

95-27  
SBÍRKA  
SPISŮ PRÁVNICKÝCH A NÁRODOHOSPODÁŘSKÝCH.  
VYDÁVAJÍ  
KAREL ENGLIŠ A FRANTIŠEK WEYR.

SVAZEK XXVII.

III cas  
Franc  
Cis. 7159/II

# VEŘEJNÁ SLUŽBA A VEŘEJNÝ ÚSTAV

VE FRANCOUZSKÉM PRÁVU SPRÁVNÍM  
A POJEM VEŘEJNÉHO ÚSTAVU V PRÁVU  
ČESKOSLOVENSKÉM.

NAPSAL  
DR. OTAKAR KLAPKA.



V BRNĚ 1926.

NAKLADATELSTVÍ BARVIČ & NOVOTNÝ,  
KNIHKUPECTVÍ PRÁVNICKÉ FAKULTY MASARYKOVY UNIVERSITY.

ÚSTŘEDNÍ KNIHOVNA  
právnícké fakulty UJEP  
BRNO, Nám. 25. února 2



035111

## Literatura.

- AUCOC, Conférences sur l'administration et le droit administratif, III ed. 1885.
- AULAGNON, Situation juridique des usagers, 1924.
- BALLE, De la nature du droit du concessionnaire de sépulture, 1924.
- BECK, La constitution des États-Unis, 1923.
- BERNATZIK, Die juristische Persönlichkeit der Behörden, 1890.
- BERTHELEMY, Traité élémentaire de droit administratif, 1923.
- BONNARD, Précis élémentaire de droit public, 1925.
- Notions générales sur les attributions et les fonctions de l'État et sur les services publics, 1925.
- CRUET, La vie du droit, 1920.
- DALLOZ, Code administratif, 1925.
- DUGUIT, Traité de droit constitutionnel, I—IV.
- Les transformations du droit public, 1921.
- Svrehovanost a svoboda, 1924.
- Transformations générales du droit privé, 1920.
- ESMEIN, Éléments du droit constitutionnel, 1921.
- HAURIJU, Précis de droit administratif, 1921.
- Précis de droit constitutionnel, 1923.
- HAVELKA, Friedhofsrecht, 1905.
- HOETZEL, Nauka o správních aktech, 1907.
- HERRNRITT, Grundlehren des Verwaltungsrechtes, 1921.
- JELLINEK, System der subjektiven öffentlichen Rechte, 1919.
- Allgemeine Staatslehre, 1919.
- JÉZE, Les principes généraux du droit administratif, 1925.
- Cours de droit public, 1921, 1924.
- Les contrats administratifs, 1925.
- Cours de science des finances, 1925.
- Éléments du droit public et administratif, 1910.
- FLEINER, Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts, 1919.
- Umbildung der zivilrechtlichen Institute, 1906.
- GARNER, Idées et institutions politiques Américaines, 1921.
- GIERKE, Deutsches Privatrecht, 1895.
- Deutsches Genossenschaftsrecht.
- KEITH, The constitution, administration and laws of the Empire, 1924.
- KELSEN, Der soziologische und juristische Staatsbegriff, 1922.
- Allgemeine Staatslehre, 1925.
- KOELLREUTER, Verwaltungsrecht und Verwaltungsrechtsprechung im modernen England, 1912.
- LAFERRIÈRE, Traité de la jurisdiction administrative, I ed. 1887, II ed. 1896.
- LAPEYRE, De l'imprévision dans les marchés, 1923.
- LEBON, Das Verfassungsrecht der franz. Republik, 1909.
- MAGNIN, Les théâtres municipaux, 1909.
- MALBERG, Contribution à la théorie générale de l'État, 1922.
- MATEJKA, Povinnost státu k náhradě škody, 1922.
- O. MAYER, Deutsches Verwaltungsrecht, I. dil 1924, II. dil 1917.
- Theorie des franz. Verwaltungsrechts, 1866.
- Die juristische Person und ihre Verwendbarkeit im öffentlichen Recht, 1908.

- M. E. MAYER, Der rechtswidrige Befehl des Vorgesetzten, 1908.  
Méthodes juridiques, 1911.  
MERCIER, Les exploitations municipales, 1905.  
MISCHLER-ULBRICH, Staatswörterbuch.  
MICHOD, Personnalité morale, 1924.  
MONSARRAT, Contrats et concessions des communes, 1920.  
MOREAU, Droit administratif, 1909.  
NAWIASKY, Deutsches und österreichisches Postrecht, 1909.  
NÉZARD, Droit public, 1922.  
NOEL, La notion de travail public, 1924.  
PILOTY-SCHNEIDER, Grundriß des Verwaltungsrechtes, 1922.  
PLATRIER, La législation sur l'expropriation, 1913.  
PRAZÁK, Spory o příslušnost. I. díl, 1883, II. díl, 1886.  
SALEILLES, Personnalité juridique, 1922.  
SMITH, Municipal and local government law, 1923.  
SPENCER, The man versus the State, 1884.  
SPIEGEL, Verwaltungsrechtswissenschaft, 1909.  
TROTABAS, De l'utilisation du domaine public, 1924.  
ULBRICH, Lehrbuch des österreichischen Verwaltungsrechtes, 1904.  
VAREILLES-SOMMIÈRE, Personnes morales, 1919.  
WEYR, Základy filosofie právní, 1920.  
— Příspěvky k teorii nucených svazků, 1908.  
WITTMAYER, Eigenwirtschaft der Gemeinden, 1910.

---

Archiv für das öffentliche Recht. — Dalloz, Recueil périodique et critique.  
— Öst. Zeitschrift f. d. öff. Recht. — Právník. — Revue du droit  
public et de la science administrative. — Správní Obzor.

## I. Realismus v právní vědě.

„Être realiste dans la science du droit, ce n'est pas rejeter systématiquement tout concept abstrait.  
Bonnard, R. D. P., XXXIX., str. 14.“

Moderní francouzskou pravovědu charakterisuje živé úsilí o novou metodu a přesné formy právního myšlení. Jde zvláště o aplikaci práva ve vztazích mezi státem a individuem, o bezvýjimečné uplatnění maximy, že veřejné právo jest disciplinou právní a že žádá aplikace právních method<sup>1)</sup>. Čteme-li definice Jellinkovy, dle nichž má stát dvě podoby, neomezeného vševládce i zdroje práva<sup>2)</sup>, pochopíme Kelsenovo odsouzení „obojetné hry“, která má zůstatí vzdálena vědy<sup>3)</sup>. — Není oboru vědního, v němž by měla přesná práce vědecká větší důležitost: jest úkolem vědy, aby chránila politiku před právem a právo před politikou a aby zamezila zneužití pojmu státu k obhajobě každého bezprávného kroku držitelů moci.

Kam vedlo mimoprávní, lépe právu nepřátelské, chápání státu? Ke krajní subjektivisaci, ke zbožnění státní moci. — Stát je svrchovaným, jest zřídlem všech práv, pro jeho orgány platí domněnka zákonitosti, stát jest moc (Herrschergewalt). Nebylo snad nesmyslnější theorie nad Jellinkovy výklady o auto-

<sup>1)</sup> Srovn. články v publikaci *Les méthodes juridiques*, Paris 1911, zvláště Saleilles, Berthélemy, Gény. — Srovn. May, *Introduction à la science du droit*, Paris 1925.

<sup>2)</sup> „Von Natur aus alles könnend, was seiner Macht zugänglich ist, kann der Staat von Rechts wegen nur das, was sein gesetzlich gebundener Wille ihm gestattet.“ Jellinek, *System*, str. 194.

<sup>3)</sup> Jde o eskamotáž, kterou provádí Jellinek a jeho věda s mocenským a právním pojetím státu. Srovn. Kelsen, *Der soziologische und der juristische Staatsbegriff*, str. 136. — Tamže čteme: „Die Naturmacht ist in Wahrheit das anthropomorph verkleidete, in üblicher Weise hypostasierte politische Postulat, daß alles gestattet, bzw. geboten sei, was den Interessen gewisser Träger der öffentlichen Gewalt entspricht.“ — Srovn. Jéze, *Principes* 23. — Kelsen, *Allgemeine Staatslehre*, str. 44, praví: „Indem die Politik als soziale Ethik allererst das Problem aufwirft, ob der Staat überhaupt sein solle, ist ihr die Frage nach Grund und Zweck des Staates gestellt.... Nicht zuletzt darum muß Allgemeine Staatslehre als Wissenschaft aufs schärfste von Politik getrennt werden. Diese Trennung liegt schon in der hier präzisierten Verschiedenheit der Problemstellung beider. Nicht ob der Staat, nicht warum und wie er sein soll, wie die Politik, sondern was der Staat und wie er ist, fragt die Staatslehre.“

limitaci státu<sup>4)</sup> a nebylo též nikdy těžších důsledků servilnosti vědy. Viděli jsme před válkou při suspensi české zemské samosprávy a viděli jsme v plném rozsahu ve válce, kam vede bezohledné uplatnění Jellinkovy nauky, dle níž v konfliktu se státem „ustupuje právní pravidlo“, ježto stát stojí výše než každá jednotlivá zásada právní. Od hesla „stát jest moc“, jest jen krok k heslu, dle něhož „stát jest brutální moc“.

Nemá-li docházeti k tomuto zneužití, je nutno především vytknouti zásadu, že věda o státním právu nemá za předmět stát jako sociální útvar, nýbrž právní řád<sup>5)</sup>. Je třeba dále si uvědomiti, že fikce jest toliko historickou formou chápání a napaomáhání předstávám. Právní věda nebude ovšem nikdy vědou realistické metody v tom smyslu, že by se obešla bez abstrakcí<sup>6)</sup>, které jsou instrumentem deduktivní metody. Abstraktní pojmy jsou však jen formou a nástrojem k poznání a třídění právních fenoménů<sup>7)</sup>.

Správně poukazuje Gény<sup>8)</sup> v kritice Duguitova učení k tomu, že sociální skutečnosti se neřadí v děje a pravidla bez intelektuelní činnosti. Teprve tato tvoří pojmy, jako pomůcky

<sup>4)</sup> Jellinek, Allgemeine Staatslehre, 1919, str. 386, a passim. — Srovn. Joachim, Stát, Politika I., str. 48. — „Wie aber kann vollends die Herrschermacht des Staates, die ihn befähigt das Recht selbst zu gestalten, ihrerseits selbst als eine rechtliche begriffen werden?“ táže se Preuss (Selbstverwaltung, Gemeinde, Staat, Souveränität, str. 240). — „In Konsequenz seines Standpunktes erklärt Laband: „Der Wille des gesetzgebenden Organes ist dem Recht gegenüber der stärkere; was aber stärker ist als das Recht, kann doch eben nicht selbst Recht sein.“ — Sám Hauriou, Principes de droit public 1910, str. 225, praví: „Ces réserves théoriques (limitation théorique de la souveraineté) n'ont pas d'action du moment que l'on ne combat pas dans sa racine la croyance en la toute-puissance de la volonté générale commandante. Peu de faux dogmes ont eu une action aussi néfaste que celui-là.“ — Srovn. Kelsen, Allgemeine Staatslehre, str. 96 a násl.

<sup>5)</sup> Srovn. Weyr, Politika a věda o státním právu, Časopis pro právní a státní vědu, VII., str. 67, téhož Základy, str. 105, Soustava II. vyd., str. 16. — Je zajímavé — a vysvitne z další práce —, že normativní teorie i moderní teorie francouzská docházejí k četným analogickým výsledkům. Abstrakce nutno ovšem lišiti od fikcí.

