

† prof. Dr. STANISLAV DNISTRJANSKYJ:

## **Poznámky k nové osnově občanského zákoníka.**

(Dokončení.)

### 14. Jednotlivé obligační poměry v osnově.

I. Jednotlivá styková jednání moderního soukromého práva jsou tak utvářena, že úchytky oblíbené v nových zákonodárstvích nemohou býti na újmu podstatným základním rysům práva stykového. Co se však týče systematického členění právní látky sem náležející, odchyluje se starý systém občanského zákoníka podstatně od novějšího systému něm. obč. zák. Rakouský systém má svůj původ ještě v tradicích z časového období na konci 18. století. Tak jeví se mu darování, smlouvy schovací a o půjčce, smlouvy o zápůjčce, zmocnění a jiné druhy jednatelství a docela i směna důležitější než smlouva trhovává; také jinak nelze zaznamenati v roztržidění a rozčlenění obligačních smluv v občanském zákoníku žádnou pronikavou vůdčí myšlenku. Toto rozdělení platí nyní zcela všeobecně za překonané. Převzetí jeho opět do nového obč. zák. ve 20. století dlužno tudíž odmítnouti jako anachronismus, a to tím spíše, že již něm. obč. zák. si dal práci, aby při svém roztržidění jednotlivých obligačních poměrů položil za základ moderní hlediska.

Ale ani systematika něm. obč. zák. není zde taková, že by nepřipouštěla žádných námitek. Zakládá se na tradicích z časového období německého dogmatismu. Zajisté má také tato právní tradice pro přítomnost svoji cenu. Musí však býti podrobena mnohým korekturám se zřetelem k přítomným sociálním a hospodářským názorům, jež vyžadují nového přehodnocení. Obligační právo jest právem stykovým. Právní styk spočívá na sociální vázanosti. Tato se projevuje v hospodářském nebo v sociálním zúčastnění. Hospodářské zúčastnění objevuje se ve třech základních právech: v disponování, v užívání a v zajištění, jež tvoří hlavní obsah práva věcného. Právo stykové slouží pak v první řadě k tomu, aby korespondujícími sociálními úvazky

ona základní oprávnění práva věcného, jež tvoří základ vlastnictví, služebností a reálných břemen, jakož i práva zástavního, přiblížila se přímému uskutečnění; sem náležejí zejména koupě, směna, zápůjčka, darování, nájem, pacht, půjčka, smlouva zástavní. Zajisté také sázky nutno k tomu počítati. Hospodářský účel zajištění, který, jak známo, dochází výrazu v právu zástavním, má však v právu stykovém daleko větší obor než v právu věcném; v právu stykovém vybočuje nejen z mezí reálného úvěru a zahrnuje také úvěr osobní (rukojemství), nýbrž vztahuje se na všechno, co může býti zahrnuto pod pojem zajištění, jako na př. obligační slib a uznání dluhu, narovnání, úschova, pojištění atd. Tak podává se především pořadí tří skupin obligačních smluv, jež slouží 1. převodu statků, 2. přenechání užívání nebo 3. zajištění práv. K těmto třem skupinám pojí se pak druhá kategorie právních typů, které stojí již stranou hlavních zjevů práva věcného a jejichž obsahem jest především sociální zúčastnění, byť i s ním byly spojeny také další hospodářské účely. Sem dlužno v první řadě čítati smlouvy pracovní, smlouvy nakladatelské, příkazy, smlouvy makléřské, společnost, společenství, veřejné příslibení a pod. Na základě těchto úvah roztřídil jsem ve svém díle: »Základy moderního práva soukromého« (str. 255 a násl.) obligační poměry do 4 skupin a stanovil jsem jejich systematické pořadí.

Redaktoři osnovy převzali však, jak bylo řečeno, staré roztrídění obč. zák., byť i s některými odchylkami. Smlouvy svaatební byly vyloučeny a pojaty do práva manželského; hlava o smlouvách odvážných dostala nadpis: »Sázka, hra a smlouvy podobné«, při čemž pojednává se pouze o obchodech diferenčních jako o »smlouvách podobných«, kdežto pro »smlouvy o zaopatření« (1. zaopatřovací důchod: §§ 1091 a násl., 2. výměnek: §§ 1096—1107 osn.) byla vyhrazena zvláštní hlava; konečně mezi hlavu o smlouvě o dílo a o smlouvě společenské byla vsunuta hlava o smlouvě zprostředkovatelské.

II. Zvláštní část obligačního práva počíná v osnově, stejně jako v obč. zák., darováním. Již »pojem« darování v § 855 osn. není úplně přesný. Právě-li § 938 obč. zák.: »Smlouva, kterou se věc někomu bezplatně přenechává, nazývá se darování«, jest pojem darování vyjádřen zřejmě se zřetelem k dalšímu po-

jmu věci podle § 285 obč. zák. To možno sice tvrditi také pro obor osnovy se zřetelem k § 229 osn., právní situace jest však potud jiná, že § 860 osn. mluví výslovně o »vlastnictví k daru«, zatím co podle § 278 osn. »ve vlastnictví mohou býti jen věci hmotné«. Z toho by se musilo usuzovati, že přenechání užívání věci, které se stalo donandi causa, nelze považovati za darování ve smyslu osnovy. To jest však zřejmě nesprávné, a proto bylo by na místě, aby již při určení pojmu darování byla zvolena přesná formulace, která by umožňovala zahrnouti pod něj také donandi causa učiněná přenechání práv, která nejsou přenecháním vlastnictví. Poněvadž redaktoři kladou při určení pojmu jednotlivých smluv tak velkou váhu na populární způsob vyjadřování, pak nemohli podle mého názoru nalézt v tomto směru žádný lepší vzor než ustanovení § 516 něm. obč. zák., který mluví o »poskytnutí, kterým někdo ze svého majetku jiného obohacuje, jsou-li obě strany shodny v tom, že poskytnutí se děje bezplatně«. Ovšem musil by pak býti také § 860 osn. stylisován jinak než byl nyní na újmu věci přeformován se zřetelem na konstruktivně-juristický způsob vyjadřování; původní tekst § 943 obč. zák. jest v tomto směru jistě lepší, byť i ovšem potřebuje reformy vzhledem k slovnímu obratu o darovací smlouvě uzavřené »bez skutečného odevzdání«.

Také v jiném směru bylo by zde vhodné následovati příkladu něm. obč. zák. Chybí zde totiž přiměřené ocenění §§ 517, 519, 525—527 něm. obč. zák. a jistě možno činiti námitky proti tomu, co jest v d. zp. (str. 231) k ospravedlnění uvedeno. Co se zejména darování sub modo týče, bylo uvažováno, zdali by neměla býti do zákoníka pojata ustanovení o darování sub modo, jaká mají §§ 1210 a násl. uherské osnovy z r. 1913 (srv. §§ 1457 až 1459 uh. osn. z r. 1928) podle vzoru §§ 525—527 něm. obč. zák. Přes to bylo od redakce takových ustanovení upuštěno, »ježto praxis s darováním sub modo dosud valných obtíží neměla a ježto by nebylo snadné dáti ustanovení vyčerpávající«. Kdo však čte pozorně citovaná ustanovení §§ 525—527 něm. obč. zák., nemůže dojíti k přesvědčení, že jsou zbytečná — a míní-li redaktoři osnovy, že nejsou vyčerpávající, pak jistě stálo za námahu snažiti se o dosažitelnou úplnost.

Zasloužilé jest nové ustanovení 2. věty § 862 osn., které

původní větu § 945 obč. zák. o »škodlivých následcích« potud rozšiřuje, že dárce odpovídá za škodu, která vznikne obdarovanému vadnou povahou věci darované, ale jen když vadnou povahu věci znal a když mu lze přičísti k vině, že ji obdarovanému neohlásil.

