného v souboru výkladů trestních, obrací se Str. k otázce pojmu sebepoškození a poškození svolujícího. Při tom zdůrazňuje správně, že tu nejde o empirickou vůli lidskou jako část objektivní skutkové podstaty, jen u tak zv. deliktů směřujících proti jednotlivci, nýbrž u všech deliktů u nichž zločinná vůle se projevuje zasažením volní sféry individua (str. 40).

Pokud jde o otázku sebepoškození zamítá Str. především mínění, jako by tento pojem v trestním právu neměl místa proto, že k sobě samému nemůže člověk býti v právním poměru, nebo proto, že by nemravnost sebepoškození nevstupovala v sociální sféru a nevyvolávala tudíž reakce státní. Ani nějakého primárního »práva na sebe sama« nelze uznati. Všechna tato učení jsou vyvrácena faktem, že právní řád trestá toho, kdo někomu ublížil s jeho svolením. O trestnosti nebo beztrestnosti sebepoškození nelze právě rozhodnouti na základě žádné obecné platné zásady, nýbrž toliko na základě pozitivně právního předpisu (str. 45). Ovšem nemají trestní zákony vždy na tuto otázku jasnou a nedvojsmyslnou odpověď. Z otázek, které se k problému právního významu sebepoškození přimykají, jest nejdůležitější, jak posuzovati cizí intervenci při něm. Tato otázka se komplikuje, stojí-li pozorovaný právní řád na stanovisku akcesorní povahy účastenství. Jiná otázka jest, v jakém poměru stojí sebepoškození s normami o poškození svolujícího. Tu zdůrazňuje Str., že předpisy o svolení poškozeného nejsou prejudiciální pro řešení otázky sebepoškození. Neboť jako může právní řád trestati porušení určitého zájmu nebo zřízení a jeho ohrožení netrestati, jako může trestati jeho porušení úmyslné a jeho porušení z nedbalosti netrestati, tak může poškození svolujícího trestati a sebepoškození netrestati. Ovšem naopak z beztrestnosti poškození svolujícího vyplývá logicky beztrestnost sebepoškození příslušného typu (str. 50).

Problém přivolení poškozeného jest složitější, než se obecně za to má. Dlužno totiž uvažovati nejen o rozsahu jeho relevance jako negativního znaku skutkové podstaty, nýbrž i o modalitě, v jaké se znakem skutkové podstaty, ať pozitivním, ať negativním stává. Zvlášť složitý jest problém při skutkových podstatách, pro něž příznačno jest jednání listivé. To proto, že tu dlužno rozeznávat mezi přivolením k výsledku a přivolením ke způsobu, jakým výsledku se dosahuje. Ani při deliktech, jichž předpokladem jest právě přivolení poškozeného, nelze věc odbyti pouhým tvrzením, že tu otázka přivolení nemůže býti sporná. Tak zvlášť tam, kde svedení se opírá o autoritativní poměr mezi svědcem a svedenou anebo tam, kde, jako při lichvě, zákon předpokládá zvláštní duševní stav poškozeného.

Tím dospívá Str. k základnímu problému celé otázky, totiž k problému, co přivolení vlastně jest. Nesmí se, jak obecně se činí, směšovati s otázkou přivolení problém jeho právní relevance. Dále dlužno vždy k tomu přihlídnouti, zda skutkové podstatě jde o skutečnou vnitřní vůli nebo toliko o vůli na venek zjevnou. Bude pak věcí rozboru v některých případech dosti subtilního a obtížného určití správně specifickou povahu a směr vůle, který (spr. která) jest předmětem útoku v tom kterém trestním pravidle popsaného (str. 56). Obecně jest třeba si uvědomiti, že řešení otázky právní relevance přivolení poškozeného především závisí na správném určení významu jeho vůle ve skutkové podstatě, ne tedy pouze projevu této vůle.

Mluvíme-li o právním účinku přivolení poškozeného, nemůžeme tímto přivolením rozuměti nic jiného, než skutečný nebo projevený souhlas poškozeného s jednáním, z něhož mu škoda vzhází, vztahuje-li se souhlas ten na všechny znaky škůdného činu, jichž soubor, nepřihlížeje zatím k přivolení jako případnému znaku negativními (ospravedlňujícím), vtiskuje jednání ráz činu objektivně škodlivého jsa podmínkou soudu o jeho trestnosti. V tomto souboru znaků jsou také znaky subjektivní, mezi nimi forma trestné viny (str. 59).

Str. potom podrobně rozebírá možnosti vzájemného poměru vůle poškozeného k vůli pachatelově, uvědomuje si, že psychický děj v nitru pachatelově může, ale nemusí mít analogický protějšek ve vůli poškozeného, jednak proto, že může, ale nemusí být pojat v jeho vědomí, jednak proto, že může, ale nemusí být shodný s jeho vůlí.

Formule Str. navrhovaná pro řešení otázky právní relevance přivolení poškozeného jest mu pak vhodným klíčem k řešení řady konkrétních doposud velmi sporných otázek; tak zvl. vyplývá mu z ní důsledek, že přivolení ke kulposnímu deliktu není pojmově nemožné, ježto ani pojmu přivolení ani pojmu kulposního jednání se nepřičí. Přivolení nemusí pachateli být známo, poněvadž relevantní jest v první řadě vůle, tedy po příp. vůle vůbec neprojevená. Formule Str. také umožňuje uspokojivé řešení otázky, zda a v jaké míře musí být právně významné přivolení poškozeného konkretisováno a specialisováno a to jak pokud jde o pachatele, tak pokud jde o prostředek. Poněvadž konečně přivolením poškozeného rozumí Str. jen souhlas, který tu byl v době činu, nemůže být o přivolení právně významném řeči, bylo-li odvoláno dříve, než k činu došlo (str. 66). Přivolením není souhlas, který se zakládá na omylu svolujícího; ovšem může takový omyl svolného poškozeného být zároveň omylem pachatelovým, nevyvolal-li jej pachatel sám lstivým jednáním, nebo nezneužívá-li ho lstivě věda o něm. Význam takového omylu závisí na vymezení podvodu v pozorovaném právním řádu, jmenovitě na otázce, od jaké škody tu zákon obět zlého činu chrání. Jako jiné trestné činy proti jednotlivci, tak i podvod spáchaný k poškození podvedeného jednotlivce jest zločinný útok proti vůli. Ve všech směrech, ve kterých jest chráněna její svoboda proti znásilnění, sluší ji chrániti také proti přelstění. I v násilí, i ve lsti může tkvítí přinucení (str. 68).

Positivní právo nejen že zanechává vykladače často na pochybách, má-li přivolení poškozeného pro skutkovou podstatu určitého deliktu právní význam, ale ani tam, kde o tom nemůže být pochybnosti na př. u deliktů, jejichž znakem jest jednání násilné, nebo jednání bez vědomí poškozeného, neurčuje vždy, jakou kvalitou vůle jest relevance volního aktu podmíněna. Především neříká zákon, jaký musí být věk, a jaký musí být rozum svolujícího, aby jeho přivolení mělo právní význam. Tuto otázku musí rozhodnuti zákon sám. Jistě tu bude významna jednak diferenciacie podle předmětu právní ochrany, jednak snaha o soulad se zásadami, jimiž právní řád řeší problémy materielně s touto otázkou příbuzné. Nesprávné jest vnášeti tu theorie často do trestního práva hlediska práva civilního. Otázku, možno-li přivolení dáti prostřednictvím zmocněnce, nebo zákonného zástupce, nemožno též řešiti podle zásad civilního práva. Pokud znakem skutkové podstaty jest vůle poškozeného, ať přitakávající, ať odporující, jde vždy o vůli empirickou, ne o vůli suplovanou nebo fingovanou.

Zcela na pozitivní právo jsme odkázáni v otázce po rozsahu, v jakém přivolení je významno pro trestnost, nebo pro stupeň trestnosti škodlivého jednání. Zásada občanského práva »volenti non fit injuria« nás tu stejně nevyvede z rozpaků, jako domnělá vyvýšenost norem veřejnoprávních nad normami soukromoprávními.

Nesporný jest právní význam přivolení poškozeného jen tam, kde jednání proti vůli nebo bez přivolení poškozeného jest pojato ve skutkovou podstatu trestného činu veibis expressis jako jeden z jeho znaků. Věda trestního práva musí především bez politických a sociálních měr zkoumati, jaký vztah individuální vůle jest v té které skutkové podstatě předmětem zločinného útoku, v jakém směru, v jaké řási, v jaké míře jest individuální vůle trpně zúčastněna, když obět k útoku tomu nepřivoluje, jaká vůle jest vyjádřena pojmem žiti, tělesné integrity, lsti, pohlavního sebeurčení, svobody atd. Ne přivolení, nýbrž vůle poškozeného, jeho »nepřivolení« jest jádrem problému (str. 82.).

Názory o žádoucnosti zvláštního pozitivně právního předpisu, kterým by problém ať už tak nebo onak byl řešen, se v teorii značně rozcházejí. Str. považuje de lege ferenda za účelno, aby problém přivolení poškozeného vyřešen byl v pozitivním právu methodicky podle schematu anglického, t. j. na základě obecného přiznání relevance s přesným vyčlením výjimek. Obecné pravidlo a legální definici jest však systematicky umístiti nikoli v obecnou část kodexu, nýbrž před skupinu deliktů proti osobě, neboť jen k této skupině se vztahuje. Pro případy podvodně vylákaného konsentu se doporučuje propracování a modifikace dosavadní skutkové podstaty podvodu jako deliktu ne pouze majetkového (str. 89).

Získav tak kritikou dosavadních nauk i programatickým vlastním řešením základních otázek jasné báze, přistupuje Str. ve zvláštní části k rozboru skutkových podstat jednotlivých deliktů s hledisek v obecné části naznačených. Zabývá se tu především delikty proti osobní svobodě a po hlavnímu sebeurčení, dále delikty proti cti a jmění a konečně delikty proti jednotlivcovu životu a zdraví.