<sup>6)</sup> Hobza ukazuje v předmluvě k překladu díla Léona Duguita „Svrchovanost a svoboda“ na užitečnost realistické metody, které jest prý v tomto díle použito. Ale není pojmu v celém díle a v celém učení Duguita, který by odpovídal realistické metodě v běžném smyslu, t. j., který by byl kopií skutečností. Je ostatně možno, aby se jednalo o právo, o zákonu a právním řádu, veřejné službě atd. čistě realistickou metodou? — Věda ovšem může a — bylo-li by to na úkor vědeckému poznání — musí se obejítí bez fikcí.

<sup>7)</sup> Srovn. Bonnard, La conception juridique de l'État. R. D. P., XXXIX., str. 17. — Že ani t. zv. realistická metoda, kterou hlásí Duguit, nemůže pracovati bez fikcí, prokázal již Menzel (Österreichische Zeitschrift für das öffentliche Recht, I., str. 114 a násl.).

<sup>8)</sup> Srovn. citát u Hauriou, Précis de droit constitutionnel, str. 721.

k chápání. Tyto pomůcky nejsou však něčím absolutním a nezměnitelným, neodpovídá jim nic reálného ve světě vnějším, jsou jen formou myšlení.

Takovouto pomůckou jest též pojem subjektivních práv individua a morální osoby. Celé devatenácté století buduje na tomto pojmu tradičně převzatém a přenáší jej do vztahů mezi individuem a státem<sup>9)</sup>. Konstruuje suverenitu jako svrchované právo státní, buduje práva teritoriálních svazů, v souvislosti s francouzskou revolucí definuje nezadatelná práva individua a vedle subjektivních práv soukromých kodifikuje celou řadu veřejných práv subjektivních.

Děje se tak v myšlenkové sféře tomuto pojetí velmi příznivé, v období čistých názorů liberalistických, dle nichž svoboda má být omezena co nejméně. Pojem subjektivního práva se petrifikuje v cosi reálného, hmotného a nedotknutelného. Ale již konec předchozího století, vyznačující se ohromným vzrůstem obyvatelstva, rychle rostoucími potřebami společenského soužití velkých mas a úporným bojem o existenci v přelidněných zemích, kde lidé takřka narážejí do sebe lokty, znamenal těžkou udržitelnost názoru, že „právo“ jest neomezená moc jednotlivce ať nad věcí hmotnou, ať nad spolukontrahentem, či nad rodinou. Individualisticky vyhrocená římskoprávní konstrukce, přiléhající k době, kdy pán nad otrokem, vlastník nad pozemkem, pater familias nad rodinou vykonávali neomezená práva subjektivní, ustupuje pod vlivem nových společenských poměrů, a to jak v oboru tak zv. práva veřejného, tak v oboru tak zv. práva soukromého. Představme si vlastníka pozemku, jemuž přísluší „právo subjektivní“ par excellence. Je podroben dalekosáhlým zásahům obecního zastupitelstva, které zřizuje plán polohy a regulační. Obecní zastupitelstvo může dát — v mezích stavebního řádu — tomuto plánu takový obsah, jaký dle svého uvážení a hodnocení skutkových poměrů pokládá za vhodný<sup>10)</sup>. Vlastník podléhá expropriaci se strany státu, veřejnoprávní korporace, všeužitečného podniku elektrisačního i jednotlivce (tak dle zák. o zřizování cest nezbytných), zákonů o podpoře stavebního ruchu, o reformě pozemkové. Nemůže ani zříditi na svém pozemku stavby bez zvláštního povolení<sup>11)</sup>.

<sup>9)</sup> Srovn. zejména Esmein, *Droit constitutionnel*, I., str. 1: „L'État est la personnification juridique d'une nation.“ — Srovn. Malberg, *Théorie de l'État*, I, 69: „Il est réellement vrai de dire que la puissance étatique réside juridiquement non dans les individus, princes ou citoyens qui l'exercent en fait, mais dans la personne État elle même.“ — Srovn. Horáček, *Pojem státu v novějších francouzských teoriích*, Sborník XXIII, str. 377.

<sup>10)</sup> Nález nejv. správ. soudu z 11. dubna 1924, č. 6124.

<sup>11)</sup> Srovn. nález nejv. správ. soudu z 26. listopadu 1924, č. 11.840. — Srovn. oproti tomu zřejmě subjektivistické názory v díle Thon, *Rechtsnorm und subjektives Recht* (Kelsen, *Hauptprobleme*, 301 a 302).

Lze tedy pochopiti *S v o b o d u*<sup>12)</sup>, který doporučuje úvaze, „zda pojem vlastnictví, utvořený seskupením jistých predikátů, nemá býti revidován, když nám skutečnost ukazuje, že některý z těchto predikátů odporuje povaze přechetných poměrů, nutně zahrnutých pojmem vlastnictví“.

Krainz zachraňuje se před výčitkami svého právního svědomí konstatováním „elasticity“ vlastnictví!! Pro právo francouzské dovozuje Duguit: „*Dominium individua* nelze považovati za právo, podobně jako jim není *imperium* vládců...“

Civilistický systém vlastnictví upadá, poněvadž byl zřízen toliko k ochraně vlády individua nad věci a poněvadž nemůže sloužiti k tomu, aby chránil určení věci pro účel kolektivní<sup>13)</sup>. Nedostatečnost starých civilistických institutů, operujících *dominiem*, subjektivními právy atd., jest patrna z úsilné snahy přenést instituce soukromoprávní ve sféru veřejného práva, v jehož rámci lze snadněji upravití mnohotvárnost vztahů nového života<sup>14)</sup>.

Lze však zjistiti i v právu soukromém, že se konstrukce právního řádu počínají budovati opačným směrem. Jisto jest, že nemůžeme již dobře mluvit o právu vlastníka ve starém slova smyslu; správně chápáno, můžeme toliko poukazovati na povinnosti generelně určeného okruhu osob k „*noli tangere*“ vlastníka<sup>15)</sup>.

Základem právního řádu přestává býti pojem práva chápaného jako subjektivní oprávnění individua a počíná se budovati na pojmu právní povinnosti.

Při tom ovšem základy methodologické mohou býti

---

<sup>12)</sup> Právnik, II., str. 114. Autor pojednává o právu k povrchu a dospívá k výsledku, že při tomto právu jsou tu dva vlastníci, vlastník pozemku a subjekt práva stavebního. A tak docházíme ke starému pojmu děleného vlastnictví, který je skutečným monstrem právního chápání. — Srovn. tamže excerpt ze studie Müller-Erzbachovy, „Die Relativität der Begriffe und ihre Begrenzung durch den Zweck des Gesetzes“. Omyl glossatorů posloužil k tomu, aby poskytl remedium proti nedostatečné pružnosti pojmu vlastnictví.

<sup>13)</sup> Duguit nazývá vlastnictví „sociální funkcí“ (*la propriété fonction sociale*). Jeho výklady jsou ovšem spíše sociologii nežli právem; vyjadřují určité společenské tendence, které teprve čekají vtělení v právní řád. — Srovn. „Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon“, X. vydání 1920, str. 156 a násl. — Srovn. Rolland, *La notion d'utilité publique dans l'expropriation*, R. D. P. 1912, str. 330.

<sup>14)</sup> Srovn. Fleiner, *Umbildung zivilrechtlicher Institute*, 1906.

<sup>15)</sup> Srovn. Weyr, Příspěvky k teorii nucených svazků. 1908, str. 51, 56, týž, *Základy právní filosofie*, str. 136 a *passim*. — Mayr-Dominik, *Soustava občanského práva I.*, str. 49. — V tom smyslu praví Sedláček, *Vlastnictví a vlastnické právo*, 1919, str. 42: „Nemůžeme uznati objektivnost subjektivního práva.... nám je subjektivní právo jen korrelativně subjektivní povinností...“; srovn. Kelsen, *Allgemeine Staatslehre*, str. 60.



různé. Duguit<sup>16)</sup>, nejvýznačnější představitel francouzské moderní teorie, vychází z pojmu sociální funkce. Dle něho vlastník nevykonává právo ve starém smyslu, nýbrž sociální funkci. Stát není všemocným zdrojem neomezeného práva, nýbrž nositelem společenských funkcí. Jako takový má povinnosti, které plní výkonem veřejné služby. Pro státní orgány neplatí domněnka zákonitosti; porušení povinností, uložených státu, nezůstává bez repercuse, neboť individuum má býti chráněno proti jeho činnosti i nečinnosti. Jde ovšem o názor, který jest dosud dalek toho, aby byl přijat všeobecně. Ačkoliv moderní právní řády již došly k uznání povinnosti státu a veřejnoprávních korporací k výkonu dle zákona (gesetzmäßige Verwaltung), neuznávají dosud všeobecně ochrany individua proti nečinnosti správy veřejné (státu a veřejnoprávních korporací).

To platí nejen pro naše právo, kde jednotlivec nemá subjektivního práva na výkon veřejné služby (srv. na př. náleze nejvyššího správního soudu ze dne 8. května 1923, č. 7797, o zřízení obecního ústavu, Boh. 2334)<sup>17)</sup>; platí tak i v právu anglickém, dle něhož „právo dané místní správě k výkonu veřejné služby jest právem diskrecionárním a nezakládá vynutitelné povinnosti“<sup>18)</sup>. — Toto donucení k výkonu veřejné služby děje se dosud nepřímou: povstane-li z toho, že veřejná správa nesplnila své povinnosti, škoda individuu, přísluší mu právo na náhradu. Tak zanedbá-li obec povinnosti dle § 37 obecního zřízení českého, uložené jí v oboru místní policie, jest povinna k náhradě škody; v anglosaském právu, opomeneli „local authority“ odstraniti veřejnou závadu (public nuisance), přísluší poškozenému individuu právo k podání žaloby<sup>19)</sup>.

Tvrdí-li tedy Weyr<sup>20)</sup>, že pojem povinnosti jest ústředním pojmem normativní vědy, „že jest základem a východiskem kaž-

<sup>16)</sup> Srovn. Duguit, Svrchovanost a svoboda, český překlad 1924, str. 178.

<sup>17)</sup> Srovn. též náleze ze dne 3. dubna 1923, č. 5465; Boh. 2181, o právním nároku na zavedení příspěvků.

<sup>18)</sup> Srovn. Koellreuter, Verwaltungsrecht und Verwaltungsrechtssprechung im modernen England, str. 155.

<sup>19)</sup> Srovn. H. Emerson Smith, Municipal and Local Government Law, 1923, str. 135, 234, kdež čteme: „Veřejnou závadou jest čin proti zákonu nebo opomenutí zákonem uložené povinnosti, kterýžto čin nebo opomenutí ohrožují život, zdraví, bezpečnost nebo pohodlí obecnstva, nebo které zabraňují obecnstvu ve výkonu práva (common right). Sem náleží na př. překážka na veřejné cestě. Ten, jemuž brání v užívání cesty, trpí škodu jako kdokoli z obecnstva. Avšak ten, kdo při užívání cesty utrpí následkem překážky škodu, trpí zvláštní újmu a má právo k žalobě. Právo k přístupu na veřejnou cestu ze soukromého pozemku jest právem soukromým, podstatně odlišným od veřejného práva na užívání cesty; je-li mu bráněno, přísluší zvláštní žaloba.“ Vedle žaloby jest možné upozornění dozorcího orgánu.

<sup>20)</sup> Základy, str. 150, 151.

dého normativního uvažování“, činí totéž, co Duguit<sup>21)</sup>, který praví: „Normativní zákon ukládá lidem, žijícím ve společnosti, určitá jednání nebo určitá opomenutí,“ čili jinými slovy: zákon předpisuje, co má být. A v tom se shoduje Weyr s Duguitem — rozcházejí se v tom směru s Kelsenem — že prohlašuje pojem subjektivního práva za potřebný k poznání právního řádu a jeho aplikaci.

Jest totiž nutno rozlišovati mezi objektivním poznáváním práva a jeho aplikací. Bez pojmu subjektivního práva nemůžeme tu dle Weyra vystačiti rozumějící jím konkrétní povinnosti a práva, které jsou vedlejším produktem práva objektivního.