§§ 863 a násl. osn. jednají o »odvolání daru« a přinášejí nové systematické rozčlenění s četnými jednotlivými korekturami — nezasluhují však ve svém novém znění žádné zvláštní chvály. Sem náleží především sloučení §§ 947, 950 a 954 obč. zák. Odvolání daru pro nouzi není přece totéž jako odvolání pro zkrácení povinné výživy. Z toho vyplynulo škrtnutí § 950/1 obč. zák., jehož smysl nelze nikdy nahraditi tím, že ustanovení to bylo pojato do nynějšího § 863 osn. pod hlediskem »nouze« dárce. V obou případech požaduje se podle obč. zák. zpět také něco jiného — a to právem. Konečně není případné vyloučení §§ 947 i. f., 950 i. f., 951 obč. zák. v § 868 osn., jakož i § 952 obč. zák. v § 869 osn. pod rubrikou: »Všeobecná ustanovení«, poněvadž § 868 osn. jest ražen pouze na ony případy, na které se již v obč. zák. vztahuje (ne snad také na případ odvolání pro nevděk), a § 869 osn. jest opět na místě jen, jedná-li se o zkrácení povinného dílu. Ze všech korektur, které jsou zde osnovou navrhovány, jest praktické pouze nahrazení »zákoných úroků« podle § 947 obč. zák. měřítkem obohacení (§ 863 osn.).

Pokud se týče právního institutu »darování pro případ smrti«, náleží tento, jak jest známo, v rakouské právnícké literatuře k nejspornějším problémům, jež nedoznaly ještě konečného vyřízení. Nelze zde tedy, jak míní d. zp. (str. 235), nikde mluvit o »názoru v nauce ustáleném«. Osnova s odvoláním na to žádá, jak v § 580 tak v § 871, aby darování bylo »závislé na výmince, že obdarovaný dárce přežije«. Přestává však darování pro případ smrti býti takovým darováním, jestliže výminka se vztahuje jak na obdarovaného, tak i na jeho dědice? Důraz nespočívá podle mého názoru na tom, že obdarovaný sám musí dárce přežítí, nýbrž na něčem jiném, což budiž blíže zkoumáno. Zaujal jsem totiž k tomuto problému stanovisko již u příležitosti 500letého jubilea krakovské university a dovolím si uvésti zde stručně výsledky, ke kterým jsem tam dospěl.

§ 956 obč. zák. ustanovuje výslovně, že darování pro pří-

pad smrti jest darovacím slibem, jehož splnění má se státi teprve po smrti dárcově. Darování pro případ smrti není však podle rakouského práva ani čistým odkazem ani čistou obyčejnou smlouvou darovací podle § 938 obč. zák. Odkaz liší se totiž pojmově od darování, poněvadž jest disposicí mortis causa, kdežto darování projevuje se jako akt liberality na straně dárcově, který sleduje svůj účel inter vivos, poněvadž dárcove vzdává se vlastních prospěchů, aby je propůjčil obdarovanému. Tomu tak není při odkazu. Poněvadž se tedy při odkazech a při darováních jedná o dva rozdílné právní pojmy, nemůže ani darování pro případ smrti oba pojmy spolu spojovati, nýbrž může se jednati jen o to, že při darování pro případ smrti určitá ustanovení o odkazech s jednotlivými ustanoveními o darováních přiměřeně spolu jsou kombinována. Tak zbývají nám jen dvě cesty: buď popírati existenci darování pro případ smrti jako zvláštního právního institutu a podřaditi jednotlivé zjevy pod pojem odkazu, po příp. pod pojem darování — anebo uznati darování pro případ smrti jako zvláštní, jak od odkazu tak od darování rozdílný právní institut, při čemž však dlužno použití v určitých směrech jak ustanovení o odkazech tak ustanovení o darováních.

Platné právo zvolilo podle mého názoru cestu druhou. Dispozice pro případ smrti musí vždy vyjadřovati pravou vůli zůstavitelovu. Proto nelze z nesprávně užitých slov činiti správný závěr o vlastní podstatě opatření na případ smrti. Nařídí-li na př. zůstavitel v testamentu: své jmění »daruji« svému synovi A, nemůže přece býti pochybno, že ustanovil svého syna dědicem. Podobně jest to odkaz, jestliže v testamentu nebo kodicilu svému příteli B »daruji« kapesní hodinky. Ani v prvé ani v druhém případě nemůže býti řeči o darování pro případ smrti podle § 956 obč. zák. Tak musí § 956 míti jiný význam, nemůže vyjadřovati pouze myšlenku, že posléz uvedený případ dlužno považovati za nařízení odkazové, poněvadž to jest ustanoveno již v § 535 obč. zák., a s druhé strany nemůže § 956 obsahovati v sobě odpor, spočívající v tom, že by jeden a týž právní institut uznával současně za odkaz i za darování pro případ smrti. Jest tudíž jisto, že taková jednostranná opatření jsou odkazy a nikoliv darování pro případ smrti. S druhé strany nesluší míti

pochybnosti o tom, že darování, které za života zůstavitelova bylo vyplaceno, dlužno považovati za obyčejné darování *inter vivos*, i když by bylo uzavřeno pod výminkou, že obdarovaný dárcce přežije. Darování pro případ smrti může býti pro obor platného práva udrženo jen tehdy, je-li považováno za zvláštní právní institut. To se podává také ze zvláštního odkazu § 603 obč. zák., podle něhož darování pro případ smrti jest postaveno jako zvláštní způsob opatření na případ smrti vedle testamentů, kodicilů a dědických smluv. Darování pro případ smrti jest vždy opatřením na případ smrti, jehož právní účinky mohou nastoupiti teprve po smrti zůstavitelově.

Když jsme toto předem uvážili, nemůže nám výklad § 956 obč. zák. působiti žádných obtíží. Ustanovuje p o u z e o tom, co jest v něm *expressis verbis* pověděno. Obsahuje pouze ustanovení o formě, již dlužno šetřiti při darování pro případ smrti: při odvolatelném opatření formality odkazu, při neodvolatelném darování pak písemná (podle zákona ze dne 25. července 1871, č. 76 ř. z. notářská) forma. Darování pro případ smrti n e n í však ani odkazem ani obligační smlouvou darovací ve smyslu § 938 obč. zák., třebaš odpovídalo buď formě odkazu nebo (notářské) smlouvy darovací. Jako zvláštní právní institut musí míti jednotný charakter. Jest, jak bylo pověděno, opatřením na případ smrti a podle svojí podstaty stojí nejbliže dědickým smlouvám. Jako dědická smlouva jeví se darování pro případ smrti podle platného práva nikoliv jako obligační smlouva, nýbrž jako zvláštní smlouva práva dědického. Ovšem nemůže míti obsah, který charakterisuje smlouvu dědickou. Poněvadž tedy dědická smlouva může býti uzavřena pouze o budoucí pozůstalosti anebo o ideální její části, může se darování pro případ smrti vztahovati pouze na jednotlivé kusy pozůstalostní anebo na jednotlivá práva k pozůstalosti náležející. Tím jest mu vyhrazen tentýž obor, který jest v právní vědě znám pod jménem smluv odkazových. Práv-li § 956, že darování pro případ smrti jest za šetření předepsaných formálností platné jako odkaz, jest tím také ustanoveno, že předmětem darování pro případ smrti může býti pouze totéž, co tvoří předmět odkazu.

Darování pro případ smrti zaujímá tedy podle mého pojetí již v platném právním systému zvláštní místo. Formulí, již si

oblíbila osnova (»darování závislé na výmince, že obdarovaný dárce přežije«), nelze mnoho dosáhnouti, naproti tomu bude i pro revisi zákoníka významné, rozhodnou-li redaktoři vytvořiti v darování pro případ smrti právní institut stojící vedle dědické smlouvy a podle toho je přiměřeně vybudovati.

III. Smlouva schovací (§§ 872—883 osn.), půjčka (§§ 884 až 894 osn.) a zápůjčka (§§ 895—905 osn.) jsou podle osnovy smlouvami nikoliv reálnými, nýbrž konsensuálními.

K hlavě (26.) o smlouvě schovací bylo by redaktory osnovy upozorniti na §§ 689, 692, 697, 698, 700 něm. obč. zák., jakož i na čl. 472/2, 477, 479 švýc. oblig. zák. Jest dále sice správné, že nelze převzítí § 959 obč. zák. v původním jeho znění, avšak přestřeluje se, nepečuje-li se po škrtnutí tohoto paragrafu vůbec o to, aby v osnově byla vhodná pravidla o t. zv. depositum irregulare, a tvoří se mezera v zákoně.