Pokud jde o delikty proti osobní svobodě uvědomuje si, že porušení osobní svobody může být obsahem nebo důsledkem jednání, jež nepoškozuje jen osobu přímo zasaženou, nýbrž i na př. zájmy veřejné, jako tenkrát, když se vynucuje úkon úřední, brání úkonu náboženskému, zasahuje v úkon volební. Myslí, že deliktů proti osobní svobodě vůbec nelze charakterisovatí objektem, a že každá formulace, která se o to přece pokouší, jest jen marné obcházení té, jež hledá jejich objekt ve svobodě vůle (str. 91). Podstata deliktu jest samo znásilnění osoby osobou. Není ovšem znásilněním každé motivování (determinování) lidské vůle lidskou vůlí. Trestně determinuje ji jen pachatel, který nezakrytě si podmaňuje vůli cizí jako nástroj, jehož prostřednictvím vykonává vůli vlastní. Kde tedy u deliktů proti osobní svobodě je řeč o přivolení, nutno rozlišovati svolnost oběti s konáním nebo opomenutím, k němuž měla být donucena, a svolnost s jednáním, které ji nutilo, neboť jen touto, nikoliv také onou, jest delikt pojmově vyloučen (str. 92). Žádný z deliktů proti osobní svobodě nemůže býtí spáchan contra consentientem. Kde však to skutková podstata výslovně nestanoví, nebude nikdy možno vyhnouti se odchýlnému mínění (str. 94). De lege ferenda se doporučuje, aby byly delikty proti osobní svobodě typisovány jednotnou skutkovou podstatou, jež by nahradila dosavadní typy historického významu, a jež by byla vybudována tak, aby nebylo pochybnosti, že se tohoto deliktu nemůže nikdo dopustiti sám na sobě.

Znásilnění cizí vůle jest průchodním stadiem mnohých jednání, tvořících skutkové podstaty jiných deliktů. Tak vynucení nebo rušení úředního úkonu a násilné působení na rozhodnutí voličovo. Zvláště však jest flagrantním případem omezování osobní svobody znásilnění pohlavního sebeurčení, zejména ženina.

Při rozboru významu přivolení při deliktech proti cti a jmění rozebírá Str. mimo jiné i otázku trestného porušení lékařského nebo listovního tajemství a otázku přivolení při utržení na cti podle § 209, v kterémžto případě dochází k závěru, že pozitivní právo nechává otázku přivolení neřešenu. Při deliktech majetkových rozlišuje jemně případy, kdy resignace napadeného činí delikt bezpředmětným, od případů, kde skutečně jde o přivolení poškozeného. Tu ovšem činí bezvýjimečně přivolení činnost beztrestnou, poněvadž norma, která by trestala činy tohoto druhu, měla by za účel ochranu jiných hodnot, než jest soukromý majetek, delikt normou takovou stanovený nebyl by již delikt majetkový. To platí podle Str. i o lichvě, poněvadž tu zákon nepředpokládá svobodné, nestísňené, správně orientované vůle. Při deliktech proti jednotlivcovu životu a zdraví staví se Str. ostře proti mínění, jakoby člověku příslušela volná dispozice vlastním životem. V čem se sebevražda od vraždy liší, jest subjektivní, nikoli objektivní stránka činu. Beztrestnost sebevraždy lze vysvětliti jen histe-

ricky. Není však důvodu, aby privilegováno bylo jednání sebevrahovo, je-li škodlivé i v jiném směru, než jest zmar jeho života (str. 129).

S toho stanoviska staví se Str. zamítavě proti ustanovením privilegiálním usmrcení svolné oběti (euthanasie). K právní relevanci subjektivních pohnutek, jež mohou jednání v konkrétním případě ukazovati jako méně zavřitelné, není zapotřebí samostatné skutkové podstaty, musí tu vystačiti obecné polehčující okolnosti, jichž soustavu lze ještě doplniti (str. 137).

Otázku účasti při cizí sebevraždě lze řešiti jen teleologickým výkladem normy a souboru norem (str. 139). Učení o akcesorní povaze trestné účasti vede tu na scestí, poněvadž jednak návod a pomoc při sebevraždě činí beztrestnými, jednak zabránění sebevraždě kvalifikuje jako omezování osobní svobody. Pokud jde o řešení otázky právního významu přivolení oběti k porušení zdraví, jsou pozitivní předpisy, zvláště německé, mezerovité. Ani § 4. tr. z. neodstraňuje pochybnosti. Řešení otázky lékařské operace a lékařského experimentu vyhrazuje Str. úvaze zvláštní. —

Již volba tematu prozrazuje, že ve Str. se hlásí k činnosti na poli právnícké literatury adept vypravený nevšedně jemným vědeckým instinktem. Neboť otázka přivolení poškozeného nechybí sice v žádné učebnici trestního práva, nikdo však před Str. netušil, jak hluboko tato otázka zasahuje do soustavy teorie trestní. Proto nehledíme-li ke zcela speciální otázce lékařské operace, jež ještě k tomu vděčí za svou oblibu spíše nedostatku pozitivního práva německého, než hlubokým výhledům, které by poskytovala na soustavu trestního práva, otázce ostatně, již Str. ani do své práce nepojal, nedoznala otázka Str. nadhozená ani zdaleka tak vydatného zpracování monografického, jako mnohé méně významné otázky trestní teorie.

Příčina tohoto zjevu tkví právě v objevu, který již o sobě by zabezpečoval spisu Str. vnikající místo v literatuře kriminologické. Totiž, že otázka přivolení poškozeného byla napařád v systémech falešně zařadována, a to zařadována způsobem, jenž sváděl ty, kdo otázkou se zabývali, na cesty, na nichž nemohli postféhnouti jejího dosahu. Byla totiž zařadována do problému protiprávnosti trestného jednání. Teprve Str. vytrhává ji z této souvislosti a staví ji na zcela novou základnu. Totiž mezi otázky dotýkající se detailního propracování skutkových podstat jednotlivých trestných činů, a to oně části skutkových podstat, jež vymezuje vůli, s níž vůle pachatelova musí přijíti do konfliktu, máme-li mluviti o trestném činu. Tu by zvláště mladému pěstiteli vědy právní hrozilo nebezpečí, že místo do Scylly otázky protiprávnosti upadne do Charybdy otázky předmětu zločinu. Jest dalším důkazem vysokých vědeckých kvalit Str., že jest si tohoto nebezpečí vědom, že se mu nevyhýbá, nýbrž rozbohem otázky předmětu zločinu uchází nebezpečí, přecenění významu svého objevu. Ví, že vůle poškozeného jako předmět trestného činu není předmětem všech trestných činů, že však správné rozřešení tohoto problému by posloužilo nejen řešení otázky přivolení poškozeného a sebepoškození, nýbrž i řešení řady dalších důležitých problémů trestní teorie (str. 37—38).

Ovšem že pojednání tak bohaté na nové myšlenky, jako je první kapitola obecné části spisu Str. nemůže nezbuditi některé pochybnosti. Třeba abychom sebe více vítali a cenili objev Str., že otázka protiprávnosti nemá co činiti s otázkou svolení poškozeného, zdá se mi, že Str. jde příliš daleko, tvrdí-li, že pojem protiprávnosti, jak jej teorie trestního práva vypěstovala, se (ovšem) soustavě sjednocené a soustředěné pojmem povinnosti vzpírá, o čemž se lze přesvědčiti jeho rozbohem v každém konkrétním užití a jest proto důvodnější obava, že jeho vliv výklad znejasní, než naděje, že bude tříbivý a třídivý (str. 18). Zdá se mi, že tu Str. podléhá — psychologicky vysvětlitelnému — optickému klamu přecenění významu učením Kelsenova a Weyrova. Neboť tvrdí-li, že není naděje, že nauka o protiprávnosti a její výtěžky pro legislativu odstraní zmíněné nesnáze, dokud

legislativní technika i vědecký výklad právního řádu nebudou jednotně konstruovány s hlediska ústředního pojmu, jak žádá Kelsenova a Weyrova pozitivisticko-formalistní teorie (str. 18), přehlíží, že žádná věda, a tedy také věda trestního práva není možná bez jednotné konstrukce s hlediska nějakého ústředního pojmu. Mám za to, že i preponderance, již někteří chtějí přisouditi normám t. zv. veřejného práva před normami práva soukromého, není než pokusem o jednotné pojetí právního řádu, totiž pokusem o odstranění nesnáží, k nimž někdy vedou odpory mezi těmito dvěma obory práva se vyskytující. Souhlasím s Weyrem i se Str., že tato konstrukce je chybná proto, že může býti a bývá pozitivním právem vyvrácena, to však nás nesmí sváděti k tomu, abychom a priori zamítali vědeckou možnost takových konstrukcí. To jest možno právě jen dokud se pohybujeme v abstrakcích, kde obsah jednotlivých norem jest nám bezvýznamný. Tam, kde chceme myšlenkově ovládnouti spleť pozitivních norem, neobejdeme se bez podobných konstrukcí. To uznává i Str., když uvádí: Pokud zmíněné distinkce podmíněny jsou i diktovány ohledy účelnosti, abychom empirickým členěním určitou materii myšlenkově ovládli, vykonaly své určení a budou tomuto určení i přístě se zdarem sloužiti (str. 21). Jiný význam však tyto konstrukce nemají. Musíme právě rozeznávati dvě věci: zda určitá theoretická konstrukce se při řešení konkrétního souboru otázek osvědčila, a zda jest vůbec vhodnou metodickou pomůckou. Přiznávám, že se Str. podařil důkaz, že konstrukce protiprávnosti se neosvědčila, pokud jde o řešení otázky svolení poškozeného. Zdá se mi však, že jde příliš daleko, chce-li ji z teorie trestního práva vůbec vyloučiti. Podobně má se věc s Bindingovou konstrukcí latentních právních norem, i s učením o druhotné povaze trestních norem vůbec. Jen ovšem, a v tom má zase Str. pravdu, musíme ověřovati správnost těchto konstrukcí na předpisech pozitivního práva, poněvadž jejich smysl spočívá v tom, že nám mají usnadniti jednotné pochopení obsahu těchto norem. Tím však není řečeno, že bychom mohli kdy nahraditi takové konstrukce pozitivními předpisy. Mají podobné konstrukce, jako konstrukce protiprávnosti, význam vědecké hypotézy, jež ovšem, poněvadž právní věda je vědou normativní, musí míti formu normy. Tyto hypotézy nám teprve umožňují, abychom ve sporných případech uhájili tu interpretaci pozitivního předpisu, jež vyhovuje požadavku jednotného právního řádu. Tak ani Str. přes svůj pozitivismus nemůže se obejít bez vlastních konstrukcí. Shrnuje-li tedy Str. své úvahy v program, »nebudeme se předem tázati, je-li čin, k němuž oběť jím poškozená přivolila, činem protiprávním, nebo je-li konsentem poškozeného okolností, jež protiprávnost činu vylučuje, nebudeme se předem ohlížeti po žádných domnělých principech právního řádu ani po principiálním poměru mezi pravidlem trestním jako pravidlem »veřejnoprávním« a normami práva »soukromého«, nýbrž budeme předem pozorovati celou skutkovou podstatu trestního pravidla, abychom se dověděli, je-li »invito laeso« jejím znakem, a za jakých podmínek jím jest« (str. 29), přehlíží, že mezi oběma pálemi této jeho věty není poměru logického odporu. Neboť také zastanci konstrukce protiprávnosti, resp. konsentem vyloučené protiprávnosti, i zastanci teorie o preponderanci veřejného práva nad soukromým nechtěli nic jiného, než »vykládati skutkové podstaty platné normy«. Že v těchto případech tyto teorie nejsou vhodné, Str. dokázal; že by proto měly vůbec býti zamítnuty, jest tvrzení nedokázané. K tomu by Str. musil nám podati soustavu trestního práva, v níž bez těchto pomocných konstrukcí by se obešel. Že to, aspoň pokud jde o teorii o druhotném rázu trestního práva a o teorii o protiprávnosti jako předpokladu trestní normy, není možno, dokazuje výklad o formální protiprávnosti, jež Str. podává na str. 25. — Právě tam: »Shledáváme-li normy jen v takových pravidlech řádu právního, jež ustanovují určitá jednání určitých subjektů za určitých okolností, nebudeme na nich ovšem budovati pojmu protiprávnosti. Formálně bychom