Vyjádril bych tento názor, k němuž Weyr a Duguit tak různými cestami dospívají, těmito slovy posledního<sup>22)</sup>: „Le juriste manque évidemment a sa tâche, s'il écarte les applications individuelles de la norme juridique et s'il n'aperçoit pas la situation qu'elle fait aux individus. Seulement je crois avoir démontré que cette situation a elle aussi, avant tout, le caractère objectif, en ce sens qu'elle est générale comme la norme elle même, quelle varie avec elle, qu'elle est la situation faite par la discipline sociale aux individus, et que pas une volonté ne possède un pouvoir à elle propre de s'imposer aux autres volontés.“

Aplikováno na př. na veřejné zaměstnance: Veřejný zaměstnanec je v objektivní (zákonné) situaci. Nejde o „veřejnoprávní smlouvu sui generis“, nejde o zvláštní subjektivní právo. Má práva proto a potud, pokud koná povinnosti uložené mu výkonem veřejné služby ve všeobecném zájmu. Jeho jmenování, postup, disciplinární řízení, požitky, vše je reflexem objektivní právní normy. Je věcí pozitivního, právního předpisu, do jaké míry poskytuje ochranu situaci takto vzniklé.

Tyto poznatky plně domyslí Jéze<sup>23)</sup>, jenž rozeznává dvoji druh právního postavení, v němž se ocitá individuum: právní postavení všeobecné a zvláštní. Tyto „situations juridiques“ jsou buď povinnostmi nebo právy. Všeobecné situace jsou korrelátem všeobecného předpisu. Jéze uvádí příklad: „Le régime juridique de la propriété est le même pour tous les propriétaires d'une même catégorie de choses.“ Situace zvláštní vzniká z volního projevu individua, resp. veřejného zřizence, učiněného dle právní normy či proti ní. Prodám-li dům za 100.000 Kč, vznikne situation individuelle, particulière, subjective. V této situaci, objektivní nebo zvláštní, ocitají se ovšem i veřejní zřizenci. Zákon ukládá plnění určitých úkonů v zájmu veřejném; tak plnění úkonů zdravotních, sociálních, národohospodářských.

<sup>21)</sup> Traité, I., str. 133.

<sup>22)</sup> L. c. 133.

<sup>23)</sup> Principes, str. 10 a násl. — Se stanoviska Jézeova je důležitějším mluvit o „situation“ nežli o „pouvoir“.

Tato objektivní situace spočívá vlastně v povinnosti k funkcionování veřejných zařízení, veřejných služeb v obecném zájmu<sup>24</sup>). Docházíme tedy konsekventně v důsledcích Jézeovy teorie k odstranění tak zv. osob veřejného práva, k vytvoření pojmu státu jako souhrnu povinností, uložených právními normami veřejným zřízencům, a k poznání: stát = právní řád<sup>25</sup>). Neboť individuální vůle státního zřízence není manifestací, která by tvořila právo, nýbrž je toliko podnětem (podmínkou) k tomu, aby vznikla situace, odpovídající právnímu předpisu<sup>26</sup>). Na obsahu těchto situací buduje Bonnard<sup>27</sup>) rozdíl mezi právem veřejným a soukromým. Nezakládá jej na nerovnosti vůlí, nýbrž na účelu individuálním nebo kolektivním. Základem zůstává vždy právní norma. Konformně s její příkazem nebo zákazem působí projev vůle jednotlivce k vytvoření určité situace.

Pokud jde o tak zv. právnické osoby, jde opět jen o projev jednotlivce, k němuž se zřetelem ke kolektivnímu účelu připíná právní norma určitý důsledek. Projev vůle individua je jen podnětem k objevení, vytyčení stavu dle právní normy. Není tedy třeba fikce právních osob, není možno dělit na *actes de puissance publique* a *actes de gestion*, neboť jde o vůle rovnocenné.

Podařilo se O. Mayerovi (*Die juristische Person und ihre Verwendbarkeit im öffentlichen Recht*, 1908) vytvořiti z právnické osoby takový pojem, „o jehož hranicích není spor?“ Byl nalezen „das entscheidende Merkmal“ a zmistrován život formulí, která je naprosto bezpečná a jasná? Je nesporně jednoduchá věta: stát, département, obec, veřejný ústav, jsou právnickou osobou. Je však tím rozřešen problém a dán bezpečný základ pro vymezení právní posice těchto útvarů? Nikoli; neboť jejich právní situace, vytvořená objektivními právními normami — tedy zvenčí, nikoli uvnitř — je rozdílná a musí býti zkoumána od případu k případu dle právních předpisů. Co však je nám platen vytvořený „Oberbegriff“, jsou-li jeho hranice úplně labilní v theorii i v praxi? Nemůže býti ničím jiným, nežli pomůckou k jednotnému pochopení poměrů mezi státem, resp. jiným sociálním svazem a jednotlivci. (Srovn. Gény, *Méthode d'interprétation*, 1919, I., str. 137, Jéze, *Principes*, str. 43.) — Co na příklad zbylo ze zásad, které položil za základ svému dílu „*Traité de la jurisdiction administrative*“ tvůrce francouzského správního práva Laferrière, ze zásad, spočívajících v dělení na *actes d'autorité* a *de gestion*, v nezodpovědnosti státu za výkon veřejné moci, neodvislosti administrativy od soudních tribunálů? Abstraktní pojmy, vytvořené jako forma, do níž byly zavřeny právní zjevy, se rozplývají,

<sup>24</sup>) Ibidem str. 24.

<sup>25</sup>) Srovn. Weyr, *Základy*, str. 173.

<sup>26</sup>) Duguit, *Droit Constitutionnel*, II. ed. I. 392.

<sup>27</sup>) R. D. P. XXXII., 5 a násled., XXVIII., 5 a násled.

poněvadž neslouží již původnímu účelu, t. j. chápání právního řádu s jednotlicích hledisek.

V právní vědě třeba si tedy vytýčiti tyto zásady: Právo jest vědou normativní, nikoli deskriptivní nebo explikativní. Principy, které tvoří právní věda, jsou pomůckami právní techniky. Pojem „subjektivní situace“, odpovídající správnému myšlení, mohu nahraditi v terminologii pojmem „subjektivní právo“, musím však si býti vědom toho, že nejde o subjektivně vyhocenou moc proti druhému, nýbrž o vedlejší produkt objektivní normy. Užiji-li pojmu „osoba“ vžitého v dosavadní theorii (adjektum „právní“ je ovšem superfluum), znamená to, že na základě právního řádu přičítám určité skutečnosti právní subjektivitu, to jest způsobnost přivoditi subjektivní situaci projevem orgánu, resp. v dosavadním smyslu způsobnost nésti t. zv. práva a povinnosti. Je tedy osobou v tom smyslu člověk, součást majetková, fikce (právní osoba), cokoli; vše, co konkrétní právní řád takto označí. Právní řád zná toliko abstraktní nositele subjektivity; teprve aplikace jeho pracuje s předměty vnějšího světa. Při tom nutno míti stále na zřeteli, že abstraktní formule bez přímé a stálé intuice mohou vésti na scestí. To platí zvláště o kritické škole Duguitově, jejíž positivismus a realismus zmocnil se veřejně služby jako ústředního pojmu nauky o státu.

## II. Services publics.

### a) Theorie.

Měl-li bych definovati, co jest rozuměti právem správním, použil bych v souhlasu s Hoetzlem<sup>1)</sup> formulace Pražákovy: právo správní upravuje „působnost výkonné moci ve státě“. Při tom ovšem je třeba zdůrazniti, že pojem práva jest totožným, ať jde o právo t. zv. veřejné nebo o právo soukromé. Veřejná správa vykonává zákonný předpis právě tak, jako soud<sup>2)</sup>. Nejde o volnou činnost v rámci zákona, nýbrž o činnost podle zákona<sup>3)</sup>. Prakticky i theoreticky překonali jsme již stanovisko, dle něhož na př. právo k policejním aktům nevyplývalo ze zákona, nýbrž bylo výsledkem právního nastavení, které přísluší policii ve státě. Problém leží jinde: jest třeba zjistiti, kam až sahá panství správního práva, přistupuje-li výkonná moc jak k činnosti, která spočívá v úkonech vrchnostenských, tak k činnosti sociální, kulturní, národohospodářské.

<sup>1)</sup> Hoetzel, Nauka o správních aktech, str. 23.

<sup>2)</sup> Bernatzik, Die juristische Persönlichkeit der Behörden, str. 36.

<sup>3)</sup> Kelsen, Allgemeine Staatslehre, str. 87 a násl.

Moderní francouzská právověda řeší problém stanovením pojmu „veřejné služby“, service public. Zákonodárství a judikatura operují jím jako bezpečným kriteriem: tak na př. čl. 3. zákona ze dne 15. června 1906 (ve znění zákona z 19. července 1922) ustanovuje: Za účelem lepšího využití a lepší distribuce elektrické energie... stát... může donutiti výrobce a — pokud jde o distribuci — départements, obce a veřejnou službu (services publics) téhož kraje, aby se spojily... ve společnou organizaci<sup>4)</sup>. Dle článku 33. zákona z 5. dubna 1884<sup>5)</sup> nejsou volitelní do obecního zastupitelstva podnikatelé (veřejných) služeb obecních; tak ti, kdož dodávají osvětlení, provádějí čištění, pronajali daně (les droits d'octroi). Dle zákona ze dne 21. srpna 1923 upraveno jest udílení subvencí départementům a obcím, které organizují a provozují „veřejnou službu“, elektrické a automobilové dopravy atd. Nejde o pojem nově ražený. Aucoc<sup>6)</sup> chápe správní právo jako souhrn právních pravidel, jimiž se řídí výkon té které „veřejné služby“. Rozznává však dva komplexy správní činnosti. Do prvního zařazuje onu část veřejné správy (les services), kde se dosahuje úkolů správy veřejné prostřednictvím t. zv. „actes de gestion“. Sem náleží: vytvoření zařízení (substrátu hmotného a lidské organizace), nutných k existenci společnosti, použití těchto zařízení k uspokojení kolektivních zájmů. Veřejná správa ukojuje tu intelektuální a mravní potřeby občanstva „par les services publics du culte et de l'instruction publique“, dává jim možnosti k úkoji potřeb hospodářských a potřeb života fysického. Do druhého komplexu jest zařaditi akty policie v širším slova smyslu.

Laferrière<sup>7)</sup> zahrnuje v pojem správní jurisdikce spory, jejichž předmětem jest a) akt, plynoucí z imperia (acte de puissance publique émané de l'autorité administrative<sup>8)</sup>), b) akt, vycházející z výkonu veřejné služby (acte de gestion des services publics). Podobně jako Aucoc, rozumí pojmem veřejné služby správu kulturní, sociální a hospodářskou na rozdíl od správy — řekl bych — vrchnostenské. Toto stanovisko jest jasně patrné z Laferrièreovy theorie o zodpovědnosti státu<sup>9)</sup>.

Moderní theorie jde dále, přímo na kořeny problému.

<sup>4)</sup> Dalloz, Code administratif, str. 525.

<sup>5)</sup> Dalloz, l. c. str. 285, Manuel électoral, 1925 (Dalloz), str. 100.

<sup>6)</sup> Conférences sur l'administration et le droit administratif, 1885, I, str. 19.

<sup>7)</sup> Traité de la juridiction administrative, I. vyd., 1887, díl první, str. 8. — Srovn. však definici téhož v „Cours de droit administratif, 1860, str. 334.

<sup>8)</sup> Lépe ještě „les actes d'administration qui impliquent une délégation de l'autorité publique“. Laferrière, ibid., I. díl, str. 153.

<sup>9)</sup> L. c., II, str. 173 a násl.