Správné jest rozložení § 967 obč. zák. ve dva zvláštní §§: 877 a 878 osn. V § 877 mluví se o náhradě škody a o nákladech. Jinak nežli na jiných místech osnovy dělí se zde náklady na dva druhy: 1. náklad učiněný na věc, aby bylo možno vyhověti přijaté povinnosti, a 2. náklady jinaké. Jest samozřejmé, že schovatel má nárok na náhradu oněch nákladů, k nimž se zavázal, a to potud, pokud se k nim zavázal. Zvláštní ustanovení v tomto směru jest však zbytečné a nelze na ně pohlížeti jako na zvláštnost smlouvy schovací. S druhé strany nelze však nahlédnouti, proč pro ostatní případy má býti zákonné měřítko jiné, podle toho, jedná-li se o to, aby bylo vyhověno přijaté povinnosti, která ve smlouvě nebyla přesně určena, anebo jedná-li se o »náklady jinaké«. Osnova chce, aby pouze pro případ posléz zmíněný platila ustanovení o nepřikázaném jednatelství. Příslušná ustanovení (§§ 934, 935 osn.) mají však, jak jest známo, jiné rozdělení [a) náklad nutný a užitečný podle § 934 a b) náklad učiněný za tím účelem, »aby rozmnožen byl prospěch osoby druhé« podle § 935] a navazují na kategorii jmenovanou v § 935 ještě další předpoklady. V odporu s tím rozumí se v § 260 osn. (srv. § 331 obč. zák.) pod »užitečným« nákladem to, co obč. zák. nazývá »rozmnožením trvajících ještě užiteků«. Doporučovalo by se, aby redaktoři rozcházející se předpisy o náhradě nákladů uvedli navzájem v soulad, a pokud se týká textu § 877

osn. (srv. § 967 obč. zák., věta 1. a 2.), jest možna pouze jedna alternativa: buď setrvati při původním znění obč. zák. a přenechati praksi, aby používala analogicky ustanovení o nepřikázaném jednání, anebo zvoliti znění, které by se řídilo pěk-ným ustanovením § 693 něm. obč. zák.

Pozměňujíc původní §§ 967/3 a 982 obč. zák. (srv. §§ 878, 894 osn.), navrhuje osnova rozdělení lhůty ve 2 oddíly: v tří-měsíční preklusivní lhůtu pro ohlášení nároku a v další tříletou lhůtu promlčecí po uplynutí prvé (§ 1300 osn.). Dlužno pochybovati o tom, zdali takové rozdělení jest nutné; chce-li se však setrvati na onom rozdělení, pak jest další promlčecí lhůta podle § 1300 osn. rozhodně příliš dlouhá. Právem omezuje se nový polský obligační zákon (čl. 429, 540/2) v tomto směru na lhůtu šestiměsíční, a to při přijetí hosta a tempore scientiae. —

V hlavě (27.) o p ů j č c e zabývá se d. zp. (str. 241 a násl.) obšírněji otázkou, zda má býti podle § 974 obč. zák. rozeznáváno mezi půjčkou a »nezávaznou výprosou« (prekariem), a rozhoduje se pro názor R a n d ů v (»Besitz«, str. 302 a násl., 675 a násl.), že onen rozdíl nemá platiti. Příslušné vývody d. zp. nejsou však přesvědčivé a nemohou upříti přednost případným argumentům S c h e y o v ý m (»Obligationsverhältnisse«, str. 260 a násl.). Ostatní jednotlivé korektury v této hlavě jsou po většině správné. —

Se zřetelem k pojmu z á p ů j č k y, který jest v osnově (§ 895) vymezen s vypuštěním znaku »tantundem« (hlava 28.), dlužno stručně poznamenati toto: S hospodářského hlediska jest dnes pouze peněžítá zápůjčka zápůjčkou ve vlastním smyslu slova. Jestliže se sem zahrnuje ještě t. zv. zápůjčka jiných »zastupitelných« věcí, pak jest to jen starý odkaz římského práva s jeho »vrácením tantundem eiusdem generis«. D. zp. právem poznamenává, že se při peněžitých zápůjčkách vlastně s »tantundem« nevyjde; moderní peněžní styk nenechá se odbýti takovou šablonovitou formulí. Moderní pojem zápůjčky se zřejmě musí vymeziti se zřetelem k hospodářským prvkům. Pro dnešní právo nezbývá podle mého názoru nic jiného než vztahovati zá-půjčku v přesném smyslu pouze na zápůjčku peněžitou, a to již z toho důvodu, že se při všelikých přepočítávaních jako při ostatních předpisech o úmluvě o placení peněžitých zápůjček



nesmíme přece vázati na římskou definici zápůjčky. Tak by zůstalo pro ostatní případy zápůjčky jiných »zastupitelných« věcí sice místo vedle zápůjčky peněžité, v každém případě šlo by však o zvláštní právní institut s tantundem eiusdem generis, více méně v podobném postavení jako t. zv. depositum irregulare vedle deposita.

Záslužné jsou již vývody návrhu subkomitétu k §§ 987 až 989 obč. zák., při čemž došla zvláštního využití teorie *Scheuova*. Také v nové osnově lze povšechně přisvědčiti navrhovaným změnám původního textu. Bylo by velmi vhodné se zřetelem k smutným zkušenostem z doby inflace pojmouti již do zákoníka předpisy, které by měly býti stříženy na takové mimořádné případy. Spekulaci na všeliké inflace má býti a priori čeleno.

IV. Vydatněji zasáhla superrevisní komise do skladby hlavy 29. Především tím, že nemluví již o smlouvě zmocňovací (*Bevollmächtigungsvertrag*), nýbrž o smlouvě »o obstarání záležitostí« (*Geschäftsbesorgungsvertrag*) — to zřejmě vzhledem k hlavnímu znaku »příkazu« podle § 662 něm. obč. zák. Při tom strany smluvní se již nenazývají zmocnitelem a zmocněncem, nýbrž pověřitelem a obstaravatelem (d. zp. str. 250). Obojí jest vzhledem k přítomnému stavu této otázky v moderní právnické literatuře jistě správné. Jinak však i superrevisní komise na textech obč. zák. změnila málo, ačkoliv se nezdráhala navrhnouti zcela vhodnou korekturu změnou systematického rozčlenění. Jest podle mého názoru správné, že superrevisní ustanovení o smlouvě o obstarání záležitostí *sensu stricto* a o plné moci sice od sebe oddělila, avšak současně je v jedné hlavě bezprostředně spolu spojila. Zastoupení (eventuelně s plnou mocí) jest totiž, jako takové, institutem právních účinků, příkaz pak institutem právních příčin, obojí náleží však do úzké vzájemné souvislosti, jak jsem své doby (1904) obšírně odůvodnil ve své knize: »Die Aufträge zugunsten Dritter« (str. 307 a násl.). — Co totiž charakterisuje jak zastoupení tak příkaz, jest v hospodářském, jakož i v sociálním směru okolnost, že jsou exponenty téhož všeobecného právního institutu, t. j. jednatelství pro jiného. Správný jest tudíž, avšak jen ve formálně-juristickém směru, pojem příkazu v osnově. § 906 zní: »Zavázeli se někdo, že zá-

ležitost pro jiného obstará, vznikne smlouva o obstarání záležitosti«. D. zp. (str. 250) vysvětluje nahrazení slov: »jménem jiného« slovy »pro jiného« tím, »ježto to aspoň se mohlo pokládati za nesporné, že pod § 1002 obč. zák. zcela jistě nenáleží jen smlouvy, podle kterých někdo obstarává záležitosti cizí jménem jiné osoby«. Při pojmovém určení § 906 osn. spočívá ovšem obtíž v tom, že se onen formální pojem musí doplniti prvky hospodářskými a sociálními. Bude zde vždy pochybnost, co se skrývá pod slovem: »záležitosti« a co se má rozuměti pod slovy: »pro jiného«. Nikoliv neprávem má 22. hlava obč. zák. nadpis, který ukazuje na »provádění záležitostí« všeobecně, a bude nutno položit si otázku, co takové provádění záležitostí sociálně a hospodářsky představuje. (Odkazují čtenáře na svoje výklady v »Základech moderního práva soukromého«, str. 264 a násl.). Jest věcí vědy i soudní praxe, aby bylo v tomto směru podáno vysvětlení. V právnické literatuře diskuse o tom platí ještě za neukončenou — právní věda může tudíž s novým zněním § 906 osn. býti spokojena; ustanovení to nezasahuje přímo do otázek konstruktivních a v tom spočívá jeho význam.