jistě směli říci, že jen takové jednání jest protiprávné, které in concreto jest jiné, než jak je právní řád normoval, neboť pouze takové jednání normě odporuje, pouze takové jest proti ní; formálně bychom směli říci, že jednání, které právní řád typisuje jen jako předpoklad jednání normovaného, není protiprávné. . . . Kdybychom ulpěli na pojmu této protiprávnosti formální, učinili bychom z ní pojem prakticky neupotřebitelný, protože neobsažený, jehož užití by nutně vedlo k závěrům groteskním všude tam, kde řád právní k uskutečnění svých účelů normuje libovolně jednou žádoucí jednání, jindy jen reparace a tresty jako důsledky jednání neždaného. Tak na př. podle trestního práva našeho jednala by protiprávně nemanželská rodička, která opomenula zavolat si pomocnici k porodu (§ 399. tr. z.), ale nejednala by protiprávně ta, jež dítě při porodu úmyslně usmrtila; jednal by protiprávně lékař, který opomenul oznámiti podezřelý případ onemocnění nebo úmrtí (§ 373. tr. z.), ale nejednal by protiprávně lékař, který z nedbalosti nebo z neznalosti poškodil svého pacienta« atd. Právě tyto příklady měly Str. upozorniti, že nenachází se na omylu theorie hájící existenci prvotních norem, k nimž trestní normy připojují jen sankci, nýbrž že na omylu nachází se on sám. Neboť neklade proti sobě případy, kdy právní řád normuje protiprávné jednání a kdy je nenormuje, nýbrž klade proti sobě opomenutí a konání. Každé opomenutí předpokládá normu, jejíž jest negací. Některé z těchto norem jsou pozitivním právem normovány, jiné však — a to Str. přehlíží — nejsou. Ale i v těchto případech (vražda dítěte opomenutím podle § 139. tr. z.) musíme předpokládati normu příkazující jednání. Stejně pak se to má i v případech, kde trestné jednání spočívá v konání, jen že tu nepředpokládáme příkaz, nýbrž zákaz. Tomuto zákazu musí jednání odporovati a v tom spočívá jeho formální protiprávnost. Této konstrukce potřebujeme, poněvadž jinak bychom nemohli ony děje, jež tvoří skutkové podstaty trestní reakce vpracovati myšlenkově do souboru norem právního řádu. Není tedy pravda, že by příklady Str. uvedené přivedly konstrukci protiprávnosti formální (na rozdíl od materiální, jež pracuje s úvahami sociologickými), ad absurdum. Naopak tyto příklady vyvracejí thesi Str., že možno vykládati normy trestního práva bez ohledu na soubor ostatních norem tvořících právní řád. Máme za to, že vůbec není možno, aby »skutková podstata jako podklad soudů trestního práva byla cele deskribována v něm samém«, jak Str. postuluje na str. 28, ač sám doznává, že »pozitivní právní řád tomuto požadavku vždy nevyhoví«. (Při interpretaci, resp. kritice § 20. čs. osnovy trest. zákoníka na str. 31 přehlédl Str. slůvko »jinak«, jímž právě má být vyjádřeno, že řádné splnění povinností úřadu nebo povolání jsou jen příklady případů, kdy něco je příkazáno nebo dovoleno právním řádem, příklady, jež bylo vhodné uvést, aby vysvitlo, že i úřední instrukce, ano i technická pravidla povolání (leges artis) mohou být základem soudu o protiprávnosti, byly-li právním řádem recipovány).

Druhá kapitola obecné části, věnovaná otázce sebepoškození a poškození svolujícího, zpracovává dané téma způsobem vzorným. Jmenovitě oddíl věnovaný rozboru pojmu přivolení (str. 54 n.), neváhám označiti za klasický. Jemnost distinkcí na př. mezi skutečnou vůlí a vůlí projevenou, mezi přivolením k výsledku a přivolením k jednání výsledkem přivodivšímu, jest tu na stejné vysoké úrovni, jako syntéza rozboru v jasné a snadno upotřebitelné formuli právně relevantního přivolení (str. 59), jejíž důsledky uspořádány jsou s takovou jasností, logickou učeněností, zaručující úplnost a přesvědčující průhledností, že tyto stránky (str. 59—69) pokládám za trvalý zisk nejen české, nýbrž i kriminologické literatury vůbec. Při tom nelze se nezmíniti o koncizní formě, jež činí výsledky teoretického rozboru přímo použitelným pro praxi, a o pečlivém zpracování příslušné, velmi bohaté a pestré literatury, jež přes svou úplnost nikde nezatačuje autorova vlastního myšlenkového spádu. Duchaplné je též vzájemné vy-



mezení sebepoškození a svolení poškozeného (str. 49) i důkaz, že bez-trestnost sebepoškození nezahrnuje v sobě neodpovědnost za jiné škodlivé výsledky z jednání vypluvší (str. 48). Jinak by část věnovaná otázce sebepoškození byla velmi ziskala, kdyby filosofický rozbor otázky, podaný na str. 42.—45. a kritika pozitivních předpisů právních (str. 46.—48.), byly doplněny a prohloubeny autorovým stanoviskem de lege ferenda, ačli ovšem nemínil Str. tuto mezeru vyplnití úvahami, jež podává na str. 124. n. o sebevraždě.

Otázka, jaké kvality musí mítí vůle přivolujícího, má-li býti právně relevantní, jest při nedostatku pozitivních předpisů ovšem velmi obtížná. Zdá se mi, že tu auctor ještě nedospěl k přesnému vlastnímu názoru. Neboť direktiva, již dává zákonodárství, že totiž tu bude třeba jednak diferenciacie podle předmětu právní ochrany, jednak snaha o soulad se zásadami, jimiž právní řád řeší problémy materielně s touto otázkou příbuzné (str. 72), zdá se mi poněkud příliš formální. Pravidlo pak, že celkem tytéž psychické stavy, které vylučují přičitatelnost skutku u pachatele, zbavují významu také souhlas poškozeného (str. 70., srov. i str. 74), bude málo doporučení hodno v těch právních řádech, jež nepřičetnost věkem odůvodněnou vymezují podle stupně vnímavosti pro trest (na př. § 16. uher. čl. zák. XXXVI. z r. 1908).

V oddíle věnovaném otázce, v jakém rozsahu přivolení poškozeného je významno pro trestnost nebo pro stupeň trestnosti škodlivého jednání (str. 78.), pocíťuji nejvíce důsledky onoho strohého pozitivismu, jež v kritice první kapitoly jsem vytkl. Tak tvrzení, že »právní důvod účinku nebo bezúčinnosti přivolení poškozeného na trestnost škodlivého jednání nelze hledati jinde, než v souboru znaků, jimiž soud o trestnosti onoho jednání jest podmíněn« (str. 80.), může snadno svést k domněnce, jako by právně relevantní přivolení musilo býti ve skutkové podstatě toho kterého trestného činu výslovně zdůrazněno, poněvadž jinak by tato věta neznamenalala nic jiného, než že ze souboru norem právního řádu jest čerpati odpověď na tuto otázku, byla tedy prázdnuu samozřejmostí. Tento druhý smysl má patrně správně na mysli Str., když praví dále (str. 81.): Zákon není pouze litera, a spor o jeho správný výklad v otázce rozsahu relevance přivolení zůstane, i když se nekomplikuje sporem o její právní důvod. Jak správná je první polovice této věty, tak vzbuzuje pochybnosti polovice druhá. Třeba by se bylo Str. podařilo dokázati, že nelze právní důvod relevance přivolení hledati v normách soukromého práva nebo právní relevanci vyvrátiti pro domnělou upreponderanci veřejného práva nad soukromým, nějaký právní důvod tato relevance mítí musí, poněvadž nemůžeme v právní vědě svá tvrzení opíratí ničím jiným, než důvody právními. Že tu nelze jediný právní důvod viděti v doslovu zákona, připouští Str. hned v následujícím odstavci. Také jest správné, míní-li, že otázka přivolení jest otázkou obsahu skutkové podstaty (str. 83); nemohu-li však ulpěti na slovech a mám-li tento obsah vykládati, musím konstruovati obecnější jakési zásady, jež v jednotlivém předpise vidím doloženy. Náběh k takovémuto řešení činí Str. na str. 82., kde ukazuje, že ne »přivolení«, nýbrž vůle poškozeného, jeho »nepřivolení« jest jádrem problému, a kde po stopách Kóstlinových si uvědomuje rozdíly mezi vůlí habituelní a funkcionelní (virtuelní). Správně dodává, že dlužno si všimati tohoto rozdílu u speciálních deliktů, abychom zjistili jakost vůle, na kterou se jím útočí (str. 83.), opouští však ihned tuto myšlenku, takže po této stránce by spis byl velmi získal podrobnějším rozbohem a rozlišením případů do jedné z těchto dvou skupin náležejících. Je-li Str. mínění, že pozitivní právo řešíc otázku relevance přivolení, není důsledné, měl právě vytknouti, co pokládá za pravidlo a co za výjimku, a to tím spíše, poněvadž sám dává na str. 89. pozoruhodný návrh de lege ferenda, převzatý z práva anglického, a na str. 87. cituje způsob, jak v anglické literatuře podobné ustanovení se odůvodňuje. Teprve v V. kapitole,

jednaje o přivolení při deliktech proti jednotlivcovu životu a zdraví, osvobozuje se od tohoto pozitivistického purismu a hledá i nachází vůdčí myšlenky, jež mu dopomáhají nejen k přesným návrhům de lege ferenda, nýbrž i k uspokojivému řešení otázek pozitivního práva.