Bonnard<sup>10)</sup> přisuzuje státu státní úkoly (les attributions), funkce (les fonctions), jimiž se rozumí činnost k dosažení státních úkolů, a veřejnou službu (services publics), jejímž cílem jest zajistiti dosažení státních úkolů prostřednictvím funkcí. Z rozdělení funkcí plyne i rozdělení veřejné služby na zákonodárnou, správní a soudní. Elementy veřejné služby jsou: základ osobní, věcný a finanční.

Základem osobním rozumí se veřejná správa (autorités administratives), t. j. stát, département a obec a zřízení (agents). Základ věcný tvoří jmění movité a nemovité (le domaine); prostředky finanční získávají se daněmi.

Veřejná služba může býti organisována trojím způsobem a to jako: veřejná služba v režii, veřejný ústav a koncese.

Veřejná služba v režii znamená funkcionování správního aparátu vlastním personálem a vlastními prostředky veřejné moci v rámci všeobecného rozpočtu. Koncese znamená řízení a výkon služby soukromníkem za rozsáhlé ingerence veřejné moci.

Veřejný ústav odpovídá pojmu finanční autonomie výseku veřejné služby.

Co však jest rozuměti „veřejnou službou“? Že vymezení Bonnardovo jest čistě teleologické a deskriptivní, jest patrné na první pohled. A jde přec o důležitý pojem francouzské vědy! — Její průkopník Duguít vyličil své názory hlavně v dílech „Traité de droit constitutionnel“<sup>11)</sup> a „Les transformations du droit public“<sup>12)</sup>. Jeho pojem „veřejné služby“ souvisí úzce s názorem na stát a právní řád<sup>13)</sup>.

Stát je dle něho zjevem faktickým; silnější ukládají tu svou vůli slabším jako držitelé moci. Účelem této moci jest realizace práva, které není ničím jiným než sociální normou. Stát neznámá tedy, že by existovala suverénní moc jsoucí zřídlem práva; stát, resp. vládnoucí právo i normu jen konstatují. Tato právní norma od státu neodvislá, která je vlastně identifikací pravidla sociálního, ukládá vládnoucí povinnost, aby konali vše, čeho jest třeba k realizaci a posílení solidarity, jinými slovy, a by konali veřejné služby<sup>14)</sup>.

„Pojem veřejné služby stává se základním pojmem veřejného práva!“ volá Duguít<sup>15)</sup>. Prohlašuje: „Le service public est le fondement et la limite du pouvoir gouvernemental. Et par

<sup>10)</sup> Srovn. práci: „Notions générales sur attributions et les fonctions de l'État et sur les services publics, R. D. P. XXXII, str. 5 a násl., dále: Précis élémentaire de droit public, passim, 1925.

<sup>11)</sup> Srovn. zvláště II. díl, I, § 8, druhého vydání 1923.

<sup>12)</sup> II. vydání z roku 1921.

<sup>13)</sup> Podrobné výklady srovn. v práci Horáčkovi, Pojem státu v novějších francouzských teoriích, Sborník věd právních a státních 1923, str. 377 a násl.

<sup>14)</sup> Les transformations, str. 51, L'État, II, 55.

<sup>15)</sup> Transf., 173.

là ma theorie de l'Etat se trouve achevée<sup>16)</sup>. Což znamená: vládnoucí mají povinnost k výkonu veřejných služeb a mohou uživati své moci jen pokud toho výkon veřejných služeb vyžaduje.

Tážeme-li se však, co jest rozuměti touto veřejnou službou, narazíme na vážnou slabinu celé theorie. Duguit nalézá čisté formální kriterion: veřejná služba jest zařízení, které je organizováno vládou a které funguje pod její dohledem<sup>17)</sup>. Tím se ocítáme v circulu vitiosu: rozsah a hranice státní moci určují se tím, že stát může a musí vykonávati veřejné služby: veřejnou službou však je zařízení, které organizuje a vykonává vláda<sup>18)</sup>.

Správněji dalo by se říci i ve smyslu Duguitových teorií: pojem veřejné služby určuje právní pravidlo. Co však jím jest? Pravidlo sociální, které se stává právní normou tím, že „lid... dospěl k takovému stavu vědomí, že připouští sankci pravidla reakcí sociální“<sup>19)</sup>. Ani tu nejsme tedy na pevné půdě. Bezpečného výsledku bylo by možno dosíci jen tenkrát, bylo-li by určeno právním řádem materielně, která činnost veřejných orgánů spadá v pojem veřejné služby. V tom případě, že by tak stanovila právní norma ve smyslu Duguity, že by tedy určila, že v činnost státní spadá vedení války, spravedlnost, sociální ochrana, vyučování atd., mohli bychom methodou Duguitovou vybudovati koncepci státu.

Nedostatek kritického rozlišení mezi pojmy theoretickými a platným právním řádem zastírá Duguitovi dosah věty: „Les lois constructives..., ce sont en réalité toutes celles qui organisent les services publics.“ Organizace veřejné služby může se státi přímo i nepřímo. Duguit sám uvádí příklad: „Jestliže autoři deklarací z roku 1789, 1793, III. roku a ústavy z roku 1848 vyslovili zásady svobody a vlastnictví, nešlo tu prostě o prohlášení, že se ukládá závazek, povinnost vládě, aby vytvořila veřejné služby k ochraně svobody a vlastnictví?“<sup>20)</sup>.

I dílo „Přeměny veřejného práva“, věnované speciálně problému veřejné služby, jest dokladem Duguitových rozpaků. „Činnost, jejíž výkon jest pokládati za obligatorní pro vládu, jest předmětem veřejné služby“, praví se tu. Která však je to činnost? — „A cette question on ne peut point faire de réponse fixe.“ Jde o věc v podstatě velmi měnlivou, po výtce evoluční.

<sup>16)</sup> L'État, II, 56.

<sup>17)</sup> Ibidem, str. 60.

<sup>18)</sup> Traité, II, 60.

<sup>19)</sup> Traité, I, str. 33. „Une règle sociale, économique ou morale, acquiert le caractère de norme juridique au moment où, pour des raisons qui peuvent être diverses, la masse des esprits, dans une société considérée, a conscience que la sanction de cette règle peut être assurée d'une manière permanente par une réaction sociale recevant une organisation plus ou moins développée.“

<sup>20)</sup> Transformations, 83.

Nelze ani stanoviti smysl této evoluce. Jako příklad uvádí Duguit: „Není téměř venkovana v Auvergne nebo Bretagni, který by se dnes spokojil se světlem svíčky... Není daleka doba, kdy veškery domácnosti budou chtít elektrické světlo... Rozvoj elektřiny stane se v blízkém budoucnu předmětem veřejné služby.“ Hned však sám doznává, že jde o úvahy čistě hospodářské; že jde jen o důkaz, jak poměry ekonomické působí k tomu, aby se právní řád v určitém směru vytvářel. A tak selhává i zde pokus o definici materiální: „service public jest každá činnost, jejíž výkon má býti upraven, zajištěn a kontrolován vládou, poněvadž jest nezbytným k uskutečnění a rozvoji společenské solidarity a poněvadž jest takové povahy, že jej lze zajistiti toliko zasažením vládnoucí moci.“ Tím méně uspokojuje Duguitovo kritérium formální: toto spočívá dle Duguity v sociálním nepořádku, který má v zápětí přerušení provozu veřejné služby. Je však autobusová doprava, provozovaná akciovou společností, již proto službou veřejnou, že její přerušení má v zápětí určité snáze v sociálním organismu? — Myslím, že nikoli, ani dle práva francouzského. Něco jiného ovšem platí v tom případě, jestliže koncesní listina (le cahier de charges) stanoví závazně povinnost k nepřetržitému provozu. Právo občana k rekursu je zcela vysvětlitelné reflexními účinky, které má tato reglementace, učiněná v zájmu veřejném a opírající se o právní předpis, nebo o normu singulární (smlouvu) na právním předpisu spočívající. Duguit hledí odůvodniti svá tvrzení poukazem na ochranu občanů vůči státu jako nositeli veřejné služby. Ale zcela neudržitelným jest dle mého názoru argument: „Kdyby stát byl suverénním, nebylo by ochrany proti sociálnímu nepořádku, který vzniká přerušením veřejné služby. Stát mohl by jednati zcela volně a svobodně<sup>21)</sup>.“

Jest tedy patrné, že při rozboru Duguitových výkladů ztrácíme půdu právního výkladu a ocitáme se na poli úvah sociálních a národohospodářských, místo abychom stanuli na půdě právního řádu.

Hauriou<sup>22)</sup> definuje service public jako veřejnou službu, která se koná pravidelně a nepřetržitě k zabezpečení veřejného pořádku.

Vylučuje tedy z tohoto pojmu zákonodárství a nalézání práva, služby ve výhradný prospěch individua (na rozdíl od služeb ve prospěch obyvatelstva státu, départementu, arrondissementu, kantonu, obce), služby od orgánů veřejných neodvislé. I tak zvané „services industriels“, t. j. služby, při nichž není vyloučen úmysl lukrativní, jsou jím do tohoto okruhu zahrnuty.

Ale i Hauriou zůstává bez rady, jakmile jde o přesné vy-

<sup>21)</sup> Ibidem, str. 64.

<sup>22)</sup> Précis de droit administratif, X. vydání, 1921, str. 25.



mezení pojmu. Uznává, že národohospodářský pojem veřejné služby a řada hospodářských služeb, které je možno prokazovati obyvatelstvu, mají téměř neomezený rozsah. Pomáhá si tedy definici teleologickou: veřejné služby mají hranici ve svém účelu, kterým jest policie a zachování veřejného pořádku. Vedle zájmu obecného musí sledovati též zájem vládní moci. Na pole čistě národohospodářské přednášejí Haurioua úvahy o tom, že veřejné služby nesmí rušiti rovnováhu mezi podniky veřejnými a soukromými, a těžko pochopitelným je pro právníka názor, že jest třeba k ozdravení sociálního organismu stanoviti číselně tento poměr: veřejné služby mají tvořiti nejvýše desetinu, dvacetinu nebo setinu soukromého podnikání!!!<sup>23)</sup>.

Dle Hauriou jest hledati přímo v povaze činnosti kriterion: některé činnosti jsou takové, že již „per se“ nemohou se státi „service public“. Tak dovozoval Hauriou ohledně divadel, která prý mají v sobě tolik elementů demoralisace. — Tento velmi málo právnícký názor padl úplně judikaturou. (Srovn. Conseil d'État, 27. července 1923, Gheusi, R. D. P. 1923, str. 566.)

Moreau hledá řešení problému pomocí právnícké osoby a definuje takto: „Lze říci, že každá organizace, vytvořená administrativní osobou, jest „un services public“, a to i v tom případě, je-li povahy obchodní nebo průmyslové.“ Veřejná služba je tedy odvislou od administrativní osoby (státu, départementu, obce). V aktu kreačním vykonaném státem, obcí, nebo departementem leží kvalifikační moment, účel je věcí vedlejší.

Není třeba, aby veřejná služba opatrovala onu část správní činnosti, která plyne z práva k výkonu moci veřejné; i když činnost podporuje dosažení veřejného účelu sekundárně, t. j. prostřednictvím hospodářské činnosti, jde o službu veřejnou. Při řešení materiálního okruhu těchto veřejných činností upadá — zcela přirozeně — i Moreau do stejné sféry jako Hauriou, dovolávaje se rovnováhy mezi činností individua a kolektivity<sup>24)</sup>. — Mluvě o tendenci nové doby k rozšíření úkolů státních konstatuje však správně: „Mais c'est une vue théorique et morale plûtôt que juridique.“

Berthélemy<sup>25)</sup> argumentuje takto: Veřejná správa (l'autorité administrative) má za úkol uspokojovati všeobecné zájmy a organizuje za tím účelem rozličné služby. Může tak učiniti především jako morální osoba a to tímtež způsobem, jakým soukromník spravuje svůj majetek; v tom případě vy-

<sup>23)</sup> Droit Administratif, Paris 1909, str. 56 a násl.