To však nelze tvrditi o novém znění § 919 osn. o zmocnění. § 919 osn. není klasický, poněvadž náleží do oboru konstruktivní pravovědy a chce rozhodovati otázky konstruktivní, jež do zákona nenáleží. Rozhoduje se pro teorii, podle mého názoru nepravou, že totiž zmocnění může býti spojeno s rozličnými právními jednáními (nikoliv pouze s příkazy). Tato otázka má zůstat vyhrazena vědě a nemá býti řešena v zákoníku. V § 919 osn. by stačila prostě tato formulace: »Zmocněním uděluje se někomu právo pro jiného jednati. Zmocnění děje se písemně nebo ústně.«

Ostatně pojednává tato hlava v osnově, jako v obč. zák., též o »jednatelství bez příkazu« (§§ 933—939 osn.) a o »upotřebením věci k prospěchu druhé osoby« (§§ 940—942 osn.). Mimo to jest původní marg. rubrika: »Zmocnění udělené mlčky osobám služebným« nahrazena novou, která jedná o »zmocnění z poměru zaměstnaneckého« a zahrnuje §§ 1029 a násl. obč. zák. (§§ 929—932 osn.). Na místo původních §§ 1027, 1028 obč. zák. navrhuje se nyní (v § 928 osn.) pod marg. rubrikou »Zástupčí moc orgánů právnických osob« toto ustanovení: »Uči-

nil-li právní jednání svědčící jiné osobě orgán právnické osoby povolaný podle jejího pravidla zřizovacího činiti taková právní jednání, nelze oné osobě namítati, že potřebná snesení byla postižena vadami, když o těchto nedostatecích ani nevěděla ani věděti nemusila.« Z tohoto ustanovení nelze jasně seznati, co jest rozuměti slovy »potřebná snesení«.

V oddílu o jednatelství bez příkazu a o upotřebení věci k prospěchu druhé osoby nelze zaznamenati mnoho korektur. O důležitějších bylo promluveno již shora (§ 14 III, § 13 VIII).

V. **Trhová smlouva** zasluhovala většího modernisování předpisů nežli onoho, jehož se jí dostalo v osnově. Zařazení analogických ustanovení podle vzoru §§ 448 a 449 něm. obč. zák. v §§ 959, 960 osn., jakož i ustanovení o povinnosti kupujícího oznámiti prodávajícímu vady koupené věci a o povinnosti uschovací podle vzoru čl. 347 obch. zák. v § 961 osn. nestačí ještě k tomu, aby trhová smlouva byla vybudována podle požadavků moderního obchodního styku. Schvalovati jen dlužno největší část jednotlivých korektur, jako převzetí zákona ze dne 27. dubna 1896, čís. 70 ř. z. o »trhu splátkovém« (v §§ 964 až 971 osn.) do hlavy, pojednávající o trhové smlouvě.\*) Správný jest zejména § 962 osn. o písemné formě při výhradě vlastnictví až do zaplacení celé trhové ceny. Nová znění, jichž redaktoři používají, nedopadla však vždy dobře. Ustanovení §§ 1061, 1062 obč. zák. byla bez nutné potřeby zkrácena a shrnuta do jednoho paragrafu (958 osn.), jež nelze považovati za zdařilý. Proč byla zde v 1. větě škrtnuta povinnost k pečlivému uschování věci prodávajícím až do doby odevzdání? Nelze přece zprostiti prodávajícího veškeré péče o věc, nalézá-li se tato u něho. Dále možno proti novému znění § 958 osn. činiti námitky z toho důvodu, že obsahuje v sobě skrytý odpor: vždyť možno ujednati, že věc má býti odevzdána v jiném stavu než v tom, jak jest v době uzavření smlouvy. Slova: »Prodávající je povinen převésti na kupujícího věc tak, jak byla, když byla smlouva sjednána« — nejsou tudíž veskrze případná. Podotknouti ještě dlužno, že jak v obč. zák. tak i v osnově jsou velmi důležitá

---

\*) Pozn. redakce. O splátkových obchodech byl zatím již vydán zvláštní zákon ze dne 12. dubna 1935, čís. 76 Sb. z. a n.

ustanovení o tržové smlouvě obsažena již v hlavě o směnné smlouvě a má se jich užití na smlouvu tržovou (§ 963 osn.). V dodatku k ustanovením o směnné smlouvě umístěn jest nový, povšimnutí hodný předpis (§ 951 osn.), kde se praví: »Jiné smlouvy o výměnu plnění, pokud o nich nejsou zvláštní předpisy, spravují se přiměřeně ustanoveními této hlavy, anebo ustanoveními o oněch smlouvách, které jim jsou svou povahou nejbližší.«

V oddílu o zvláštních druzích smlouvy tržové zasluhují zvláštního povšimnutí ustanovení o prodeji s výhradou zpětné koupě (§§ 974—976 osn.). Na § 1070 obč. zák. navazoval již v subkomitétu v souvislosti s kritickými poznámkami Ehrenzweigovými («Die Zivilrechtsreform in Oesterreich», 1918, str. 20 a násl.) nový návrh, který byl přijat v této formulaci: »Knihovní závady, které byly po zápisu práva zpětné koupě zapsány bez souhlasu oprávněného, budou k jeho návrhu vymazány, užije-li svého práva.« Tento správný návrh byl však při superrevisi odmítnut a na jeho místo vložena byla v § 976/3 osn. tato věta: »Po zápisu práva zpětné koupě lze zřídití knihovní závady jen se souhlasem toho, pro koho je zapsáno.« Žertovně působí, když d. zp. (str. 267) k tomu poznamenává: »Třeba ovšem uznati, že tím bude nemovitost prakticky vyřaděna z hypotekárního obchodu.« Druhému podnětu Ehrenzweigovu, aby totiž ten, kdo má právo zpětné koupě, byl v případě nucené dražby vyrozuměn, aby se mu dala možnost svoje právo během jednoho měsíce vykonati, nechtěl však již návrh subkomitétu vyhověti a nebylo k němu ani v nové osnově přihlédnuto — zajisté neprávem.

VI. Korektury v hlavě (32.) o nájmu a pachtu, jež nastupuje na místo 25. hlavy obč. zák., jsou četné; jest však pochybno, možno-li je veskrze považovati za zlepšení původního textu. Podle mého názoru jest na př. nové tekstování § 1103 obč. zák. o dílčím pachtu pochybené. § 1003 osn. (srv. § 1103 obč. zák.) jedná totiž zcela všeobecně o »smlouvě o hospodaření s cizími věcmi«, pod čímž možno rozuměti také smlouvu o vedení záležitostí nebo smlouvu o správě, které musí však býti posuzovány podle jiných ustanovení a ne podle ustanovení o smlouvě společenské. Tím jest zavedena do zákona nová pojmová kategorie, jejíž rozsah není ohraničen a jejíž nové zave-

dení není v d. zp. vůbec odůvodněno. Při tak všeobecném znění, jak bylo přijato v osnově, nelze tvrdit, že vyjadřuje totéž jako původní § 1103 obč. zák. Konečně pak motivace připojená na konci nového textu (§ 1003 osn.) nepatří do zákona.

Dále považují za neodůvodněné škrtnutí § 1106 obč. zák. To, co o tom praví d. zp. (str. 275), není důvodné. Také zkrácení textu § 1107 obč. zák., navrhovaná v § 1006 osn., neznamenají žádné zlepšení původního znění. Stejně to platí o nové formulaci § 1108 obč. zák.: kdežto obč. zák. pojímá skutkovou podstatu reálně, pomýšlí na »nastalou nehodu« a stanoví, co se má státi, když pachtýř nešetří ustanovení § 1108 i. f., osnova buduje existenci nároku zcela jen na právnické konstrukci (§ 1007 osn.). Ke změnám, které byly na § 1115 obč. zák. provedeny v § 1013 osn., tvrdí d. zp. (str. 276), že novým zněním byly odklizeny některé nejasnosti obč. zák. Takových však není. Osnova pouze jinak vyjádřila tytéž myšlenky, a to stručněji než obč. zák., obsahově však tím nebyla docílena nějaká odchylka. Nové tekstování § 1116 a) obč. zák. nedopadlo ani v technickém ani v obsahovém směru dobře. Ustanovení to není lepší, když 1. věta nahrazuje zrušení smlouvy »vstupem dědiců do smlouvy«, tím méně, když se v nové větě dovídáme, že ne všichni dědicové, nýbrž oni, kteří sdílejí s nájemcem nebo pachtýřem domácnost, vstupují do smlouvy. K čemu pak ještě právně-konstruktivní formule, že po smrti nájemcově se právo nájemní nepokládá za část pozůstalosti? Tato otázka mohla býti bez dalšího přenechána vědě.