Ve výkladech části zvláštní poněkud překvapuje, že autor, jenž na str. 32. a násl. se proti otázce právního statku staví velmi skepticky, přece neuniká potřebě tříditi jednotlivé skupiny trestných činů; o nichž chce pojednati, podle zasažených právních statků. Jak účelno by bylo bývalo, kdyby Str. na zmíněném místě byl pojem právního statku, jmenovitě rozdíl mezi předmětem ochrany a předmětem útoku poněkud podrobněji vylíčil, patrně z rozpaků, do nichž se dostává tam, kde obojí tento předmět se nekryje. Tak zvláště věta: »myslím, že deliktů proti osobní svobodě vůbec nelze charakterisovati objektem a že každá formulace, která se o to pokouší, jest jen marné obcházení té, jež hledá jejich objekt ve svobodě vůle« (str. 91.), jest za těchto okolností velmi nejasná.

Nahoře rovněž vytčený neúplný rozbor otázky, v čem spočívá rozdíl mezi vůlí habituelní a virtuální, mstí se tam, kde autor si klade otázku po odvolatelnosti přivolení k omezení osobní svobody a kde jest nucen pro určité případy se utéci k fikci, že »se nepovažuje původní přivolení za neodvolatelné, nýbrž za neodvolané« (str. 95.).

Jak nebezpečný jest pozitivistický purism, jemuž Str. ve značné míře podléhá, patrně jest z věty na str. 95.: »Otázku, zda takový delikt páše, kdo někoho s jeho přivolením zbaví volnosti pohybu, nelze řešiti pozorováním veřejných zájmů, nýbrž pozorováním a výkladem skutkové podstaty«, když přece skutkovou podstatu mnohdy nemůžeme vykládati jinak, než pozorováním veřejných zájmů, které v ní docházejí svého více méně jasného výrazu.

Důsledkem neúplného rozlišování mezi předmětem útoku a předmětem ochrany i rozlišování mezi habituelní a virtuální vůlí, zdají se mi výklady o trestnosti omezování osobní svobody úředníka a voliče, o nichž Str. jedná na str. 97.—99. a s nimiž nemohou se srovnati, ač připouštím možnost i výkladů Str. navržených.

Tyto nedostatky jsou však i v tomto oddíle daleko vyváženy jasnými stránkami, jež zvláště vidím v rozlišování svolnosti oběti s konáním nebo opomenutím, k němuž měla býti donucena, a svolnosti s jednáním, které jí nutilo (str. 92). Zvláště pak rozbor deliktů charakterisovaných znásilněním pohlavního sebeurčení, zejména ženina (str. 92.—108.), pokládám za vzorný, a zasluhoval by pozornosti nejen se stanoviska jasného teoretického výkladu, nýbrž i se stanoviska snadné upotřebitelnosti v praxi. Jen poznámka na str. 105., že »dítě není pohlavního sebeurčení schopno, čehož důsledkem jest, že každý pohlavní styk s ním porušuje jeho pohlavní sebeurčení ještě než k němu došlo«, není ani jasná, ani uspokojující zase důsledkem neujasněnosti předmětu ochrany. Mimo to by snad tento oddíl byl mohl býti doplněn zmínkou o svedení pod slibem namžeství. (§ 506. tr. z.).

Z úvahy o deliktech proti cti a jmění jest s pochvalou vyzvednouti jemnou distinkci mezi případy, kdy přivolení napadeného činí delikt majetkový bezpředmětným od případů, kdy jde tu sice o delikt, jež však přivolení činí beztrestným. Originelní jest též autorův názor na přivolení při lichvě, ačkoliv zdůrazňuje-li tu po mém soudu správně, že pro lichvu charakteristické jest mimořádné duševní rozpoložení toho, kdo tu ke své vlastní škodě přivoluje, pocitujeme s tím větší lítostí, že v úvodní části pojem vůle přece nebyl způsobem vyčerpávajícím vyjasněn, jmenovitě, že nebylo dostatečně přihlédnuto k případům, kdy skutková podstata supponuje u oběti určitou vůli, třeba by jí in concreto nebylo.

V poslední kapitole zvláštní části, zbavuje se konečně Str. metodických skrupulí, čerpaných z filosofie Kelsenovy a Weyrovy a podniká

odvážný pokus o nalezení vědeckých měřítek pro hodnocení jednotlivých pozitivních skutkových podstat. Tento pokus se mu zdařil skvěle a jsou tyto stránky spisu nejlepším důkazem, jak plodnými mohou být hypotézy v trestním právu a to jak při výkladu pozitivního práva, tak při návrzích de lege ferenda. Tu také na př. na str. 122. neváhá Str. s úspěchem pracovat s pojmem účelového předmětu právní ochrany, a následující duchaplný výklad přísnější trestnosti návodce při vraždě ukazuje plodnost takové konstrukce. Že doslov zákona nás vždy nevede k užitelným vědeckým výsledkům, doznává Str. na str. 129, když vykládá odpovědnost sebevrahovu za další škody jeho činem způsobené, dochází ke správné metodické poučce: »s hlediska pozitivního práva může určité mínění býti stylisací skutkové podstaty odůvodněno, s hlediska účelové jednotnosti právního řádu nikoliv«. Podobně na str. 139. tvrdí: »není otázka, k jejímž správnému řešení jest teleologický výklad normy a souboru norem tak nezbytný a povrchový formalismus tak nedostačující, jako otázka účasti při sebevraždě« (srovnej i pochvalu, již na str. 144. vzdává § 5. r. tr. z.). Celkem možno jen o tomto oddílu opakovati chválu, již jsme vzdali oddílu jednajícímu o ochraně pohlavního sebeurčení.

Uvážíme-li vzájemně jasné i stinné stránky spisu Str., docházíme k závěru, že se jím nejen české, nýbrž kriminologické literatuře vůbec dostává velmi cenného obohacení, a že tu jde o spis, jenž svou úrovní i provedením v jednotlivostech daleko převyšuje požadavky, které obvykle na habilitační spis se kladou. Neboť i tam, kde kritika by si přála odchýlného zpracování, nemůže tvrditi, že zpracování Str. by bylo snad vědecky chybné. Jsouť právě různé cesty, jimiž hledati lze pravdu.

Dr. Kallab.

Dr. Hans Kelsen, profesor státního práva na universitě ve Vídni: **Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts.** Beitrag zu einer reinen Rechtslehre, Tübingen, J. C. B. Mohr, 1920, str. 320.

Kelsenovo nejnovější dílo jest stkvělou aplikací normativní teorie na speciální problém státní svrchovanosti a mezinárodního práva. Autor hájí zde do krajních důsledků naprosté výlučnosti světa norem, jeho jednoty a čistoty jeho poznávací metody, ostře rozlišuje obsah normy od její formy a snaží se právní problémy, pokud jsou vůbec normativně řešitelné, převést na prosté logické relace právní normy. Mnohé své dřívější názory prohloubil a pozměnil a tu bylo by skutečně zajímavo v samostatné studii sledovat jejich vývoj od »Hauptprobleme der Staatsrechtslehre« k přítomné knize. Příznačná jest někdy až nápadná shoda Kelsenových vývodů s Weyrovými v »Základech filosofie právní« (Brno, 1920)<sup>1)</sup>: tak v otázce suverenity (Weyr, str. 104), v konstrukci hierarchie norem (W., str. 108), kompetenční výsosti (W., str. 110, Kelsen, str. 47), t. zv. spolkového státu (W., str. 182 a násl., K., str. 280), právního pozitivismu (W., str. 88 a násl., K., str. 85 a násl.), právních pramenů (W., str. 91 a násl., K., str. 105, 134 a násl.) a v mnoha jiných, ač ovšem nelze zase přehlížeti jejich difference. Tento zjev svědčí o důsledném postupu obou autorů, kteří vycházejíce ze společných noetických předpokladů vykazují shodné výsledky své práce. Vůbec v této důslednosti t. j. ve stálém uvědomování si vědeckých předpokladů, s nimiž pracujeme a v neúnavné snaze vyvarovat se jejich směšování, tkví z velké části Kelsenův význam pro právní vědu. To ostře bije do očí již v systematické přítomného Kelsenova díla. K. své úvahy o právu mezinárodním třídí dle zvolených hypotéz, dle toho, komu z dvou normových systémů, zda právu vnitrostátnímu či mezinárodnímu přisuzujeme suverenitu a břitce kritizuje nedůslednost soudobé právní literatury v tomto směru.

<sup>1)</sup> O vzájemném vlivu obou knih nelze mluvit. Vyšly téhož roku, Weyrova kniha poněkud dříve.

Práce Kelsenova, jak z nadpisu vysvítá, řeší dva problémy: I. Státoprávní theorii svrchovanosti (str. 1—102), II. Theorii mezinárodního práva a dogma svrchovanosti (str. 102—320). Úzký jejich vztah vysvitne z dalších našich poznámek.

Ad I. (Pojem a podstata suverenity.) Pojem svrchovanosti ve svém historickém vývoji často se měnil. Vysvětlujeme si to hlavně tím, že byl namnoze výrazem pro politické postuláty. Přece však ve všech svých formách vyjadřuje mimo jiné společný znak: vlastnost státu býti nejvyšším. Tážeme-li se po kausálním smyslu vztahů: býti nižším, vyšším a nejvyšším, tu mohou vyjadřovat pouze speciální případy relace mezi příčinou a účinkem. Býti nejvyšším značilo by tedy totéž, co býti bez příčiny, býti *prima causa*. V tomto kausálním smyslu žádný stát nemůže býti suverenním. Zcela jinak objeví se nám zmíněné relace ve světě normativním. Zde vyjadřují hierarchii norem, jež končí se u normy nejvyšší, suverenní t. j. dále neodvoditelné.