<sup>24)</sup> Ibidem, str. 60. „La solution pratique du problème paraît être dans un équilibre exactement calculé entre ces deux forces antagonistes de manière que la collectivité donne tous ses bienfaits sans tyranniser l'individu et que l'individu se développe sans refuser son concours à la collectivité. Le calcul de cet équilibre est un nouveau problème, qui ne cesse se poser devant le politique...“

<sup>25)</sup> Droit administratif, X. vydání, 1923, str. 24.

konává „les actes de gestion“. Tato stránka „služeb“ státu, départementu, obce, veřejného ústavu je výsledkem jejich činnosti jako morálních osob, činnosti, která má za předmět neb účel zachování, zmenšení nebo rozmnožení majetku. Správní akty representantů uvedených morálních osob v tomto oboru činnosti nemají nic společného s výkonem veřejné moci. Berthélemy navrhuje dřívější lišení dvou skupin správních aktů v majetkové činnosti státu: lišení mezi případy, kdy stát jedná ve sféře majetkoprávní ve vlastním a osobním zájmu (comme personne morale privée) a případy, kdy jedná v zájmu veřejném (comme personne morale publique). Dle Berthélemyho jedná stát v obou případech jako morální osoba, zřízená v zájmu veřejném.

Veškerá tato činnost projevuje se skrze actes de gestion, které tedy obsahují dvojí činnost státu jako morální osoby:

a) činnost, kterou stát jako morální osoba sleduje v prvé řadě svůj zájem „soukromý“, lépe fiskální: tak správa státních lesů, statků;

b) činnost, kterou stát jako morální osoba sleduje zájem veřejný; tato činnost kryje se pojmem „services publics“.

Od obojí této činnosti, vykonávané „funkcionáři jako representanty právními morální osoby“ a nazývané „les actes de gestion“, jest lišiti druhou stránku činnosti státu, kterou obsahují „les actes d'autorités“. Jest to činnost, vykonávaná státními funkcionáři jako držiteli veřejné moci. Proti „État personne“ staví Berthélemy „Puissance publique“. — Praktický příklad: Stát nemůže jako morální osoba vyvlastnit nebo zdaniti občana. Tyto akty jsou konány veřejnou mocí (par l'autorité) ve prospěch morální osoby státu; ale není to stát jako osoba, který je koná a nemůže je provésti tak, jak provádí svými zákonnými zástupci prodej nebo nájem.

I když pomineme neudržitelnost theorie o dvojí tváři státu, bude aplikace této theorie v praxi velmi obtížná, neboť nebude možno nepochybně zjišiti, zda stát jedná jako „morální osoba“ nebo jako „držitel veřejné moci“. Jak potom posuzovati na př. státní dráhy, jejichž provoz zůstává obchodním vůči obecnstvu, které jest však posuzovati jako veřejnou správu, pokud příslušné zákony a nařízení neobsahují jiného řešení<sup>26)</sup>.

Skutečně právnícký fundament má rozbor, který ve svých dilech a člancích provádí J é z e<sup>27)</sup>.

Abychom mohli mluvit o veřejné službě, jest dle něho

<sup>26)</sup> Srovn. Hauriou, l. c., str. 29. — 2. poznámka: Správa železnic „est restée commerciale vis à vis du public; elle doit être traitée comme administration publique sur tous les points ou les lois et décrets qui la régissent n'imposent pas une autre solution“.

<sup>27)</sup> Srovn. Principes généraux du droit administratif, 2. édit., p. 241, Cours de Droit public, 1924, str. 263 a násl.

jednoho třeba: aby byla jako taková organisována právní normou. Zákon nebo nařízení musí stanoviti, že určitou činnost v zájmu veřejném máme pokládati za službu veřejnou a že tedy platí pro ni „un régime juridique spécial“. — Jéze mluví o „régime légal et réglementaire“; služba veřejná jest dle něho „un procédé“, řekli bychom „právní pochod“, který emanuje z vůle zákonodárce. Zda jde v konkrétním případě o službu veřejnou, poví nám zákon, resp. tvůrce jeho — parlament a jurisprudence vykládající zákon, resp. vůli zákonodárnou.

Zcela právem odmítá Jéze jako kriterium úvahy politické, hospodářské a sociální; neboť otázka, zda zřízení určité služby jako služby veřejné jest vhodné či nevhodné, není otázkou právní<sup>28)</sup>. Jako příklad lze uvésti: Byly doby, kdy bylo náboženství ve Francii veřejnou službou, lépe řečeno náboženským potřebám obyvatelstva dostávalo se uspokojení právní organizací veřejné služby. Tento režim byl v roce 1905 opuštěn. Někteří souhlasí, jiní nikoli. Se stanoviska juristického jsou však tyto názory irrelevantní. Nyní není pochyby o tom, že náboženské potřeby francouzského lidu nejsou uspokojovány ve formě veřejné služby. Proč? Poněvadž zákon ze dne 9. prosince 1905, čl. 12. manifestuje vůli státu slovy: „Republika neuznává, nepatří, nepodporuje žádného kultu<sup>29)</sup>.“ Shora uvedená definice Aucocova nebyla by tedy nyní již správnou.

Abychom mohli mluvit o veřejné službě, jest tedy třeba, aby byla organisována právní normou, ze které plyne úmysl zákonodárce ke zřízení jejímu. Toliko „la loi, au sens matériel et au sens formel“ může organisovati service public a přivoditi tak nejdůležitější právní důsledek, totiž použití norem veřejnoprávních (l'application du droit administratif). Není-li tu zákonné normy, činnost správních orgánů, i když směřuje fakticky k uspokojení veřejných zájmů, zůstane v dosahu předpisů soukromoprávních. — To jest znak formální. Vnitřně — materiálně — vyznačují se takto zřizované služby tím, že sledují uspokojení obecných zájmů a mají povahu služby pravidelné a trvalé.

Ovšem ani Jéze netají obtíží, které povstanou při interpretaci. Neboť vůle zákonodárce vytvořiti service public není vždy jasně projevena. Jest dále uvážiti, že service public lze vytvořiti nejen mocí zákonodárnou, nýbrž i mocí nařizovací, že může spočívat i v normotvorném usnesení orgánů départementů a komuny. Jéze odmítá theorii, kterou buduje Moreau; prostá

<sup>28)</sup> Cours, 275.

<sup>29)</sup> Jéze uvádí stejný názor Michoudův. byť i jinými slovy formulovaný: „Pour savoir si le groupement appartient au droit public, l'interprète n'a donc pas à se demander si, en lui même, le but est d'intérêt général; cette appréciation purement subjective serait des plus incertaines; il à seulement à se demander si l'État l'a considéré comme tel...“

odvislost veřejné služby na moci veřejné (státu, départementu, obci) není rozhodným kritériem a kritériem dostatečným. Není rozhodným kritériem ani jmenování orgánů veřejné služby mocí veřejnou, ani schvalování správních aktů, ani kontrola hospodaření účetním dvorem<sup>30</sup>). Nezbyvá tedy, než zjistiti úmysl moci veřejné k vytvoření veřejné služby. Cennou známkou pro kladnou odpověď jest zjištění speciálních norem o fungování služby, o břemenech ve prospěch služby, právu ke zdanění, zřízení monopolu atd. — Okolnost, že určitou službu koná koncesionář nebo pachtýř (fermier), není důvodem proti veřejnosti oné služby. — „La concession ne change pas la nature juridique de service concédé, il reste un service public.“

To platí zvláště o železnicích, k jichž provozu dána byla koncese společnosti<sup>31</sup>).

Přízname-li po zjištění všech uvedených známek, že lze v daném případě zjistiti normu, kterou veřejná moc ukládá zřízení veřejné služby, vylučujeme pro obor této činnosti platnost práva soukromého a podrobujeme ji t. zv. administrativnímu režimu právnímu, zakládáme panství speciálních norem veřejnoprávních a příslušnost pro Conseil d'État a Tribunal des conflits.

Zaměstnanci veřejné služby jsou „agents publics“, nemovitosti veřejné službě věnované jsou dépendance du domaine public a podléhají zvláštnímu „régime du domaine public“, v platnost vcházejí pravidla o veřejném účtování, práce vykonávané na nemovitostech jsou práce veřejné, akty orgánů veřejné služby jsou „actes administratifs“, platí zvláštní pravidla o zodpovědnosti, zákon a nařízení upravují suverénně veškeré právní poměry veřejné služby se týkající (jinak, jde-li o soukromoprávní smlouvy).

Jéze<sup>32</sup>) odůvodňuje tento administrativní režim vytyčením účelu veřejné služby, kterým je bezpodmínečné dosažení a zachování veřejného interesu, proti němuž ohled na individuum je zcela podřadný. Organizace veřejné služby má se státi tak, aby ji mohli vládnoucí kdykoli upravit, změnit nebo odstranit, dle potřeb neb ideálu okamžiku. Odtud zvláštní postavení zaměstnanců, jejichž služební poměr nespočívá na smlouvě (pacta servanda), nýbrž na zákonu a nařízení. Neboť „le procédé du contrat est trop rigide ; le procédé de la situation légale est plus

<sup>30</sup>) Účetní dvůr prohlašuje ovšem, že přísluší mu kontrola jen tehdy, jde-li o veřejnou službu a byla-li kontrola normována zákonem nebo nařízením. Conseil d'État neakceptoval toto stanovisko (21. června 1912, Pichot, Rec. p. 720).

<sup>31</sup>) Conseil d'État, 10. juillet 1885 (Charvet, Rec. p. 664). R. D. P. 1918, str. 247 (C. d'É., 8. février 1918), Conseil d'État, 11. mars 1910, Compagnie générale des tramways. Srovn. Revue de Droit Public, 1910, p. 740, C. d'É. 18. juillet 1913, Syndicat des chemins de fer, Rec. p. 875. Srovn. Hauriou, Droit adm. 29, poznámka.

<sup>32</sup>) Cours de science des finances, VI. ed., 1922, str. 109.

souple.“ Praktický důsledek: „Zákon, nařízení mohou učiniti opatření, aby změna služby nebyla příliš trapnou pro zaměstnance; jde však o otázku vhodnosti a politiky; nikoli o právní závazek.“ Individuum, které jest ve službě veřejné, nemůže se dovolávat porušení svého práva subjektivního<sup>33)</sup>, byla-li jeho objektivní situace, plynoucí ze zákona nebo nařízení modifikována zákonem, resp. nařízením.