VII. Velmi hluboce zasahující byly doplňky a změny původního textu zákoníka o »smlouvách námezdních« v III. dílčí novele. Došly všeobecného schválení a nelze se tudíž diviti, že redaktoři osnovy nemohli zde v podstatě přinésti něco nového. A přece byl zde nový problém, k němuž redaktoři osnovy zaujali stanovisko. Jest to otázka t. zv. smluv hromadných v moderním právním styku. V ocenění významu této otázky pro moderní pracovní právo navrhuji však redaktoři pouze tři ustanovení (§§ 1022/2, 1043/1, 1054 osn.), která bohužel podle jejich znění dopadla zcela planě. Těmito ustanoveními se jistě mnoho nedosáhne a lze je v rámci čistého práva soukromého postrádati, poněvadž náleží již k právu hospodářskému sensu stricto.

Jinak dlužno zde učiniti stručnou poznámku jen k § 1029 osn: D. zp. tvrdí sice (str. 283), že nové znění § 1156 b) »přesněji a spravedlivěji« vyjadřuje jeho smysl, což však z nového tekstování nelze dovozovati. Naproti tomu znění § 1029 osn. jest již proto horší než znění novely, protože rozděluje tuto normu ve 2 odstavce, při čemž musí v obou závěr věty dvakrát opakovati, aby smysl byl jasný. Lepší zajisté bylo znění návrhu subkomitétu.

Smlouvou o dílo zvláštní hlava (35.) osnovy (§§ 1045 až 1054). Počíná »pojmem« (§ 1045). Pravý »pojmem« to není, nýbrž jest to vysvětlení slov, které mnoho nepraví a jest spojeno s tautologií: »Zaváže-li se někdo za plat provésti dílo, vznikne smlouva o dílo.« Poněvadž se tímto způsobem vlastně nic nevysvětluje a zejména vůbec se nestanoví, v čem spočívá rozdíl mezi opera (práce) a opus (dílo), jest takové pojmové určení zcela bezcenné. Nechtěli-li se redaktoři dotýkati ustáleného názvosloví, pak jim nezbývalo nic jiného než upustiti od jakéhokoliv pojmového určení a zvoliti formulaci, kterou má § 631 něm. obč. zák. Ovšem musilo by i podle znění něm. obč. zák. býti přenecháno vědět, jak si představuje rozdíl mezi »smlouvou o práci« a »smlouvou o dílo«. Zde však podle mého názoru nestačí metoda konstruktivní pravovědy, nýbrž jest nutné, jak jsem na to ukázal již ve svém habilitačním spisu (»Das Wesen des Werklieferungsvertrages«, Vídeň, 1898, str. 3), uvážení prvků hospodářských a sociálních.

Kontrahenti při smlouvě o dílo nazývají se v osnově »zadatelem« a »provaďčem« (d. zp. str. 286). Posléz uvedené označení conductoris operis jest podle mého názoru lepší než novelou a něm. obč. zákoníkem zvolený výraz: »Unternehmer«. »Podnikatel« jest totiž širší pojem a bylo by snad vhodno u příležitosti této terminologické otázky na tomto místě uvážiti problém, zdali a jak se má moderní soukromé právo stavěti k pojmu »podnikatele«.

V § 1046 osn. byl tekst novelovaného § 1165 obč. zák. doplněn slovy, jež poukazují na »obsah smlouvy a na povahu díla«. Nelze nahlédnouti, zdali na tomto místě jest nutné opakování šablony o obsahu smlouvy a o povaze díla.

Redaktoři škrtili § 1166 obč. zák. ve znění novely. D. zp.

(str. 287) odůvodňuje to tím, že toto ustanovení dává jen vykládací pravidlo, které není nutné a není ani přesné. Jest sice správné, že stanovení hranic mezi smlouvou trhovou a smlouvou o dílo není v nov. § 1166 obč. zák. přesné, ale z toho nemůže se ještě dovozovati, že nový obč. zák. nemá obsahovati žádné ustanovení o smlouvě o dodání díla. Ovšem bylo by při tom opustiti formu interpretačního předpisu a nahraditi ji předpisem jiným, jenž by měl ustanoviti, pokud má se použiti ustanovení o smlouvě trhové nebo ustanovení o smlouvě o dílo. Jest sice možno, že redaktori při řešení této otázky mysleli na nové ustanovení § 951 osn., avšak bylo by přes to na místě, aby aspoň v d. zp. při smlouvě o dodání díla bylo na to výslovně poukázáno.

Další ustanovení osnovy o smlouvě o dílo přidržují se platného práva (§§ 1167 a násl. obč. zák. ve znění novely). —

Hlava (35.) o smlouvě zprostředkovatelské (§§ 1055 až 1060 osn.), která jest vsunuta za smlouvu o dílo, připodobněna jest §§ 652 a násl. něm. obč. zák. se zcela nepatrnými odchylkami. —

VIII. Hlava 36. osn. jest věnována ustanovením o smlouvě společenské. Jest to důležitá kapitola moderního práva obligačního, jež zejména v právu obchodním doznala zvláštního ocenění. Nicméně zůstává smlouva společenská i pro všeobecné právo soukromé velmi významná. Tomuto významu neodpovídá však stručné, příliš skrovné znění d. zp. jak v návrhu subkomitétu, tak v nové osnově. Zbývá nám tedy povšimnouti si blíže základních problémů, které se při tom objevují; omezíme se zde ovšem pouze na všeobecné úvahy.

Není zajisté nikterak pochybno, že římskoprávní *societas* neodpovídá již modernímu pojetí, ačkoliv přes to na ně, mluví-li se o společenské smlouvě práva soukromého, vykonává ještě vždy velký vliv. Jedná se totiž o příslušný poměr mezi zdůrazněním osobního právního postavení společníků se strany jedné a sférou zájmů společnosti jako takové se strany druhé.

Podle práva obč. zák. jakož i francouzského Code civil převládá římský princip, že smlouva společenská jest obligační smlouva a že jmění společenské připadá jednotlivým společníkům jako spoluvlastnictví pro indiviso. Jest však podle obč. zák. sporno, zdali společenské jmění zakládá pouze »společné

vlastnictví« v tom smyslu, že společenská aktiva sice náležejí společníkům podle poměru jejich podílů, avšak vlastnictví společníků jest vázáno věnováním pro společnost (Ehrenzweig), anebo zda společenské jmění (jak tvrdí Wellspacher) zásadně jest jměním zvláštním, které přísluší všem společníkům ke společné ruce. Dále jest francouzská praxe a věda ochotna považovati společnost za právnickou osobu a společenské jmění za jmění této osoby, čímž má býti dosažen podobný cíl, jako označením společenského jmění jako jmění zvláštního. Jak v rakouské, tak i ve francouzské vědě jest sporno, zda podílní práva jsou osobně zcizitelná (bez účinnosti proti ostatním společníkům), anebo zda zásadně nesmějí býti zcizena. Podle něm. obč. zák. jsou ne jinak než jako při římské societě subjekty společenských práv a závazků společníci a přes to jest společník vedoucí obchody zavázán a oprávněn naproti společníkům v jejich celku, nikterak naproti jednotlivým společníkům. Dále platí společenské jmění za jmění zvláštní, ačkoliv se s ním nenakládá jako s vlastnictvím zvláštního právního subjektu společnosti. V této vlastnosti odlišuje se ostře od soukromého jmění jednotlivých společníků. Jednotlivý společník nemůže tudíž s právními účinky disponovati o společenském jmění ani o svém podílu na celku ani o podílu na jednotlivých částech společenského jmění; rovněž tak nemůže jednotlivý společník samostatně zažalovati podíl na částech společenského jmění. Žádný ze společníků není oprávněn jednostranně žádati rozdělení společenského jmění anebo jeho částí. Vůbec tvoří společenské jmění a soukromé jmění společníků oddělené právní kruhy; proto může jednotlivý společník získati věcná práva k movitým věcem jmění společenského, tak jako by se jednalo o předměty, náležející třetím osobám. Společníci mají však podle něm. obč. zák. kdykoliv právo jednomyslným usnesením rozdělit mezi sebe společenské jmění bez ohledu na věřitele společnosti. Dále nemají společníci právo žádati, aby se věřitelé společnosti drželi v prvé řadě jmění společenského.