(Suverenita jako podstatný znak státu.) S normativního hlediska jeví se Kelsenovi stát jako právní řád v celku. »Die grundsätzliche und wohl unanfechtbare Position, von der hier ausgegangen und deren Anerkennung vom Leser beansprucht wird, ist die: daß der Staat insoferne er Gegenstand der Rechtserkenntnis ist, insoferne es überhaupt eine Staatsrechtslehre gibt, von der Natur des Rechtes, d. h. entweder die Rechtsordnung selbst oder ein Teil derselben sein muss, weil eben »rechtlich« nichts anderes begriffen werden kann als das Recht und den Staat rechtlich begreifen (das ist wohl der Sinn der Staatsrechtslehre) nichts anderes heissen kann, als den Staat als Recht begreifen. (Str. 11—12.) Za stát pokládáme pak právní řád v celku již proto, poněvadž podstatným znakem státu jest nám právě jeho suverenita a té by právní řád postrádal, byl-li by pouze řádem dílčím. Podstatně ke zcela stejným závěrům dospívá Weyr ve svých »Základech«. I jemu stát, jakožto subjekt normotvorný rovná se právnímu řádu (viz str. 173), věta pak, že za subjekt určitého normového souboru pokládám stát (což jest totéž jako: právní řád = stát) »Znamená... vpravdě pouze tolik, že chci tento normový soubor posuzovati za určitých methodických předpokladů, . . . Tyto předpoklady jsou . . . svrchovanost, resp. samostatnost tohoto souboru . . .« (str. 176). Vůbec můžeme si Weyrův stát, jakožto normotvorný subjekt zcela dobře představovat jako personifikaci oné nejvyšší, suverenní normy, u Kelsena zvané ústavou v normologickém smyslu (Verfassung im rechtslogischen Sinne, Ursprungsnorm, Quelle). Weyrovi samému spadá pojem právního pramene v jedno s pojem normotvorného subjektu (Základy, str. 92). Tímto právním pramenem, z něhož logickou dedukcí vyvozujeme platnost všech právních norem a jenž sám o sobě již dalšího důvodu platnosti (normativní) nemá, může býti pouze nejvyšší, suverenní norma. Tuto k vůli větší názornosti personifikujeme, buď v normotvorném subjektu, jak činí Weyr, nebo, co jest totéž, v t. zv. adressantu nebo autoritě normy, jak činí Kelsen (Problem, str. 109—10). Tedy i Weyrovi i Kelsenovi jest státem normový soubor, u něhož předpokládáme suverenitu. Zde budiž dovoleno několika slovy se zmínit o Weyrově tautologii, již se dopouští ve svých »Základech«. Právními normami jsou mu veškeré normy, jichž normovým subjektem představujeme si stát (Základy, str. 52) a stát jest mu nositelem právního řádu. Definice nejen že se pohybují v bludném kruhu, jsou nad to samy o sobě očividnou tautologií. Weyr vysvětluje ji na str. 175. K tomu chci připojiti: uvážíme-li předcházející vývody o identitě normotvorného subjektu a právního pramene, jakožto suverenní právní normy (Ursprungsnorm), tu nemůže patrně Weyrova definice právní normy nic jiného znamenat než předpoklad v ý-

lučnosti normového světa právního, jenž jedině nám umožňuje chápat určité normy jako právní a vědu o nich jako samostatnou disciplínu. Norma jest právní, pokud ji můžeme vyvoditi z nejvyšší, dále neodvoditelné normy t. j. pokud náleží do systému normového, o němž předpokládáme, že je suverenní. Tato nejvyšší norma a předpoklad suverenity jest jedno a totéž. Leč stejně předpoklad suverenity t. j. neodvoditelnosti a nezávislosti normového souboru, jemuž chceme říkat právní, na všech jiných normových a poznatkových systémech (ježž K. jak z dalšího vyplyne, ztotožňuje s právním positivismem) jest identický s postulovaným předpokladem výlučnosti normativního světa.<sup>2)</sup> Tedy onen Weyrův předpoklad, suverenity právního řádu, nejvyšší neodvoditelná norma, jež v personifikaci jeví se nám jako normotvorný subjekt, adresant normy, jest charakteristikou právního řádu. Právnicky ho lze definovat pouze jen tautologií. Zde navazují na další výklady Kelsenovy. Na otázku, kde mám suverenity předpokládat, nelze odpovědět právníkou methodou. Jest to problém sociálně-psychologický. (Problem, str. 15.—16.)

Z charakteru suverenity jako logické vlastnosti normativního světa plyne methodická nemožnost přisuzovati ji kterékoliv sociální skutečnosti. Leč ani s každým právníckým pojetím státu není slučitelná. Stát, jakožto subjekt povinností, stejně jako každá jiná osoba (t. zv. fyzická nebo morální) jest pouze personifikací a sice celého právního řádu.<sup>3)</sup> A tu jako juristickou osobu představujeme si ho podřízeného právnímu řádu, t. j. z něho odvozeného. Tato představa jest ovšem pouhou fikcí, ježto materiálně právní řád a stát jakožto právní osoba spadají v jedno.<sup>4)</sup>

<sup>2)</sup> Viz též Weyr, Základy, str. 80.

<sup>3)</sup> Pro důležitost tohoto pojetí právní osoby pro další vývody Kelsenovy cituji zde dotčené místo in extenso: Die Person des Staates ist nur in vergrössertem Masstabe was jede andere juristische Person ist, aber auch jede physische Person ist: die Personifikation von Rechtsnormen. Während aber der Staat die Personifikation der totalen Rechtsordnung ist, sind die anderen juristischen und die sogenannten physischen Personen die Personifikationen von Teilrechtsordnungen, so die Gemeinde der Gemeindeordnung, die Aktiengesellschaft des Statutes usw. Speziell die sogenannte physische Person: die Personifikation aller das Verhalten eines Menschen regelnden Normen. Diesen Personen d. h. den durch sie personifizierten Teilrechtsordnungen gegenüber verhält sich die Rechtsordnung wie das Allgemeine zum Besondern und so kann man behaupten, dass diese Personen aus der Rechtsordnung abgeleitet, dass die Persönlichkeiten von ihr »verliehen« werden. Gerade die Staatsperson ist aber die Totalrechtsordnung selbst. (Str. 20.—21. Srov. též str. 108.—109. a passim).

<sup>4)</sup> .... die Hilfsvorstellung der Staatsperson nur durch die Fiktion zustande kommt: als ob auch der Staat — als Pflicht- und Rechtssubjekt — aus der Rechtsordnung abgeleitet würde. (Problem, str. 21.) K. jest nucen uchýlit se k fikci v důsledku své konstrukce právní normy jako hypotetického úsudku státu o vlastním svém chování (Hauptprobleme str. 189 a násl.). Jí se vyvarujeme, přijmeme-li výměr Weyrův, dle něhož logickým výrazem právní normy jest stanovení něčeho, co »má být« ve vztahu k subjektu, jenž obsah normy má realizovati. Pak stát, jakožto personifikace právních norem jemu svědčících, bude bez fikce v poměru k státu, jakožto právnímu řádu celému, jako speciální ke generálnímu. Uvážíme-li jiné důsledky Kelsenovy konstrukce právní normy, na něž na př. upozorňuje Weyr ve svých »Základech« (str. 120, 121 a násl.), smějí snad použít vlastních slov Kelsenových o fikci: »... jede Fiktion bezeichnet — wie eine Warnungstafel — die Stelle, an der die juristische Konstruktion verunglückt ist«. (Hauptprobleme, str. 577.)

Myšlenka personifikace norem a toto pojetí povinnostiho subjektu jest v normativní theorii novinkou. K. se v ní projevuje jako radikální objektivista, což již v »Hauptprobleme« zdůraznil a v přítomném díle znovu na několika místech opakuje: »Das Rechtssubjekt ist das Recht als Subjekt im Gegensatz zum Recht als Objekt, dem Recht in objektiven Sinne« (str. 109.).... »Denn der Unterschied von objektivem und subjektivem Recht fällt überhaupt nur dann in den Bereich juristischer Erkenntnis, wenn er mit dem zwischen der allgemeinen, generellen und der besonderen, individuellen Norm zusammenfällt. Nur wenn auch das subjektive Recht — Recht, das heisst aber: wenn es Norm ist, kann es juristisch, nämlich von jenem Standpunkt begriffen werden, von dem aus auch das objektive Recht erfasst wird« (str. 262.) Srov. Weyrův pojem povinnostiho subjektu Základy, str. 161.—163.

K. v dalších kapitolách kritizuje soudobou literaturu o státní svrchovanosti. Krabbe (Die Lehre der Rechtssouveränität) neprohlédnuv identitu státu a právního řádu, poznává suverenitu práva jako historicky podmíněný zjev, vyskytující se pouze v konstitučním státu. Jen tento stát jest má právním (Rechtsstaat.) Somlo (Juristische Grundlehre) ztotožňuje suverenitu s právní mocí, kterou chápe jako motivačnou práva, jiní ji definují mocí nad právním řádem, právním následkem existence státu nebo jeho subjektivním právem. Jiní zase rozlišují státoprávní a mezinárodní svrchovanost, čímž vyjadřují vlastně dvě rozličné relace. Mezinárodní suverenita, značí-li běžné nauce totéž, co neodvislost státu od jiných mocí, předpokládá společnou autoritu, bod, z něhož tyto elementy lze kvalifikovat jako koordinované, t. j. mezinárodní právo. Jeho přijetím však padá suverenita koordinovaných států. Suverenita státoprávní jako neobmezenost státu vůči poddaným ústí v tautologii, mimo to vyjadřuje vlastnost pouze relativní.

Suverenita má ryze formální charakter a proto nelze ji určovat obsahovými znaky. Jellinkova výlučná schopnost právního sebeurčení a sebevázání<sup>3)</sup> může znamenat nanejvýše možnost právního řádu určit si podmínky své změny, což však podstatným znakem svrchovanosti není, uvážíme-li, že neodvoditelný právní řád nemusí býti nutně změnitelným. Definovat suverenitu neobmezeností a neobmezeností jest vlastně hrubou kontradikcí. Vždyť právní řád jest právě svou podstatou systémem povinností, závazků. Mínil-li se tímto schopnost právního řádu míti libovolný obsah, jinými slovy svou kompetenci libovolně rozšířiti, pak klademe suverenitu na roveň s t. zv. kompetenční výsostí. Tu — chápeme-li ji ve smyslu formálním, jako schopnost právního řádu k jakékoliv změně, spočívající na vlastním ustanovení — může míti pouze suverenní stát. Leč opačný úsudek se nepřipouští. Můžeme si představití právní řády, jež nemají vůbec žádné kompetence ke změně svých ustanovení a přece jsou suverenní.