## b) Judikatura a theorie.

Dřívější stav judikatury charakterisuje velmi případně Aucoc<sup>1)</sup> takto: „Setkali jsme se často v judikatuře civilních soudů s thesí, že se právo obecné aplikuje nezbytně a zásadně na administrativu vždy, jestliže zvláštní text (zákonný) výslovně jinak neustanovil a že soudy civilní jsou příslušny plným právem — není-li opačného výslovného ustanovení zákona — rozhodovati o všech rozepřích, týkajících se vlastnictví, kontraktů a quasikontraktů, deliktů a quasideliktů, bez ohledu na to, povstal-li spor mezi soukromníky či proti veřejné správě.“ Autor sám doznává, že tato zásada znamená porušení nauky o dělbě moci a že tato otázka mohla býti rozřešena opačně způsobem velmi jednoduchým, velmi logickým a snad souhlasným s myšlenkou, která vedla Assemblée constituante z roku 1789. Naráží tu patrně na čl. 7. dekretu z 22. prosince 1789, kde čteme: „Elles (les administrations de département et de district) ne pourront être troublées dans l'exercice de leurs fonctions administratives par aucun acte du pouvoir judiciaire<sup>2)</sup>.“

Aucoc podrobuje tedy správnímu soudnictví toliko akty

<sup>33)</sup> Srovn. však J é z e m citovaný čl. 67 zákona ze dne 17. dubna 1906, který praví: „Toute demande (par une commune) de suppression d'octroi portant création de taxes de remplacement doit être précédé d'une stipulation au profit des agents atteints par une mesure de licenciement.“ Srovn. kritiku J é z e o v a učení, kterou provádí D u g u i t (Traité, I, str. 67). D u g u i t přiznává: „Jestliže pozitivní zákoný předpis dává výslovně určité činnosti povahu veřejné služby, bude soudce povinen aplikovati příslušné zákonné předpisy. Avšak z toho nebude následovati, že půjde skutečně o veřejnou službu!“ Či-li prostě řečeno: D u g u i t, ač vidí lepší, horší následuje. Jde mu o utvoření theorie za každou cenu, i když důsledky jsou přímo neudržitelné. V tom má ovšem pravdu, že stanovení pojmu service public při nedostatku výslovné normy zákonné bude obtížno, ale co jeho theorie?

<sup>1)</sup> Conférences, III. vyd., I. díl, str. 485.

<sup>2)</sup> Srovn. též zákon ze dne 16. srpna 1790, který ustanovuje v čl. 13: „Les fonctions judiciaires sont distinctes et demeureront toujours séparées des fonctions administratives. Les juges ne pourront, à peine de forfaiture, troubler, de quelque manière que ce soit, les opérations des corps administratifs, ni citer devant eux les administrateurs pour raison de leurs fonctions.“ Srovn. dále J é z e, Éléments, str. 107, Klapka, Správní soudnictví, Věstník Svazu č. okresů, r. X., str. 119, Matějka, Povinnost státu k náhradě škody, Věstník ministerstva vnitra, r. IV., str. 338, 446 a passim.

vykonané „par l'autorité administrative comme puissance publique“ za účelem výkonu veřejné služby. Jde-li však o smlouvu, byť uzavřenou „en vue d'un service public“, jest třeba výslovné dispozice (zákonné), aby na místo soudního tribunálu nastoupily orgány správní. Takovou zákonnou dispozicí jest na př. článek 4. zákona z 28. pluviose an VIII, zákon z 28. floréal an X, atd.

Základy institutu „veřejné služby“ vytvořila francouzská jurisprudence, rozhodujíc o zodpovědnosti státu za výkon veřejné služby. V nálezu ze dne 6. prosince 1855 (Rotschild) praví Conseil d'État: „Toliko administrativě přísluší, aby řídíc se zákonem upravovala podmínky veřejné služby, jejíž výkon zabezpečuje, a aby zjišťovala vztahy mezi státem, četnými zřízeními jeho jménem jednajícími a uživateli veřejných služeb; administrativa má znáti a určovati povahu a rozsah vzájemných práv a povinností, které tu vznikají. Tato práva, vztahy a závazky nelze upravovati toliko dle zásad a předpisů práva soukromého a tak, jako mezi občany; pokud jde zvláště o zodpovědnost za chybu, nedbalost nebo omyl zřizence veřejné správy, nejde ani o všeobecnou, ani o absolutní zodpovědnost; řídí se zvláštní povahou a potřebami té které služby; může tedy toliko administrativa oceniti její podmínky a povahu.“ — Tyto zásady potvrdil Tribunal des conflits, který se rozhodnutím ze dne 1. února 1873 (Blanco)<sup>3)</sup> postavil na stanovisko, jež zaujal Conseil d'État, proti tribunálům soudním (Cour de cassation).

Další vývoj znamená rozšíření pojmu veřejné služby a jeho aplikaci na veřejnou správu, která přísluší départementům<sup>4)</sup> a obcím<sup>5)</sup>. Spory ze smluv, uzavíraných státem, départementem a obcí k zajištění veřejné služby, podrobují se kognici du Conseil d'État<sup>6)</sup>.

<sup>3)</sup> Rozhodnutí shoduje se myšlenkově i terminologicky úplně s nálezem, který vynesl v roce 1855 Conseil d'État. Šlo o zodpovědní otázky, je-li stát soukromoprávně zodpověden za zranění dítěte, které zavinili dělníci státní tabákové továrny (čl. 1382, 1383 a 1384 du Code civile); použití norem občanského zákona vůči státu nebylo však připuštěno s tím odůvodněním, že „l'autorité administrative est seule compétente pour en connaître“. Srovn. Laferrière, *Traité*, I. vyd., I. díl, str. 626. — Tribunal des conflits nedovolává se tedy již zákonů ze 17. července 1791 a z 26. září 1793, jejichž použití k řešení otázky kompetenční nebylo juristicky nejšťastnějším, nýbrž počíná vědomě budovati nový základ veřejné správy.

<sup>4)</sup> Srovn. nález Feutry, Tribunal des conflits, 29. února 1908, *Récueil* p. 208, Sirey 1908, III, p. 98.

<sup>5)</sup> Srovn. *Révue générale d'administration* 1910, III, p. 194.

<sup>6)</sup> Smlouvy, uzavírané státem, podléhaly jurisdikci du Conseil d'État dle dekretu z 11. června 1806 a dle zákona z 28. pluviose VIII. Rozšíření administrativního režimu na département a obec znamenají nálezy Terrier, Sirey 1903, III, p. 25, Thérond, Sirey 1911, III, p. 17. —

Duguit <sup>7)</sup> nahlíží na tyto změny základní struktury správního práva jako na důsledek nového pojetí zodpovědnosti státu. Kdysi nedotknutelný stát, drtící svou všemocí individuum, počiná zodpovídati za výkon veřejné služby; jak však srovnati jeho zodpovědnost s naukou o svrchovanosti? Aspoň tím způsobem, že kognice přísluší správnímu orgánu, nikoli soudnímu tribunálu. Po obtížné a velmi jemné práci dospívá francouzská jurisprudence k vytčené zásadě, že nastává příslušnost správního tribunálu vždy, kdykoli jednal orgán veřejné správy „en vue d'un service public“, k zabezpečení veřejné služby <sup>8)</sup>. Ve všech těchto případech platí presumpce, že jde o věc správní.

A tak dochází k úplnému rozvratu a odstranění bývalého lišení správních aktů na actes d'autorité, neboli actes de puissance publique a actes de gestion. Emanace vůle veřejného orgánu nerozlišuje se dle toho, zda se objevuje při výkonu imperia nebo při výkonu ostatních kompetencí, nýbrž dle toho, jaký jest účel aktu. Je-li účelem výkon veřejné služby, jde o správní akt a výhradnou doménu správního práva. Kdežto dříve platila při gestion des services publics presumpce příslušného soudního tribunálu, jemuž věc mohla býti odňata toliko „disposicemi všeobecných nebo zvláštních zákonů <sup>9)</sup>“, platí nyní, jak řečeno, zásada zcela opačná. K vítězství nové zásady přispěla valně i ta okolnost, že autoři dualismu správních aktů nikdy nedospěli k jich přesnému odlišení. Nepodařilo se tak ani poslednímu jejich obhájci, kterým jest Berthélemy.

Zkoumáme-li však podrobně poslední judikaturu, dojdeme k poznání, že nepřijala theorii Jézeovu, ač se za ni přimlouvá přesné juristické pojetí: „service public jest činnost vykonávaná v zájmu obecně prospěšném na účet morální osoby práva veřejného.“ Uvádím nález, který vyslovil Conseil d'État dne 20. června 1921 <sup>10)</sup> (affaire de la commune de Mont-

<sup>7)</sup> Les transformations du droit public, 1921, str. 171.

<sup>8)</sup> Srovn. Dalloz, Récueil Périodique 1924, III, str. 26, nález Conseil d'État z 23. května 1924, který stanoví: „Smlouvy, uzavřené státem na základě zákona z 19. dubna 1917, jímž se zřizuje veřejná služba povinného pojištění lodí proti nehodám válečným, jsou smlouvami administrativními (présentent le caractère de véritables contracts administratifs). V důsledku toho přísluší administrativní jurisdikci rozhodovati o rozepřích, jež vzejdou při jejich provádění.“

<sup>9)</sup> K tomu srovn. Duguit, Les transformations du droit public, str. 151. — Na theorii o dvojím druhu správních aktů budovali Merlin, Loaré, Aucoc, Ducrocq, Batbie. Synthesu znamená cit. dílo Laferrièreovo, Traité de la juridiction administrative, 1877, kde čteme (I, str. 8): „Le contentieux administratif comprend l'ensemble des réclamations fondées sur un droit ou sur la loi et qui ont pour object, soit un acte de puissance publique émané de l'autorité administrative, soit un acte de gestion des services public déferé à la juridiction administrative par des dispositions de lois générales ou spéciales.“ Srovn. Hoetzal, Nauka o správních aktech, str. 62.

<sup>10)</sup> Revue de droit public 1921, str. 363.

ségur), kde vládní komisař prohlašuje za „práci veřejnou každou činnost ve všeobecném prospěchu, konanou na účet morální osoby správní (personne morale administrative).“ Conseil d'État výslovně praví: „les travaux exécutés dans une église pour le compte d'une personne publique, dans un but d'utilité générale, conservent le caractère de travaux publics...“ Dle mého názoru nebyla Jézeova theorie plně akceptována ani v nálezu Astruc ze dne 7. dubna 1916, kdež se praví: „Pojem veřejné služby jest pojmem 'dojisté míry subjektivním, závisí na úmyslu „de l'autorité“, která má organisovati veřejnou službu... Dle kterých známek jest konstatovati — zjistiti — tento úmysl? Lze jej seznati z opatření administrativní osoby, obstarávající v daném případě kolektivní zájmy, jejichž účelem jest zříditi pro členy kolektivity nezbytnou službu, zajistiti její trvání, upravití její chod.“<sup>11)</sup>

Problém lze rozřešiti toliko tenkrát, postavíme-li se na čistě formální stanovisko: Veřejná korporace (l'autorité) může konati své úkoly jako každý soukromník a podléhá v tom směru právu obecnému; může to býti i v tom případě, že činností svou směřuje v dosažení vyšších zájmů. Může však konati své práce rovněž v zájmu eminentně veřejném, při čemž chce svou činnost podrobiti zvláštnímu „administrativnímu režimu“. Tu pak stačí projev její vůle podříditi tuto činnost zvláštnímu oboru právnímu a vyloučiti ji z dosahu obecného práva; může se tak státi výslovným označením činnosti za service public, může se tak státi i činy konkludentními. Conseil d'État cítí labilnost (Astruc) a nebezpečnost svého hlediska, proto praví: „notion en quelque sorte subjective; elle dépend, pour la plus grande part, de l'intention de l'autorité.“ Neboť i Conseil d'État musil si býti vědom toho, že, máme-li mluvit o instituci právní, jest a musí tu býti nadřizená norma generelní, všeobecná, norma, plynoucí z právního řádu státního; že „intention de l'autorité“ musí míti určité meze; že určité služby již dle úmyslu zákonodárce a přímo dle objektivní — třeba dle blanketové — právní normy jsou veřejnými službami a že jen činnost objektivně určitelná může býti veřejnou službou. Nepřijetím tohoto stanoviska byla by provedena delegace vůle zákonodárné administrativním osobám, které by pro svoji činnost mohly libovolně vindikovati zvláštní právní předpisy. Jéze trvá na této všeobecné normě, kterou nazývá „l'intention du législateur“; aby zde mohla býti service public, musí tu býti úmysl zákonodárce k zřízení veřejné služby; rozhodnutí příslušné morální osoby (státní exekutivy, départementu, obce atd.) znamená tedy akt druhotný, vykonávaný dle zmocnění zákonodárce.