Z tohoto krátkého přehledu jest patrné, jak se v moderní společenské smlouvě práva soukromého navzájem kříží zájmová sféra jednotlivců se zájmovou sférou společnosti. Záleží na rozdílném měřítku, jež posunuje rovnováhu buď na tuto nebo



na onu stranu. Při revisi jest tudíž velmi důležité, jaké stanovisko k tomuto problému se má zaujmouti. Redaktoři osnovy byli si vědomi toho, že nemohou setrvati bez výhrady při starém pojetí, které má své kořeny ještě zcela v římském právním systému, — z d. zp. však není patrné, zda problém pojali se strany zásadní anebo zda jim šlo jen o to, aby byly případ od případu provedeny jednotlivé korektury.

První korektura, která pochází od redaktorů osnovy, týká se pojmového určení společenské smlouvy (§ 1061/1 osn.). Tento »pojmem« náleží k nejlepším v osnově — a víme z dřívějších výkladů, že právě »pojmy« v osnově jinak vykazují mnohé nedostatky. Také dlužno jen vítati změnu, která jest zde navrhována naproti původnímu textu. Platný obč. zák. a francouzský Code civil znají římskou societas pouze jako společnost výdělkovou; osnova následuje však něm. obč. zák., jakož i švýc. oblig. zák. (§ 705 něm. obč. zák., čl. 530/1 švýc. oblig. zák.), zdůrazňujíc nikoliv účel výdělkový, nýbrž kladouc váhu vůbec na dosažení společného účelu, ať jest to účel výdělkový anebo jiný, třeba i ideelní účel. Při tom nezáleží ani na tom, zda jde o dosažení prospěchu majetkového čili nic. Znění § 1061 osn. stojí nejbližše textu čl. 530/1 švýc. oblig. zák.; o »společných silách a prostředcích« se nemluví, ačkoliv to zpravidla budou společné síly a prostředky, které mají vésti k dosažení společného účelu. 2. odst. § 1061 osn. má svůj vzor v § 1178 obč. zák. Po stránce systematické nenáleží však do přímé souvislosti s »pojmem« společenské smlouvy, a bylo by tudíž vhodné oba odstavce od sebe oddělit.

Další ustanovení osnovy o smlouvě společenské vyznačují se novým systematickým uspořádáním; hlavní oddíly jednájí a) o právních následcích společenské smlouvy (§§ 1062—1074), b) o zániku společnosti nebo členství (§§ 1075—1082), c) o rozdělení společného jmění (§ 1083). První oddíl (a) rozpadá se v tyto marginální rubriky: 1. co do základního jmění, 2. co do ostatních práv a povinností společníků navzájem, 3. co do poměru k osobám třetím. Šu 1062 osn. odpovídá § 1182 obč. zák., šu 1063 osn. §§ 1183/1, 1192/2 obč. zák., šu 1064 osn. § 1177 obč. zák., § 1065 osn. přichází pak na místo § 1181 obč. zák. K § 1066 osn. jest srovnati § 1188 obč. zák., k § 1067 osn. § 1184

obč. zák., k § 1068 osn. §§ 1185, 1186 obč. zák., k § 1069 osn. § 1189 obč. zák., k § 1070 osn. § 1191 obč. zák., k § 1071 osn. § 1193 obč. zák., k § 1072 osn. § 1197 obč. zák. Při §§ 1073, 1074 osn. jest poukázati na §§ 1201—1203 obč. zák. a na čl. 126 obch. zák. §§ 1075—1082 osn. obsahují změny k §§ 1205—1212 obč. zák. a § 1083 osn. obsahuje zkrácený § 1215 obč. zák.

Hned po úvodním paragrafu (1061 osn.) následuje zásadní ustanovení co do základního jmění (§ 1062 osn.). Jest správné, že toto určení bylo postaveno v čelo jednotlivých ustanovení o smlouvě společenské. Zní: »Jmění, které bylo určeno k společnému účelu, je jměním základním.« Touto novou stylisací původního § 1182/1 obč. zák. dosahuje se téhož, co přijímá již německá právní věda, odvolávajíc se na § 718/1 něm. obč. zák. Rozsah společenského jmění bude se tedy podle osnovy, stejně jako podle něm. obč. zák., vztahovati jak na příspěvky společníků tak na předměty, jež byly vedením obchodů nabyty pro společnost. Nepraví se zde však ještě, zda se společenské jmění má pojímati jako »zvláštní jmění« ve smyslu spojení k společné ruce. Tato otázka zůstává však také podle osnovy nevyjasněna, poněvadž z postupu redaktorů a zejména z výkladů d. zp. nabýváme dojmu, že si tuto otázku nepoložili a že nám zůstali na ni dlužni jasnou odpověď. Tak mohou se i nyní přívrženci teorie o společenském jmění jako jmění zvláštním podle vzoru *Wellspacherova* (*Festschr. für Jahrhundertfeier des ABGB, I., str. 190 a násl.*) odvolávati především na § 344 osn., který bezvýhradně převzal ustanovení § 829 obč. zák. (slova: »pokud se to nepřičí právům ostatních spoluvlastníků«), dále také na § 348 osn., který ještě jasněji než původní § 831 obč. zák. ustanovuje, že, »zavázeli se spoluvlastník pokračovati ve společenství, nemůže před časem s podílem svým volně nakládati« — a odpadlo-li ustanovení § 1202 obč. zák., pak jest nyní nahrazeno § 1074 osn., z něhož zajisté lze čerpati jisté argumenty pro vlastnost společenského jmění jako jmění zvláštního; to vše nestačí však o sobě k tomu, aby sporná otázka se stala nespornou. Jest sice důležité pro posouzení naší otázky, praví-li § 1074, odst. 1., osn.: »Společné jmění slouží především k uspokojení věřitelů společnosti«, ale tím není ještě společenské jmění prohlášeno za zvláštní jmění společníků k spo-

lečné ruce. Důležitější jest zde ustanovení § 1074, odst. 2., osn., kde se praví: »Jiní věřitelé společníkovi mohou ze společného jmění požadovati jen to, co společníku samému přísluší na úrocích a na zisku a čeho se mu dostane tím, když se společnost zruší nebo když z ní vystoupí nebo z ní bude vyloučen.« Bohužel platí věta, která se týká podílů na zisku, *expressis verbis* pouze pro případ, že soukromí věřitelé některého společníka uplatňují proti tomuto své nároky. Není jasno, zda z toho může býti dovozeno, že podíly společníků smějí býti *durante vinculo* považovány za nezczizitelné.