Německá státověda ve snaze přiznati charakter státu jak říši, tak i jejím částem, zemím, popírá suverenitu jako podstatný znak státu, odvolávajíc se jednak na fakt, že mluvíme(!) o nesuverenních státech, jednak, že obec od státu lze rozlišiti i jinými znaky. Leč všechny tyto pokusy definovat stát bez momentu svrchovanosti, ústí konec konců přece jen do definice svrchovaného právního řádu. K. zde mistrně rozbírá definice Jellinkovu, Labandovu, Preussovu a jiných a ukazuje v nich na špatně zakrytý znak suverenity.

(Státní suverenita a právní pozitivismus.) V předpokladu svrchovanosti státu přijímáme samostatnou, od všech disciplin neodvislou existenci práva, t. j. právní pozitivismus. Jest tedy státní suverenita identickou s právním pozitivismem (str. 86.)<sup>3)</sup> V současné lite-

<sup>3)</sup> K témuž poznatku, byť by ne tak jasně vyslovenému přichází

ratuře označuje se často výrazem právní pozitivismus účinnost práva ve společnosti. K tomuto nesprávnému, juristické konstrukci vůbec se vyvíkajícímu pojmu přivedla právní vědu kausální metoda t. zv. historické školy. Ta odmítla v otázce po důvodu platnosti práva rekursu k přírozenoprávní k morálce, rozumu a pod., a hledala odpověď ve faktu, že právo jest tvořeno lidmi, jimi skutečně zachovááno, t. j. že účinkuje. A v tom právě viděla pozitivní charakter práva na rozdíl od práva přírozeného, jež existovalo pouze jaksi v představách právních theoretiků. Jellinkovo »dále neodvoditelné přesvědčení o povinnosti poslouchati normy« správně vycituje identitu suverenity a právního pozitivismu. —

Ke konci prvního dílu obírajícího se problémem svrchovanosti Kelsen řeší obtížný problém vzájemných vztahů fakticity a normativity, účinnosti a platnosti právního řádu. Psychologické momenty, jež svádějí k synkretismu světa kausálního a normativního jsou podstatně dva: fakt, že právníci předpokládají pouze jediný z pravidla účinný právní řád za platný a nepřesná terminologie, která za poslední důvod právníckého »má býtí« uvádí poukaz na kausální skutečnost na př. »poněvadž stát, bůh poroučí«, místo »poněvadž mám poslouchat rozkazů státu, boha, rozumu atd.« Materiálně sice v obou větách něčeho se nemění, ale právě přehlížení oné formálně logické relace, jež vyžaduje, aby logickým důvodem platnosti normy byla zase norma, zavinilo bludnou theorii o fakticitě pozitivního práva. Kelsen táže se dále, čím první moment, ztotožňování účinného a platného řádu, jest zdůvodněn. Právnický určití východisko právníckého poznávání jest počínání nemožné. Pro právní vědu volba východiska jest zcela nahodilou. Proč volíme právě právní řád účinný, vysvětluje nám postulat ekonomie poznání, rozšířený na svět hodnot. Ten požaduje volbu takového východiska, abychom řádem z něho vyvozeným jako hodnotícím měřítkem poznali dle možnosti nejvíc normám odpovídajících skutkových podstat. Tento princip směřující k nejmožnějšímu zmenšení napětí mezi světem, jaký jest a jaký má býtí, není ovšem jedině rozhodným při volbě juristického východiska, neboť pak bychom důsledně s Hegelem musili prohlásit vše, co jest, za to, co býtí má (Alles, was ist, ist vernünftig), čímž by nám svět hodnot vůbec zmizel. Stejně neznačí újmu pro právní suverenitu, neboť není logickým důvodem platnosti právního řádu. Charakter tohoto postulátu by se ovšem změnil za předpokladu nadřazeného mezinárodního práva. —

Ad II. (Vzájemný poměr dvou normových systémů.)  
Problém suverenity, totiž otázka, kterému ze dvou systémů, zda právu mezinárodnímu či vnitrostátnímu, přírkeme neodvislost jest totožný s problémem vzájemného poměru těchto dvou normových systémů. Positivně-právně tento problém vyřešiti nemůžeme, neboť tím předpokládáme již určitou hypotézu o jejich vzájemném poměru. Jedná se zde o otázku ryze normologickou: najíti jejich možné logické relace. Na první pohled podávají se nám tři základní možnosti: neodvislost, podřízení jed-

Weyr ve svých »Základech«: »Za to východisko pozitivistické, ač ovšem jest potud zcela libovolně zvoleno, že nelze mu dokázati správnost jeho definice, dovede pojem práva velmi ostře ohraničiti a jest tudíž nutným předpokladem pro konstrukci »právní vědy«, jakožto samostatné nauky normativní. Předmětem jejím jsou toliko normy, které představujeme si jako plynoucí z jednotného subjektu normového: státu. Přitom vzdává se možnosti, uvnitř svého normativního obzoru prokázati jiný důvod závaznosti právních norem, ježto jejich závaznost předpokládá, právě tak jako předpokládá pomyslný jejich subjekt. (Základy, str. 89.)

noho systému pod druhý, koordinace určená společným vyšším řádem. První možnost odporuje postulátu jednotnosti právníckého poznání, třetí nepřichází v úvahu pro nedostatek třetího také mezinárodnímu právu nadřazeného řádu. Ježto otázka po základním poměru mezinárodního a státního práva úzce souvisí s naukou o jejich pramenech a jich vzájemném poměru, dále s určením normového objektu a subjektu (adressáta), pojednává K. nejprve o těchto základních právníckých pojmech. Pramenem, v němž nalézáme principium individuationis každého normového systému, nemůže být nikdy faktum, nýbrž pouze norma, jež jest nám posledním, dále neodvoditelným, logickým důvodem platnosti určitého řádu.<sup>6)</sup> Spadá v jedno s ústavou v právně logickém smyslu. Naopak obsah právního řádu, objekt normy nemůže individualisovat právní řád. Jsou tedy možny dva samostatné normové systémy upravující tentýž předmět rozličně. Dle běžné nauky přichází v tomto případě ke konfliktu norem, jež ovšem pro nedostatek jakéhokoliv normativního vztahu nemůžeme právními prostředky vyřešit. Prohlédneme-li však právní subjekt, jenž není nic jiného než personifikací právních norem, provedenou k vůli větší názornosti, tedy právem pozorovaným jako subjekt (na rozdíl práva jako objekt, v obj. sm.), tu musíme přijít k názoru, že rozdílnost normových systémů nutně nám zakládá rozdílnost jejich normových subjektů. Z toho ovšem plyne, vyvarujeme-li se nebezpečné hypostase těchto personifikací, nemožnost jakéhokoliv normového nebo povinnostního konfliktu. Možno mluvit pouze o psychologickém konfliktu v rovině kauzality, normativního konfliktu však není, uvědomíme-li si základní axiom normativního poznávání, totiž jeho jednotu.

Při zkoumání vzájemného poměru mezinárodního a vnitrostátního právního řádu vyloučili jsme z důvodů zásadních jejich neodvislost, z důvodů praktických jejich rovnořadost. Zbývá poměr nadřazenosti a podřízenosti, jenž jest obrazným znázorněním logické dedukce, již vyvozujeme platnost nižšího normativního úsudku z posledního neodvoditelného úsudku jiného. Normu tuto pokládáme za pramen normy nižší a vztah k ní nazýváme delegací, zmocněním a pod. Jen speciálním případem této obecné relace jest vztah mezi normovým systémem a novými k němu přístupujícími normami. Normový systém jest logicky uzavřený komplex norem, formálně nezměnitelný, t. j. všechny příští změny musejí v něm mít svůj důvod platnosti, musejí v něm být již in nuce obsaženy. Materiálně jest nezměnitelným tehdy, nestanoví-li sám sobě podmínky, za nichž může být změněn.<sup>7)</sup> (Str. 119—120). Stanovením podmínek stává se změnitelným (obsahově), deleguje nové normy.

<sup>6)</sup> Srov. Weyr: *Základy*, str. 91 a násl.

<sup>7)</sup> Tímto naráží K. na problém nezměnitelnosti ústavy, jenž i v tomto časopise byl řešen. (Brychta: »Otázka nezměnitelnosti ústavy«, *Časopis pro právní a státní vědu*, roč. I., 1918. V článku uvedena též literatura o tomto problému. Srov. dále Weyr: *Základy*, str. 106 v pozn.) K. zde akceptuje řešení Merklovo, jak vysvětluje mimo uvedeného místa ze str. 49—50: »Die Frage, ob überhaupt die Änderung einer Rechtsordnung möglich sei, ist nur dann zu bejahen, wenn die Bedingungen dafür, wie sie abzuändern sei, bestimmt sind. Diese müssen aber ausdrücklich fixiert sein, damit ein Erkenntnisgrund für das Urteil gegeben sei, dass eine Norm — als Bestandteil einer Ordnungsaufhøre zu gelten und die Geltung einer anderen beginne... Die entgegen stehende Meinung stützt sich in der Regel auf den ungeprüften Gemeinplatz: Eine Ordnung, oder eine Norm kann auf dieselbe Weise abgeändert werden, auf die sie entstanden ist. Allein dieser Satz bleibt insolange gänzlich ungerechtfertigt, als er nicht als Norm, d. h. als Bestandteil der abzuändernden Ordnung oder Norm, nachgewiesen ist, und daher als wesensfremd, weil ausserhalb des fragli-



(Státní právní řád a mezinárodní právo: dualistická konstrukce.) K. hned na počátku odmítá dualistickou konstrukci, ježto odporuje zásadnímu axiomu právníckého poznávání, postuluje jednotu normového světa. Na to kritizuje některé důvody, uváděné panující naukou ve prospěch dualistické konstrukce.