Kámen úrazu spočívá ovšem v tom, že není takové ani vše-

<sup>11)</sup> R. D. P. 1916, str. 373.



obecné zákonodárné normy. A tak její vypátrání ukládá Jéze jurisprudence, „qui décide souverainement si l'intention du législateur a été de vouloir, dans tel cas, le procédé du service public“<sup>12)</sup>. Dle čeho? — Dle souhrnu skutkových okolností.

Dne 27. července 1923 (Gheusi) rozhodl Conseil d'État, že provozování Komické Opery jest service public v technickém slova smyslu. Stalo se tak proti běžnému názoru, který Magnin<sup>13)</sup> — jednáje o povaze smlouvy mezi podnikatelem představení a obcí — vykládá takto: „Jde skutečně o smlouvu, která nemá technického názvu, o smlouvu sui generis, kterou nelze zařadit do žádné z oněch kategorií smluv, jak byly uvedeny?“<sup>14)</sup> Nikolí. „Jsem toho názoru,“ praví, „že jest to smlouva o dílo. Město uzavírá smlouvu s ředitelem, přihlížejíc k jeho schopnostem; poskytuje mu úplatu v penězích a in natura; ředitel naproti tomu se zavazuje — na své risiko a nebezpečí —, že zajistí úspěch divadelní sezony, a podrobuje se řadě závazků, které stipuluje úmluva. Pronajímá svou práci a město jej platí.“

Rozhodnutí z 27. července 1923 jest dále v odporu s celou řadou nálezů (srovn. nález z 12. června 1901<sup>15)</sup>, Dessauer, 25. prosince 1906, město Lyon) i s teorií (prof. Hauriou tvrdil, že provoz divadla již dle své povahy odporuje pojmu veřejné služby). Vládní komisař užil tohoto odůvodnění:

„Existence Komické Opery odpovídá vznešené ideji: přispívá k pokroku umění ve Francii tím, že se provozují jak klasická díla, tak novinky. Komická Opera má v kulturní činnosti státu týž význam, jako národní musea nebo škola krásných umění. Jest zkrátka veřejnou službou.“

A podobně Conseil d'État: „Plyne tedy ze souhrnu opatření, určených k tomu, aby zajistila ve všeobecném zájmu uměleckou úroveň a nepřerušný chod Komické Opery, že smlouva uzavřená s pp. G. a J... má povahu smlouvy, kterou se dává koncese k výkonu veřejné služby.“

Ony skutkové okolnosti, z nichž usoudil Conseil d'État na existenci veřejné služby, jsou zejména: bezplatné propůjčení místností, subvence, omezení ředitelství (zákaz jiného využití, program, přijímání umělců, ceny míst, dozor státního komisaře, odnětí koncese).

Stává se tedy instituce veřejné služby institucí pretorskou, tvořenou judikaturou.

<sup>12)</sup> R. D. P. 1924, str. 562.

<sup>13)</sup> Théâtres municipaux, 1909, str. 161.

<sup>14)</sup> Takto už rozhodl Trib. Rouen, 28. février 1889, S. 91, 2, 177.

<sup>15)</sup> Zde zvítězila autorita Laferrièreova a bylo uznáno, že „provoz divadla zakládá soukromý podnik“. Jéze (Contrats, str. 105) sám se ovšem leká důsledků nejnovější judikatury. — Srovn. R. D. P. XLII, str. 600 (článek Jézeův).

Tento názor odpovídá pojetí právního řádu francouzskou vědou, jež vyjadřuje Jéze slovy: „Le Droit d'un pays est l'ensemble des règles qui, à un moment donné, dans un pays donné sont effectivement appliquées par les praticiens et par les tribunaux<sup>16)</sup>.“

### III. Régime administratif.

Pojem veřejné správy opírá tedy moderní francouzská pravověda o pojem veřejné služby. Zřizuje ji zákonodárce zvláštním nebo všeobecným předpisem; tvoří ji starosta obce, opíraje se o široký předpis čl. 64. zákona z 5. dubna 1884; buduje ji département dle článku 46. zákona z 10. srpna 1871; uznává její existenci správní tribunál. Tato tvůrčí činnost, opírající se v posledním bodě o vůli zákonodárce, nemůže se — přirozeně — nikdy přičítati právní normě: neboť zákonodárce má vůli jednotnou. Nemůže tedy département nebo obec prohlásiti za veřejnou službu činnost, která je zákonem uzavřena v okruh výhradné činnosti individua; obchod a průmysl, jejichž svobodu prohlásil zákon z 2.—17. března 1791 (článek 7.), nemohou býti dotčeny konkurencí veřejné správy. Proto jest veřejná správa specialisována; veřejný zřízenec má přesně stanovený okruh kompetenční; nelze libovolně zřizovati státní, départementální nebo obecní pekárny, lékárny, udirny, pojišťovny atd. Tato specialisace jest současně ochranou individua, jednotlivec má právo k obraně, je-li okruh veřejné činnosti rozšiřován přes míru právem stanovenou<sup>1)</sup>.

Toto ohraničení specialisací veřejné služby jest proto nutné, že pro veřejnou službu platí zvláštní, „speciální“ právní pravidla. Řeknu-li, že v daném případě jde o „veřejnou službu“, znamená to, že platí v tomto případě zvláštní právní režim, změnitelný generální právní normou (zákonem, nařízením), jehož účelem jest uspokojení — pravidelné a trvalé — určitých potřeb všeobecného významu<sup>2)</sup>.

Jestliže tedy zřídil dekret ze dne 11. července 1906 zvláštní service désinfection a uznáme-li, že jde o službu veřejnou, znamená to, že platí pro právní poměry z ní vznikající pravidla odchylná od právních pravidel platných pro vztah mezi dvěma soukromníky. Uznání provozu drah za veřejnou službu (Conseil

<sup>16)</sup> Les principes généraux du droit adm., III. ed., p. VIII. Srovn. též D u g u i t, Traité III, str. 5 a násled.

<sup>1)</sup> Srovn. J é z e, Méthodes juridiques, str. 76 a násled. N é z a r d, Droit public, str. 238, Mercier, Exploitations municipales, passim. K l a p k a, Obecní ústavy a podniky, passim.

<sup>2)</sup> J é z e, Cours, 267.

d'État, 18. VII. 1913, Syndicat national des chemins de fer, Rec. p. 875) má v zápětí aplikaci režimu správního: proti stávce může býti použito opatření, kterých by nebylo lze užiti ve sporu mezi soukromým podnikem a jeho zaměstnanci. Tento régime spécial se objeví v první řadě, vznikne-li spor: kompetence administrativních tribunálů je tu důležitým formálním kriteriem. Dle zvláštních právních norem bude třeba posouditi nemovitosti sloužící veřejné službě, veřejné práce, tak zv. veřejnoprávní smlouvy, zodpovědnost zřízenců atd. Bude tedy aplikovati správní tribunál komplex právních norem, které tvoří tak zv. správní právo a které jsou rozdílné od právních předpisů, jež aplikuje soudce v případě, kdy veřejná správa vstupuje v právní poměry jako soukromník, nikoli tedy k dosažení účelů veřejné služby.

Markantně objeví se rozdíl na př. při zřízení elektrisačního podniku. Bude-li zřízen jako podnik soukromý, bude tu platiti občanské právo, vyjímaje ovšem správní akty o propůjčení veřejného statku. Bude-li zřízen jako veřejná služba (a tak jest tomu nepochybně při přiznání všeužitečnosti), platí tu předpisy o veřejných pracích, vyvlastnění, taxách, reglementaci tarifů atd.

Uzavírá-li stát veřejnou půjčku, platí ve vztazích mezi ním a věřitelem celá řada zvláštních předpisů zcela odchylných od práva soukromého.

Prozkoumáme některá význačná zařízení francouzské správy, abychom zjistili, jak dalece se podařilo theorii a praxi vybudovati z nich — za pomoci pojmu veřejné služby — instituty správního práva.

## 1. Domaine public.

Pojem „veřejného statku“ a jeho odlišení od soukromého vlastnictví státu a místní správy jsou produktem historického vývoje. Zákon z 21. listopadu až 16. prosince 1790 prohlašuje bývalé vlastnictví koruny za vlastnictví národa; v pojmu „le domaine public“ zahrnuto jest vše, co náleží národu, resp. státu. Rovněž Code civil (art. 538)<sup>1)</sup> nečiní rozdíl mezi domaine privé

<sup>1)</sup> Art. 538 zní: „Les chemins, routes et rues à la charge de l'État, les fleuves et rivières navigables ou flottables, les rivages, lais et relais de la mer, les ports, les havres, les rodes et généralement toutes les portions du territoire français qui ne sont pas susceptibles d'une propriété privée, sont considérés comme des dépendances du domaine public.“ — Článek týká se tedy souhrnu národního majetku, nikoli toliko veřejného statku, nečiní rozdíl mezi domaine privée a public. — Srovn. Berthélémy, Droit administratif, str. 424. — Srovn. A u c o c, Conférences 1886, II, str. 127, kdež se praví: „Pour que cette destination à l'usage du public fût maintenue et mise à l'abri des usurpations des particuliers et des négligences de l'administration, le législateur a voulu que les biens de cette espèce fussent placés dans une catégorie spéciale; il les a mis

a domaine public. Teprve these 19. století počíná odlišovati mezi majetkem státu (a místních korporací), který slouží toliko výnosem účelům veřejným (tak lesy státní a obecní, pozemky a budovy pronajaté jednotlivcům atd.) a mezi veřejným statkem, který je v obecném užívání. Kdežto prvá kategorie majetková podléhá právnímu režimu soukromého vlastnictví, chráněn jest veřejný statek zvláštními předpisy (le régime de la domanialité publique). Jaké jsou podstatné znaky veřejného statku a jak jej odlišiti od statku soukromého?

Starší theorie viděla podstatu veřejného statku ve vyloučení jeho z commercia, v nezpůsobilosti býti předmětem soukromého vlastnictví, jako důsledku obecného užívání; jest dle ní nezczitelným a nelze jej vydržeti. Vylučovala věci movité a přikládala povahu veřejného statku toliko nemovitostem. Toto stanovisko sdílí Berthelémy<sup>2)</sup>, který opíraje se o důvody historické vykládá čl. 538. Codu zcela exklusivně slovy: „Veřejný statek zahrnuje... součásti území, které nejsou způsobilé býti předmětem soukromého vlastnictví.“

Moderní theorie odmítá Code civil jako východisko a základ rozlišování. „Les rédacteurs du Code civil ignorait le premier mot de la théorie du domaine public,“ praví Jéze<sup>3)</sup>. O veřejném statku lze mluviti, jde-li o věc, která:

1. náleží veřejné správě (státu, départementu, obci, kolonii),
2. jest přímo určena veřejné službě (affectée directement a un service public)<sup>4)</sup>.

Výslovné a přímé určení věci k účelům veřejné služby stává se tedy základním pojmem institutu veřejného statku. Tak učí Moreau<sup>5)</sup>, Bonnard<sup>6)</sup>, Nezard<sup>7)</sup>, Duguit<sup>8)</sup>, Hauriou<sup>9)</sup>, který

hors du commerce et il à déclaré qu'ils ne pouvaient être aliénés ni acquis par la prescription, c'est à dire par une possession prolongée pendant un certain espace de temps, dans les conditions fixées par la loi.“ Au coc liší mezi domaine public a domaine de l'État; domaine de l'État obsahuje „souhrn statků, které drží stát jako soukromník, které lze cziziti i vydržeti“.

<sup>2)</sup> Droit administratif, 426.

<sup>3)</sup> Éléments, str. 168.