Jestliže se redaktoři rozhodli vytvořiti pojem společenské smlouvy v moderním smyslu a systematicky nově uspořádati právní látku sem náležející, pak uvázli na poloviční cestě, neboť se nepokusili vyřešiti všechny otázky a látku upravit tak, jak to vyžaduje legislativní technika. Jest sice správné, že redaktoři ve druhé větě 2. odst. § 1074 osn. recipovali ustanovení čl. 126 obch. zák., tím však daleko ještě nevykonali všechno, co bylo nutné, aby smlouva společenská byla vybudována v moderním smyslu. Tento úkol byl o to snažší, že v tomto směru jak něm. obč. zák., tak i švýc. oblig. zák. musejí býti považovány za vzorná zákonodárná díla. Úprava společenské smlouvy v osnově není prosta pochybností, naopak nejen musejí býti dále diskutovány staré sporné otázky, ale i o překlenutí mezer jest nutno se snažiti. Podle mého názoru nemělo by se již následovati pojetí obč. zák. v tom, že se pro obligační smlouvu společenskou stanoví analogické použití předpisů o věcném společenství statků (§ 1066 osn., srov. § 1188 obč. zák.). Právem rozeznává zde již něm. obč. zák. mezi jednatelstvím společnosti (§§ 709 a násl.) a správou společenství (§§ 744 a násl.). Přes mnohou podobnost jednotlivých skutkových podstat nemůže zde býti řeči o nějaké skutečné analogii. Ustanovení v § 1066 osn. uvedená (§§ 352—361 osn.) nehodí se dobře na jednatelství společnosti, obzvláště ne ustanovení o rozhodování losem, rozhodčím anebo soudcem podle § 354 osn. (srov. § 835 obč. zák.), a také ne ustanovení § 358 osn. (srov. § 840 obč. zák.), že »nehodí-li se užitky k tomu, aby se dělily, prodají se veřejnou dražbou a čistý výtěžek se rozdělí«. Přímou nevhodné by bylo při společnosti, aby se ještě před uzavřením obchodu přikročilo k rozdělení užitků,

což ovšem při společenství statků platí jako zásada (§ 358 osn. i. f.). S druhé strany jsou při jednatelství společnosti nutné zvláštní normy, které se dobře nehodí na společenství statků (srov. na př. §§ 710—712 něm. obč. zák.). Odvolávání se osnovy na analogii ustanovení o spoluvlastnictví vzbuzuje dojem, že také pokud se týče poměru společníků navzájem setrvala při pojetí římském. Zde bylo by vhodné zvláštními ustanoveními jasně říci, že obchodvedoucí společník jest oprávněn a zavázán naproti veškerosti společníků. Co však jest nejdůležitější, jest to, že má býti v osnově zcela přesně ustanoveno o volné zeizitelnosti nebo nezzeizitelnosti podílů. Ustanovení § 344 osn. o právech spoluvlastnickových vzhledem k podílu nemůže zde dostačiti, poněvadž vedlejší větou: »pokud se to nepřičí právům ostatních spoluvlastníků« spor o jeho výklad nerozhoduje.

Jinak dlužno k hlavě o smlouvě společenské uvést ještě toto: Lze zde zaznamenati zvláštní snahu redaktorů odstraniti z původního textu tolik ustanovení, kolik jest jen možno. Mnohé z těchto škrtnutí jsou oprávněny, avšak nikoliv všechny. Tak na př. škrtnutí §§ 1198 a 1199 obč. zák. odkazem na § 352 osn. (srov. § 833 obč. zák.) a 360 osn. (srov. § 830/1 obč. zák.) není na místě. Nesprávné bylo, že § 1200 obč. zák. byl přeložen do hlavy o spoluvlastnictví. Vůbec sedes materiae o kladení účtů jest ve smlouvě společenské, nikoliv v nauce o spoluvlastnictví. Jedná se totiž o vedení a správu společenských záležitostí, nikoliv pouze o udržování a správu »věci«. K tomu jest ještě podotknouti, že §§ 360 a 361 osn. (srov. §§ 830/1, 1200 obč. zák.), umístěné v hlavě o spoluvlastnictví, nejsou správně stylisovány, druhý (361) proto, že ponechává nerozřešenu otázku, »kdo nemá práva na účet«, a první (360), protože jest s druhým (361) v odporu.

IX. Hlava 37. má nový nadpis: »Sázka, hra a smlouvy podobné« a obsahuje mezi jiným ustanovení (§ 1085 osn., srov. § 1174/2 obč. zák. ve znění novely), že zápůjčky poskytnuté vědomě k sázkám nelze vymáhati; takové sázky a zápůjčky nemohou býti zajištěny a nehodí se ke kompensaci s pohledávkami dlužníkovými (§ 1086 osn.). Nová jsou zde ustanovení §§ 1089, 1090 osn. o diferenčních obchodech. Diferenční obchody posuzují se ve příčině žalovatelnosti jako sázka a hra; jinak

však nenastávají právní účinky takové jako při sázce: »Diferenční pohledávka může býtí zajištěna zástavním právem a hodí se ke kompensaci s pohledávkami dlužníkovými; také zadržovací právo může býtí provedeno a zápůjčku danou do diferenčního obchodu lze vymáhati« (§ 1089 osn. i. f.). § 1090 osn. obsahuje však důležitou vyjimku ze zásady nežalovatelnosti diferenčních obchodů; ustanovuje totiž: »Předpisy o sázce a hře neplatí při diferenčních obchodech se zbožím, když byly uzavřeny mezi osobami, s jejichž řádnou činností obchodní nebo živnostenskou hospodářsky souvisí uzavírání diferenčních obchodů.« Nelze pochybovati, že pod toto ustanovení spadají zejména takové diferenční obchody, jež jest považovati za obchody bursovní. Nově vsunuté ustanovení o bursovních obchodech zasluhuje vůbec zvláštní pozornosti.

X. Nová jest hlava 38., která pod titulem: »Smlouvy o zaopatření« zahrnuje v sobě dva právní instituty: 1. Zaopatřovací důchod (§§ 1091—1095 osn.), 2. Výměnek (§§ 1096—1107 osn.).

1. Právem vyloučili redaktoři osnovy »zaopatřovací důchod« ze sázky a hry (§§ 1284 a násl. obč. zák.) a postavili ho pod hledisko smlouvy o zaopatření. Pokud se týče jednotlivých ustanovení, vyšli sice z §§ 1284, 1285 obč. zák., avšak nahlédli, že posléze uvedená ustanovení nedostačují, a převzali celou koncepci ze švýc. oblig. zák. (čl. 516 a násl.). Pojem jest však širší než ve švýcarském právu: zaopatřovací důchod může býtí určen nejen na doživotí nějaké osoby, nýbrž také na jinou dobu neurčitou nebo na dobu delší než pět let. Ustanovení o potřebě notářského spisu při smlouvách o zaopatřovací důchod mezi manžely (§ 1091/2 osn.) jest převzato ze zákona ze dne 25. července 1871, čís. 76 ř. z. K §§ 1092—1094 osn. jest srovnati čl. 516, 518, 519 švýc. oblig. zák. — pouze v § 1093 osn. jest zachováno čtvrtletní placení předem podle vzoru § 1285 obč. zák. V souvislosti s původním § 1286 obč. zák. vzniklo nové ustanovení § 1095 osn. Právem poznamenala d. zp. k návrhu subkomitétu, že § 1286 obč. zák. vyžaduje změny již se zřetelem k platnému právnímu stavu, poněvadž smlouvě o zaopatřovací důchod mohou podle nových předpisů konk. řádu (nyní §§ 28 a násl.), jakož i řádu odpůrčího (nyní §§ 1 a násl.) věřitelé odporovati.

Pokud se však týče práva dětí, resp. jiných osob k výživě oprávněných žadatí složení postrádatelné části důchodu, poznamenala právem již d. zp. k návrhu subkomitétu, že na takové případy jest dostatečně pamatováno předpisy §§ 290 a násl. ex. ř. o zabavení pohledávek. Superrevise usnesla se tudíž, doplňujíc stav věci vytvořený platným již právním stavem, vysloviti na místo původního ustanovení § 1286 obč. zák. větu, že pro neplnění povinností ze záplatné smlouvy o zaopatřovací důchod nelze odstoupiti od smlouvy a domáhati se pak vrácení poskytnutého platu. —