Jest nemožno, aby mezinárodní a vnitrostátní právo vyznačovalo se naprostou rozdílností svého obsahu, neboť jednak oba řády normují lidské chování, jednak představujeme si je oba změnitelnými a tudíž schopnými, kdykoliv rozšířiti svůj normový objekt. Panující nauka argumentuje asi takto: státní právo normuje poměry poddaných, dále nadřízeného státu k poddaným; mezinárodní právo naproti tomu vztahy mezi státy, jakožto sobě koordinovanými subjekty. Tato argumentace přehlíží především, že právo neupravuje již existující poměry, nýbrž svou úpravou teprve je zakládá dále, že není juristicky relevantního rozdílu mezi jednotlivými právními subjekty a konečně, že předmětem normy jest lidské chování a proto lze si zcela jasně představit takové lidské chování, jež by značilo povinnost státu vůči státu jinému, tedy vztah mezistátní. Neboť stejně jako povinnost spolku značí konec konců povinnost určitého jedince, jež spolkovým statutem blíže jest určen, může státní řád stanovit povinnost státu jiného, čímž jeho právní řád deleguje, aby určil konkrétně povinnovaného jedince. Triepel (Völkerrecht und Landesrecht), ač jinak v mezinárodním právu hájí »theorii uznání«, konstruuje dualismus na rozdílnosti pramenů. Pramenem mezinárodního práva jsou mu úmluvy mezi státy, jejich společná vůle. Toť ovšem, bédeme-li vůli psychologicky, značí konstatování právně irrelevantní skutečnosti, bédeme-li ji normativně, vypovídá tautologii. Normativně korektní výraz mezinárodní úmluvy nalezneme v normě: *pacta sunt servanda*. Ta deleguje státní úřady a tím zakládá monistickou konstrukci. Kelsen vytýká dále panující nauce syntetismus monistického a dualistického pojetí mezinárodního práva, ienz se na příklad zračí v theorii o platné státní normě, odporující mezinárodnímu právu a připouští pouze jedinou možnost, již dualismus lze udržeti: přijmeme-li dvě hlediska juristického nazírání: mezinárodní, s něhož státní právní řády jeví se nám jako dílčí řády mezinárodního práva a státoprávní, s něhož buď mzn. práva vůbec není, nebo jeví se nám pouze jako část práva státního. Toť ovšem vlastně dualistická konstrukce není, neboť jde zde o dvě rozdílné hypotese, z nichž každá zakládá svou monistickou konstrukci.

(Primát státního právního řádu). Hledisko státoprávní, jež označujeme primátem státního právního řádu, projevuje se předem v »theorii uznání«, dle níž mezinárodní normy platí jen potud, pokud je stát uzná. Uznáním, což jest totéž co *delegace*, stává se mezinárodní právo částí práva státního, »vnějším státním právem«. Tuto konstrukci přijímá na př. Zorn (Grundzüge des Völkerrechts), jež však státní uznání vidí teprve v transformaci smlouvy v zákon. Tu třeba zdůraznit, že o tom rozhoduje pozitivní ustanovení, zda k právní závaznosti smlouvy pro poddané třeba formy zákona. My můžeme ji pokládati za bezprostřední formu státního zákonodárství, čímž dostává se jí podstatné kvality mezinárodního práva: smluvní stát nemůže ji jednostranně změnit.

Theorie o státu, jakožto výlučném adresátu mezinárodního práva, jest důsledkem nejzazší hypotese státu, vystupujícího tak jako samostatná, od svých orgánů a poddaných rozdílná bytost. Leč vzpomeneme-li si, že obsahem normy může býti jen lidské jednání, pak povinnost takto myšleného státu byla by nutně bez obsahu, t. j. k ničemu by nezavazovala. Tedy

chen Normsystems stehend, gelten muss. Denn jedes Urteil über die Geltung einer Ordnung kann seine Gründe nur aus dieser Ordnung selbst holen. Das ist Prinzip aller normlogischen Erkenntnis. (Problem, str. 50).

koniec konců subjekty mezinárodního práva jsou zase jen poddani. Prohlásovat za ně snad pouze orgány státu, nemůže na této thési ničeho změnit, neboť mezi orgánem a poddaným není normativně relevantního rozdílu. Orgánem jest ten, kdo svým chováním realizuje normy státního řádu (str. 164.).

S »theorii uznání« téměř identickou jest »theorie sebevázání státu« (Theorie von der »Selbstverpflichtung« des Staates). Problém sebevázání státu jest plodem neprohlédnuté hypostase státu. Neboť uvědomíme-li si, že stát jako právní osoba a právní řád jsou materiálně jedno a totéž, pak problém: jak může se suverenní stát zavázati, přestane býti vůbec problémem. Neboť povinnosti státu jsou zase jen povinnosti stanovené v státním nebo právním řádu. Leč jiný moment jest zdůraznit při této teorii. Mezinárodní normy platí jen potud, pokud tvoří součást vnitrostátního řádu. Tím akceptovala teorie sebevázání primát státního práva. Teorii tuto zastává Jellinek, částečně Liszt a Nippold. Toť ovšem Nippoldovi nepřekáží, aby dokazoval mezinárodní a vnitrostátní platnost smluv.

Stát, jemuž primát přisuzujeme, deleguje jiné státní řády, stává se universálním a tak ničí koexistenci jiných suverenních států. V tomto jeví se státní suverenita jako pravá juristická hypotese. Vylučuje nejen jiné právní řády, ale i veškerý ostatní normové a poznatková systémy, stává se tak symbolem čistoty právního poznávání. Hypotese o primátu státního řádu — jež však není jediné možnou — přivádí nás tedy k cíli, k jednotnému poznání právního řádu, ale nutí nás vzdáti se důležitých hodnot, zejména idee společnosti rovnoprávných států. Z tohoto výsledku vzniká problematičnost mezinárodních smluv: je-li možná smlouva mezi nestejnořadými kontrahenty. Jest to otázka po možnosti t. zv. veřejnoprávní smlouvy. Mimo mnohých jiných důkazů její možnosti jest třeba uvážiti, že právní poměr a tím i právní subjekt vzniká teprve smlouvou, že tedy v momentu smluvního aktu existují zde pouze dva projevy vůle, jež jsou si rovnocenné, neboť právní řád stejným způsobem na ně váže právní následky.

Ze suverenity státu vyvodili někteří právní theoretici negaci mezinárodního práva. Zejména Fricker, Lasson a Somlo. K. kritizuje nauku Lassonovu (Prinzip und Zukunft des Völkerrechts), jemuž stát ze své přirody, jenž v poměru k jiným státům spravuje se kausálními, mechanickými zákony. Z nich jeden jest famosní zákon rovnováhy. O závaznosti mezinárodních smluv dle Lassona nelze mluvit; existují pouze rozumné a nerozumné smlouvy dle toho, zda správně či nesprávně vystihují zájmové a mocenské poměry.

(Primát mezinárodního právního řádu.) Je-li podstatou pojmu mezinárodního práva právní koexistence rovnoprávných států, pak s hlediska státní suverenity mezinárodního práva není. Ideu společnosti rovnoprávných států, jež jeví se nám jako eminentně mravní postulát, za to v plné míře zachovává juristická hypotese primátu mezinárodního právního řádu. Značí existenci nadřizeného právního řádu, jenž sféry jednotlivých států ohraničuje, vylučuje jejich izolaci a právní nadřazenostu kteréhokoliv z nich. Platnost jeho jest objektivní, t. j. neodvislá od vůle jednotlivého státu. Stopy tohoto pojetí mzn. práva vidíme téměř u všech právních theoretiků, jež se problémem mezinárodního práva zabývali. Tak Grotius, Bluntschli, Helfter, Geffcken, Bonfils, Rivier pod nejrůznějšími názory přijímají s větší či menší důsledností objektivní, na vůli států nezávislé mzn. právo. Stejně jeho objektivita vystupuje v učení o základních právech států u Gareise, Liszta, u Ullmanna (v t. zv. právu sebezachování, Selbsterhaltungrecht), dále v teorii, že mzn. právo platí pro nově vzniklý stát bez jeho souhlasu, což přijímá dokonce Jellinek, po něm s určitými výhradami Schoen a Heilborn (v nauce o uznání nového státu). Kdežto za

předpokladu suverenity státního řádu problém vzniku státu jest otázkou ryze metajuristickou, mění svůj charakter pod aspektem primátu mzn. práva. Toto stanoví podmínky, za nichž stát vzniká a zaniká. Analogický problém jest identita státu při změně ústavy. S hlediska primátu vnitrostátního řádu lze o ní mluvit jen tehdy, byla-li změna provedena ve formě ústavou samou stanovené; revoluci právnícky pochopit nelze. Jí trhá se právní kontinuita, stát, byť i by lid a území se nezměnily, jest od nově vzniklého státu právně zcela rozdílný, právní závazky starého státu nepřecházejí na nový. Zde jeví se konkrétně, jak důsledky státní suverenity přicházejí do rozporu s ideí spravedlnosti. Ta postuluje vyšší právní řád, jenž by určit právní následky revoluce. Ten může určitou faktickou kontinuitu lidu a území prohlásiti za skutkovou podstatu pro mezinárodně právní kontinuitu státu, stejně jako může stanoviti — a skutečně stanoví — že vláda, dosazená porušením ústavy, jest přece právoplatná, jakmile v zemi dojde obecného uznání. Z toho plyne, že s hlediska mzn. práva určitý stupeň účinnosti právního řádu stává se právně relevantní podmínkou jeho platnosti, tedy juristickým kriteriem, kdežto dogma suverenity státní uznala ho pouze za noetický princip, jak účelně zvoliti si právnícké východisko. Zde však právě jeví se nám problematičnost mezinárodního práva, neboť faktické platí jako normativní, protiva mezi tím, co jest a tím, co býti má, zužuje se na minimum.