2. V obč. zák. nejsou žádná ustanovení o výměnku, poněvadž redaktoři obč. zák. všechny právní otázky, jež se vztahovaly na stav selský, odkázali na »politické zákony«. Tento právní institut existoval však již před vyhlášením, tedy také po vyhlášení obč. zák. Po zrušení poměru poddanského byl výměnek na základě všeobecně uznané smluvní svobody podroben ustanovením obč. zák. o smlouvách vůbec. Mimo to se teorie ohlížela po analogických výtvorech práva obligačního, a tak stala se otázka právní povahy výměnku mezi právníky spornou. Jedni považovali ho za zaopatřovací důchod, jiní za reálné břemeno a vyskytovaly se také pokusy pojetí výměnku jako právního institutu složeného ze zaopatřovacího důchodu, ze služebnosti, z reálného břemene a z hypotéky. Teprve v ex. ř. nalézáme výměnek jako terminus technicus, který jest postaven vedle reálných břemen. Pod vlivem tohoto zákona tvoří se v praxi zvolna názor, že výměnek jest zvláštním, ale spolu jednotným právním institutem, který slouží zaopatření stáří. Nicméně sahá se, zejména v teoretických výkladech, k rozmanitým analogiím, které se mění případ od případu a podle libosti vykladatelovy kladou důraz na pojetí výměnku jako zaopatřovacího důchodu, jako práva poživacího nebo užívacího nebo jako reálného břemene. Do tohoto ne právě utěšeného stavu snažila se zejména rozhodnutí soudů v obvodu historických zemí vnést nové světlo, takže již v době přípravných prací k nové osnově mohli se redaktoři opřít o výsledky soudní praxe. Přes to nelze úvodní ustanovení § 1096 osn., jež má za účel určití výměnek podle znaků hospodářských a právnických, považovati za zdařilé, poněvadž stojí pod vlivem oněch chaotických teorií, které nechtějí

výměnek pojímáti jako jednotný právní institut. Pochybené jest tudíž konstruktivně-právnícké znění § 1096 osn. i. f., kde se praví, že »o výměnku platí podle obsahu právního jednání, kterým byl zřízen, ustanovení o právech, ze kterých se výměnek skládá, zejména ustanovení o zaopatřovacím důchodu, o služebnosti bytu a t. p.«. Jest věcí soudcovou, aby při posuzování každého konkrétního případu hledal analogii tam, kde má být nalezena, a výslovné zákonné ustanovení jako právě uvedené vzbuzuje jen podezření, že zákonodárce pojímá výměnek jako složený právní institut, což přece neodpovídá skutečnosti. Není správné, že se výměnek skládá z různých práv, jak míní osnova. Přijetím citovaného textu bude teoretický chaos, který panuje o právní povaze výměnku v právnícké literatuře, převzat do zákona samého — čemuž dlužno v každém případě zabrániti. Moderním zákonodárstvím a zákonným osnovám takový passus, se kterým se setkáváme v § 1096 osn. i. f., právem není znám; soudci nutno ponechat, co náleží soudci, teoretikovi pak, co náleží teoretikovi — zákonodárce dělá dobře, když se do takových nejasných věcí nevměšuje, a nesmí zejména teoretické zchytralosti podporovati.

Podle § 1097 osn. má nabyvatel nemovitosti obtížená výměnkem pečovati o to, aby výměnek byl zapsán do veřejné knihy, není-li ve smlouvě nic jiného vyjednáno. Jest zde tedy položen důraz na obligační povahu výměnku, ačkoliv selský výměnek má jen tehdy praktický smysl, když důsledkem knihovního zápisu požívá věcněprávní ochrany.

§ 1098 osn. jedná o převodu výměnku na jiné osoby: »Výměnek nelze na jiného převésti a nepřechází na dědice výměnkářovy; převésti lze jen právo na dávky dospělé, nikoli však tehdy, když se jich míra určuje osobními potřebami výměnkářovými.« Formulace skvělá — odpovídá správným názorům moderních zákonů. Správné jest také ustanovení § 1099 osn., že, není-li zvláštního ujednání, platí pro obsah práv výměnkářových místní zvyklost. Naproti tomu ustanovení § 1100 osn. jest myšleno jako *ius cogens*: »dlužník je povinen přispěti výměnkáři pomocnými úkony, kterých nezbytně potřebuje v nemoci, při úrazu a t. p.« Odpovídá zřejmě účelu, jemuž výměnek slouží, proto mají je také jiná zákonodárství. Nový jest 2. odst. toho-

to §; jiná zákonodárství toto ustanovení nemají a nelze se za celé jeho znění přimlouvati. Jest totiž v jistém rozporu s odst. 1., když praví: »Povinnosti této se dlužník zhostí, dosáhne-li umístění výměnkáře v léčebném nebo v ošetřovacím ústavě. Náklady na pobyt v ústavě nenese dlužník ze svého, nestíhá-li ho povinnost z jiného právního důvodu.« Jaká jest to pomoc výměnkáři, když musí ze svého hraditi náklady léčení? Jest nutno také zde vzíti zřetel na mravy a obyčeje lidu a poskytnouti soudci možnost, aby rozhodl podle okolností. Výslovné zákonné ustanovení působí v tomto směru jen rušivě.

Také proti ustanovení § 1103 osn. vznikají jisté pochybnosti. »Je-li výměnkáři vyhrazeno právo na dávky buď naturální nebo peněžité, může, rozhodl-li se pro jedny, rozhodnouti se později pro druhé, a není ani závady, aby své rozhodnutí změnil několikrát.« Zajisté musí býti výměnkáři poskytnuta možnost voliti mezi dávkami naturálními a peněžitými, bylo-li mu právo volby přiznáno — svobodná vůle může se však zvrátiti v libovůli a tato neodpovídá vždy požadavkům řádného hospodaření, jichž přece nelze nedbati.

§ 1104 osn. obsahuje pouze povinnost dlužníka opatřiti výměnkáři vhodný byt, byla-li zničena budova, v které bydlil. O jiných případech není zmínky. Stručný jest předpis § 1105 osn. o tom, co se děje po smrti jednoho z manželů, a sice stanoví osnova, že »výměnek manželům vyhrazený se smrtí jednoho z nich nezkracuje« — při čemž není vysvětleno, jak rozuměti tomu, že výměnek »se nezkracuje«, zdali tak, že pozůstalý manžel má dostati i tu část, která patřila zemřelému, či zda jen to, co jemu samému příslušelo dříve. Redaktoři nevzali v tomto směru vůbec zřetel k novějším zákonodárstvím a zákonným osnovám, a proto v tomto oddílu možno zaznamenati četnější mezery. Tak ustanovení § 1107 osn., ve kterém se praví: »Odstoupení nemovitosti nelze odvolati«, nejeví se býti odůvodněno, uváží-li se, že mnohá zákonodárství obsahují zvláštní předpisy o možnosti odvolati odstoupení statku, spojené s výměnkem. Zejména přichází zde v úvahu zemské soukromé právo jednotlivých německých států, k němuž redaktoři bohužel nepřihlédli.

Novou úpravu navrhují konečně redaktoři osnovy v § 1106 »o takových změnách poměrů, že nelze spravedlivě žádati, aby



se setrvalo při naturálním plnění«. D. zp. (str. 299) praví k tomu toto: »V takovém případě má soud pořadem práva naturální výměnek zcela anebo zčásti přeměnit na výměnek peněžitý. Soud může také, vyšetře uhrazovací jistinu, uložit dlužníku, aby ji splatil do starobní pokladny nebo do ústavu podobného druhu. Soud však nesmí vydati rozhodnutí, kterým by byla ohrožena existence výměnkáře. Všechny dohody o přeměně a také soudní rozhodnutí o takové přeměně mohou býti na návrh kterékoli strany pořadem práva nově upraveny, změní-li se podstatně poměry.« Osnova dívá se totiž na výměnek jako na institut všeobecného práva občanského, který není omezen na stav selský. Proto mluví se zde o zásahu s o u d n í m, jenž v rámci soukromého práva stěží nalezne analogii. Výměnek jest však podle svého historického vývoje, jakož i podle svého účelového určení institutem stavu selského a má tudíž býti právě s tohoto hlediska také právnicky pojat. Analogické právní případy jsou sice možné i mimo lid selský, pro jejich právní úpravu dostačí však všeobecná ustanovení občanského práva o reálných břemenech za pomoci jiných příbuzných oborů. Pouze výměnek práva selského vyžaduje se zřetelem k zvláštnímu hospodářskému a sociálnímu jeho určení zvláštní právní úpravy. Taková náleží však podle mého názoru do oboru práva hospodářského. —

XI. Zvláštní část obligačního práva končí v osnově hlavou 39. o veřejném příslibení (§§ 1108—1110), jejíž ustanovení přejímají s malými změnami text §§ 860, 860 a), 860 b) obč. zák. ve znění třetí díle novely.

\*

**Poznámka redakce.** Pojednání autora o superrevisní osnově občanského zákoníka pro Československou republiku, které počalo pod názvem »Poznámky k nové osnově občanského zákoníka« vycházeti ve Sborníku věd právních a státních, ročník XXXII. (1932), zůstalo pro jeho nenadálé úmrtí bohužel nedokončeno. Překlad a úpravu textu obstaral univ. prof. JUDr. Bedřich A n d r e s.