(Mezinárodní právo jako *civitas maxima*.) Ideu světového státu s hlediska čisté právní filosofie poprvé poznal a vyslovil Christian Wolf. Tento rozeznává *jus gentium pactitium*, jehož závaznost vyvozujeme z *jus gentium volutarium*, všeobecného, všechny státy bez ohledu na jejich souhlas zavazujícího mezinárodního práva. Důvod platnosti tohoto práva jest vyvoditi »*ex fine civitatis maximae, quam perinde ac societatem inter omnes homines instituit ipsa natura, ut in jus istud consentire debeant gentes, non vero libertati earum relictum sit, utrum consentire malint aut nolint*« (*Jus gentium*... 1749. Praefatio.) Tedy poslední důvod závaznosti nalézá i Wolf v ideí *civitatis maximae*, jež jest totožna s ideou koexistence rovnoprávných států. Toť ovšem přirozenoprávní základna celého mezinárodního práva. Leč přece tento její charakter nelze pokládat za methodický poklesek, pokud omezuje se na to, aby jako juristická hypotéza umožnila obsahově posílitivními ustanoveními vyplněný právní řád mezi koordinovanými subjekty. Vždyť konečně i vnitrostátní právní řád jako každé jiné právo má svou přirozenoprávní hypotézu. Zde jeví se Kelsenův ústup od nesmířitelného pozitivismu, na nějž upozorňuje již v předmluvě: Doch sehe ich — heute noch deutlicher als früher — die Grenze, bis zu der der Positivism in der Rechtserkenntnis geführt werden kann. Nur unkritischer Dogmatismus kann vermeinen, ein System positiven Rechts sei voraussetzungslos möglich. Worauf es allein ankommt ist: sich des — relativen — a priori dieses Systems bewusst zu werden. (Vorrede, str. VI.) K. podrobuje kritice Kaltenbornův rozbor učení Wolfova, ukazuje na jeho nejasnost v poměru mezi objektivním a subjektivním principem a vytýká mu synkretismus právní vědy s politickými hledisky. Panující theorie myšlenku *civitatis maximae* odmítá a hledá podstatný rozdíl mezi ní jako analogií státu a mezi právní společností národů v tom, že společnost národů není organisovaná, t. j. nemá speciálních legislativních a exekutivních orgánů. Toť ovšem s hlediska ryzí právní theorie musí se jevit nepodstatným. Zcela mylným však by bylo dokonce tvrzení, že mezinárodní společenství států vůbec nemá orgánů. Ba naopak mzn. právo vyznačuje se právě množstvím orgánů, neboť každý stát je tu zákonodárným a výkonným činitelem. V tom ovšem právě se jeví primitivnost *civitatis maximae*. Jako druhá nejobvyklejší argumentace proti »nadstátu« uvádí se učení, jež staví stát na roveň korporaci, společnost národů *societě*. Stejně jako *societas* i společnost národů nemá

právní subjektivitu. Leč uvědomíme-li si Kelsenovu konstrukci právní osobnosti jako pouhou účelncu personifikaci právních norem, tu nám zmizí zásadní difference mezi korporací a societou a tím i mezi světovým státem a společností států.

(Theorie státních sdružení.) Z Kelsenova pojetí právní osobnosti důsledně vyplývá jeho theorie státních sdružení. Panující nauka zde rozeznává několik typů, jež však všechny, jak K. dokazuje, vykazují pouze obsahové difference, tříděné s politických, hospodářských a pol. hledisek. Leč máme-li na mysli ryze formální charakter právního poznávání, tu normativně relevantních diferencí mezi nimi nenajdeme. Ostře rozlišuje se zejména v běžné teorii spolek států od spolkového státu a sice vedle jiných momentů hlavně konstitutivním charakterem smlouvy, jíž spolkový stát vzniká. Tato smlouva nezakládá pouze práva a povinnosti, ale sama tvoří nový právní řád. Leč uvážíme-li, že smlouva zakládá právní řád jen pokud nad kontrahenty stojí smluvní norma (na př. *pacta sunt servanda*), pak kritérium konstitutivní smlouvy a s ním i difference mezi spolkovým státem a spolkem států mizí. Vlastní smysl theorie konstitutivní smlouvy lze nalézt pouze v tom, zda právní řád, smlouvou vytvořený jest pokládati za pouhý dílčí řád, či za nejvyšší, neodvoditelný. V tom lze jediné nalézt normativně relevantní rozdíl mezi oběma typy státních sdružení: mezinárodním a státoprávním. Při tom však musíme si býti vědomi, že celé toto rozlišení nemá přípustného logicky-systematického významu, poněvadž rozlišující elementy nenáležejí témuž poznatkovému systému. Jde zde v pravdě o rozdíl dvou zásadně neslučitelných juristických hypotes. Teorii *Landova*, dle níž spolek států odlišuje se od spolkového státu tímž způsobem jako societa od korporace, vyvrací Kelsenův názor na právní osobu. Jest pouze personifikací a tu nám nic nestojí v cestě, abychom nepersonifikovali spolek států stejně jako spolkový stát. Pro přijetí juristické osoby jest konec konců rozhodna existence vyšší vůle, rozdílné od vůle zavázaných subjektů. Tou ovšem může býti pouze nadřazený právní řád, jenž zakládá objektivní platnost personifikovaného řádu. Tato vystupuje tím více do popředí, čím nápadněji obsah tohoto řádu odlišuje se od psychicko-empirické vůle poddaných subjektů. Tot sice psychologicky zdůvodnění personifikace, ale s formálního, právně theoretického hlediska není pro ni rozhodující. Kelsen dále kritizuje *Ebersovo* učení o spolku států, zejména o spolkové exekutivě a o t. zv. právu *secesse* a nullifikace.

(Noetický a mravně-politický význam obou juristických základních hypotes.) V závěru svého díla ukazuje K. na noetický a mravně-politický význam obou juristických základních hypotes. Jeví se mu jako speciální případy dvou nejvšeobecnějších noetických principů: subjektivismu a objektivismu. Neboť theorie primátu státního právního řádu předpokládá vlastní suverenní stát jako východisko juristického poznání, z něhož všechny ostatní státy, mají-li vůbec míti existenci, jeví se jako dílčí řády podřízené; stejně subjektivistická theorie poznání vychází z vlastního já, celou přírodu chápe jako představu, celý svět hodnot jako vůli tohoto vlastního já, jež tak se stává universální a proto neschopno uznati každý jiný subjekt za sobě rovnocenný. Výlučnost suverenity jest více než pouhá analogie solipsismu. Uvážíme-li relativitu poměru mezi subjektem a objektem, pak jeví se nám jako přirozené a důsledné pokračování v subjektivistické teorii mezinárodního práva učení, jež zakládá existenci státu ve vůli jednotlivce, platnost práva o uznání lidským individuem. Tak stává se svět hodnot, speciálně svět práva, nejdříve vůli jednotlivého státu, pak i s vlastním státem vůli uznávajícího člověka, t. j. téhož subjektu, pro nějž kausální svět platí jako jeho představa.

Naproti tomu objektivistický světový názor vychází ze světa, předpokládá objektivního ducha světa, jenž jeví se v poznávajících a chtějících

individuech, v jejich rozumu, propůjčuje jim subjektivitu a činí je navzájem rovnocennými. Toť obraz objektivnosti práva, vyjádřené v theorii primátu mezinárodního práva.

Subjektivistický názor na právo vede konec konců k negaci práva, k přijetí čistého mocenského stanoviska. V souhlase s tímto světovým názorem vyvíjí se specifický ethicko-politický názor životní. Egocentrické posici subjektivismu odpovídá ethický egoismus, právně-noetické hypotese primátu vlastního státního řádu státní egoismus imperialistické politiky.

Naproti tomu celá existence práva spočívá právě v jeho objektivní platnosti. Tu zakládá hypotese primátu mezinárodního práva, jež vede k právní jednotě celého lidstva a k pacifismu. V dnešní právní vědě zápasí subjektivní a objektivní princip. Že theorie mzn. práva dosud princip objektivní nepřijala, vidí K. v nedostatečném sebeuvědomění lidstva (Menschheitsbewusstsein).

Kelsen ve prospěch hypotese primátu mezinárodního práva uvádí mimo důvodů noetických zejména důvody ethicko-politické. Jest jistě se zadosťučiněním konstatovati, že z národa, jenž v theorii mezinárodního práva měl svého Lassona, Püttera, zejména Kaufmanna a mnoho jiných, kteří v ní zcela neobaleně hlásali čirý mocenský princip, vyšel Kelsen, jenž konsekventně se svým celkovým světovým a vědeckým názorem přichází k vznešeným ideám humanitním.

Pro nás Čechy, pro národ Jiřího z Poděbrad a Komenského, zůstává »světový« nadstát» zářivou metou politického snažení. Snad o tom svědčí, nehledě ani k politickým činům našich státníků, již onen literární zájem, s nímž se setkala u nás myšlenka Společnosti národů. Jmenuji zde na př. jen práce Kallabovy, Weyrovy, Marešovy, roztroušené po časopisech a menších publikacích.

Leč nesmíme si činiti ilusí o existenci nadstátu. Právní dogmatika, má-li míti praktickou a ne pouze čistě akademickou cenu, musí své noetické východisko podrobiti principu účelnosti, jenž jest zcela analogický s Kelsenovým postulátem hospodárnosti poznání (Problem, str. 99). Ten, bohužel, mluví ještě i dnes pro hypotese vnitrostátního právního řádu. Leč: »Als unendliche Aufgabe aber muss solcher Weltstaat als Weltorganisation allem politischen Streben gesetzt sein«. (Problem, str. 320).\*

Adolf Procházka.

\*) Recenze tato byla již vysázena, když vyšla v »Zeitschrift für öffentliches Recht« (II. svazek, 5. a 6. sešit) zevrubná kritika Kelsenova »Problem der Souveränität« a vůbec celé Kelsenovy právní filosofie z pera jeho žáka Sandera, profesora práv na německé technice v Praze. Sander v ní vychází z radikálního pozitivismu a vytýká Kelsenovi, že ač prohlašuje se za vůdce a důsledného tvůrce tohoto směru, přece prohřešuje se celým svým pojetím práva a právní vědy proti jeho vrcholnému cíli, naprosté čistotě práva. Kelsen totiž, dle Sandera, v důsledku svého normativního a statického pojetí práva vnáší do něho ethické a logické, tedy metajuristické principy, pomocí nichž právní materiál zpracovává, vlastně v synthetických úsudcích právo teprve vytváří. Tím povyšuje právní vědu jako soustavu právních úsudků, vytvořených logickou a ethickou methodou na pramen práva (»die Rechtswissenschaft als Rechtsquelle«), což značí jen novou obměnu přirozenoprávního směru. Naproti Kelsenově právní theorii staví Sander theorii svou, zvanou »Theorie der Rechts-erfahrung«, dle níž, pokud ze sporých míst lze souditi, jest právní úsudky vytvářeti bez předpokladů, pouze právními prostředky v řízení právním, kdežto právní vědě jest přisouditi úkol pouhé analýze již hotových, v právním řízení vytvořených právních úsudků.