<sup>4)</sup> Srovn. Jéze, Cours de droit public 1921, str. 73: „C'est l'idée de service public qui sert à classer les dépendances du domaine public et le dépendances du domaine privé. Un point certain, c'est qu'il ne peut y avoir dépendances du domaine public que si la chose est affectée à un service public. D'autre part, l'idée de service public est à la basse de toutes les règles du régime juridique que l'on appelle le régime du domaine public et qui diffère du régime juridique de la propriété privée.“

<sup>5)</sup> Droit administratif, 582.

<sup>6)</sup> Droit public, 214.

<sup>7)</sup> Éléments, 261.

<sup>8)</sup> Droit const., II, 52.

<sup>9)</sup> Droit administratif, str. 617. — Laferrière, Jurisdiction, I, 444, rozeznává „domaine artificiel a naturel“. — Au coc, Conférences,

výstižně pravi : „Povaha veřejného statku spočívá na myšlence věnování věci obecnému užitku administrativou... Z toho následuje, že důsledky povahy veřejného statku, zvláště nezczizitelnost a nevydržitelnost, místo aby byly důsledkem jakési přirozené povahy věci, stávají se institutem čistě právním, který je spojen s určením věci k účelům obecného užitku.“ Přesněji definováno : s určením věci k účelům veřejné služby. Régime domaniale spočívá ve zvláštních právech daných administrativě k ochraně veřejného statku. Nejde tedy vlastně o samostatné reálné právo, nýbrž o zvláštní mimořádný od soukromého vlastnictví odchylný právní stav, v němž se ocitá věc věnováním veřejnému užívání nebo veřejné službě.

Při tom jest dle mého názoru zcela vedlejší věci, jde-li o vlastnictví státu, départementu nebo komuny, nebo majili-li „droit de gestion, de garde et de surintendance“.

V tomto pojetí, založeném na pojmu veřejné služby, jest rozsah veřejného statku mnohem širší nežli ve staré theorii : zahrnuje nejen nemovitosti, nýbrž i budovy a věci movité<sup>10)</sup>. Zdůrazniti jest ovšem nutnost určení k účelům veřejné služby ; nestačí tedy použití pro jakýkoli úkol obecně prospěšný.

V čem záleží t. zv. régime juridique domaniale ? — V první řadě nelze veřejný statek zcziziti. Přijmeme-li theorii veřejné služby, musíme ovšem tuto zásadu modifikovati. Veřejný statek bude nezczizitelným potud, pokud jeho zczizením byl by zmařen účel veřejné služby. V ostatních případech bude zczizitelným, pokud jej bude možno nahraditi<sup>11)</sup>. Nelze k němu nabytí držby

II, str. 131, kloni se ke starému názoru, dle něhož jsou veřejným statkem toliko „les portions de territoire affectées à un usage public et non susceptible de propriété“. Souhlasně Berthélémy, Droit adm., str. 426.

<sup>10)</sup> Veřejný statek dělíva se z různých hledisk. Je to v první řadě veřejný statek státu, départementu a komuny, podle toho, hledíme-li na stát, département a obec jako na vlastníka, nebo — s Duguitem — jako na vykonavatele policie. Poslední dělení je ve shodě se zásadou, že établissements publics nemají výkonu policie, nemohou tedy míti veřejný statek. K veřejnému statku státnímu se počítá : 1. statek mořský a říční, 2. statek pozemní : státní silnice a obecně užitečné dráhy, 3. budovy a movitosti, ať slouží kterékoli veřejné službě. K veřejnému statku départementu jest počítati : cesty, ulice a náměstí, budovy a movitosti. — Srovn. cit. autory. — Staré je dělení na statek přirozený a umělý. — Podle povahy rozeznává se : a) statek námořský, t. j. pobřežní moře v šíři tří mil, pobřeží, zálivy, přístavy s příslušenstvím, majáky atd. ; b) statek říční, t. j. splavné řeky, a to jak co do dna, tak co do vody ; řeky nesplavné náleží majitelům březních pozemků ; splavné kanály ; c) statek pozemní, t. j. cesty, náměstí, železnice, pevnosti a fortifikace ; d) budovy, určené pro službu veřejnou ; e) movitosti, věnované veřejné službě.

<sup>11)</sup> Srovn. Bonnard, Droit public, 219. — Bonnard vědomě rozlišuje nynější stav od stavu, kterým se vyznačoval Ancien régime (Édit des Moulins 1566). Tenkráté, jak bylo shora uvedeno, nerozeznávalo se ještě mezi veřejným statkem a státním majetkem : vše bylo le domaine

a nelze jej vydržeti, jest extra commercium. Nelze jej postihnouti služebností. Jest určen obecnému užívání<sup>12)</sup>.

Jaké jest právní postavení jednotlivce vůči veřejnému statku? Totéž, jaké má vůči každé service public. Hauriou<sup>13)</sup> mluví ve smyslu teorií Jellinkových o „statu“, o situaci jednotlivce. Jde o situaci „objektivní“; uživatel veřejného statku nemůže nikdy uplatňovati právo; může se ovšem domáhati toho, aby zaveden byl stav odpovídající zákonu. Má tedy právní prostředky, které mu přísluší „ut universi“, t. j. recours pour excés de pouvoir a l'exception d'illégalité<sup>14)</sup>.

V situaci subjektivní jest ten, komu bylo dáno právo k zvláštnímu užívání (le permis de stationnement, la permission de voirie, la concession) jako zvláštní způsoby užívání komunikací, koncese na využití vodní síly, koncese kutací<sup>15)</sup>.

de la Couronne. Byl tedy zákaz zcizení absolutní. Jeho účelem bylo zabrániti králi, aby rozchvátil statky koruny. Nyní lze mluvití toliko o nezcizitelnosti relativní. Jako příklad, kdy jsou věci zákonem určeny k veřejnému statku, uvádí se čl. 18 zákona z 21. prosince 1913 o památkách historických, který zní: „Tous les objets mobiliers classés sont imprescriptibles. — Les objets classés appartenant à l'État sont inaliénables. — Les objets classés appartenant à un département, à une commune, à une établissement public ou d'utilité publique ne peuvent être aliénés qu'avec l'autorisation du ministre des beaux arts et dans les formes prévues par les lois et régléments. La propriété ne peut être transférée qu'à l'État, à une personne publique ou à un établissement d'utilité publique.“ Nejde však o pouhý předpis rázu policejního?

<sup>12)</sup> K tomu srovn. Trotabas, De l'utilisation du domaine public par les particuliers, Paris 1924. — Balle, De la nature du droit du concessionnaire de sépulture, Paris 1924.

<sup>13)</sup> Précis de droit constitutionnel 1923, str. 96: „Le droit aux bénéfices de services publics et le droit à l'assistance publique se présentent eux-mêmes sous l'aspect du statut réel de l'habitant ou de l'indigent qui confèrent l'aptitude a bénéficier des avantages publics et non pas sous l'aspect de droits de créance contre l'État.“ — Srovn. Duguit, Traité, II, § 8; srovn. Jéze, Les principes généraux, 1925, str. 54. — Je možno mluvití v tomto případě o Jézeovu „acte condition“. Neboť i tu právní situace, ve které individuum již existuje, jest všeobecná a neosobní. — Trotabas mluví o situaci anonymní.

<sup>14)</sup> Voie contentieuse objective.

<sup>15)</sup> Srovn. Trotabas, l. c. str. 78 a násl. — Balle v citovaném spise, str. 110, praví: „Or, il résulte des éventualités de translation et de résolution qui peuvent menacer le droit du concessionnaire que l'idée de services public est aussi bien a la base de l'attribution gratuite que de la concession onéreuse.“ — Nézard, l. c. str. 269, prohlašuje, že koncese podléhají „au droit commun de la domanialité publique“ a obrací se proti judikatuře, která uznávala soukromoprávní charakter koncesí navždy. — Je-li hřbitov „désaffecté“, padá právo koncesionáře a přísluší mu právo žádati stejný pozemek na novém hřbitově.

## 2. Les contrats administratifs<sup>1)</sup>.

Veřejná správa, opatřující si hmotný podklad pro svoji činnost, uzavírá dle francouzské theorie a praxe smlouvy dvojího druhu<sup>2)</sup>: *a)* smlouvy, řídící se v plném rozsahu občanským právem (*contrats ordinaires*); *b)* smlouvy správní (*contrats administratifs*). Co jimi rozumíme? Všeobecně lze říci, že *contrat administratif* jest „uzpůsoben v určitém směru veřejnou službou, v jejímž zájmu se uzavírá“<sup>3)</sup>. Pojem služby veřejné má tu býti opět kriteriem, jehož existence se vyžaduje jako podmínka aplikace zvláštního komplexu právních norem. Duguit<sup>4)</sup> neuznává podstatného rozdílu mezi smlouvami; ať jde o smlouvu občanskou, obchodní či t. zv. správní, vždy jde dle něho o právní jednání stejné vnitřní podstaty. Smlouva jest smlouvou správní jedině s hlediska kompetence: podléhá správní cognici, neboť se uzavírá se zřetelem k veřejné službě. Není tu tedy velkého rozdílu mezi Duguitem a Laferrière, který vychází z těchto zásad<sup>5)</sup>: Vnitřní povaha smlouvy jest nerozhodnou. Přísluší tedy i smlouvy uzavírané veřejnou správou před soudní tribunál. In forma — co do kompetence — může ovšem zákonodáre provést změnu a přikázati věc do příslušnosti tribunálů administrativních. Jéze<sup>6)</sup> jde však dále a odlišuje smlouvu správní od smluv ostatních jak dle vnitřní povahy, tak dle znaků formálních.

*Contrat administratif* vyznačuje se především tím, že jest uzavírán mezi dvěma stranami různého postavení: jedna zastupuje zájem veřejný, druhá soukromý. Strany jsou si toho vědomy: zvláště soukromník jest si vědom toho, že zájem řádného chodu veřejné správy předchází. V případě, že jde o *contrat administratif*, nejde jen o odchylku kompetenční, nýbrž jde o aplikaci celé řady odchylných právních norem, které se týkají: *a)* formy smlouvy, *b)* pravomoci veřejné správy dané jí k zabezpečení splnění smlouvy, *c)* platí zvláštní pravidla pro případy nepředvídané (*théorie de l'imprévision*), *d)* ve sporech jsou kompetentní správní tribunály. Řečeno prostěji: Strany, uzavírající „správní smlouvu“ vědomě a výslovně se podrobují platnosti speciálních norem. Jejich esencí jest, že strana s veřejnou správou kontrahující, nepřejímá toliko závazky, plynoucí z práva

<sup>1)</sup> V naší literatuře srovn. zmínku Hoetzlovu, *Nauka o právních aktech*, str. 85.

<sup>2)</sup> Srovn. R. D. P., XXXII, str. 170.

<sup>3)</sup> Srovn. nález C. d'État, 231, VII, 1912, *Société des granits*, R. D. P., 1914, str. 145 a násl.

<sup>4)</sup> *Traité*, III, str. 41.

<sup>5)</sup> *Juridiction*, I, str. 541. — Jeho názor ovšem souvisí se zastaralým dělením správních aktů.

<sup>6)</sup> Srovn. *Cours de droit, public (Les contrats administratifs)*, str. 4 a násl.).

občanského, nýbrž veškery závazky potřebné k tomu, aby byl zabezpečen pravidelný a trvalý chod veřejné správy; tuto stihá na druhé straně povinnost poskytnouti spolukontrahentu náhradu škody pro případ, že mu způsobí splnění povinností k zabezpečení veřejné služby nutných zvláštní újmy, které nemohl dle obvyčejné životní zkušenosti při uzavírání smlouvy předvídati.

Jde zvláště o případy vis major, o případy krise hospodářské, politické a mezinárodní. I tu musí býti smlouva splněna; nezáleží na tom, že jde o podmínky, které nejsou zápsány ve smlouvě a že nebyly a nemohly býti předvídaný; jest tu však nárok na náhradu vůči administrativě. „Jest to pojem veřejné služby,“ dedukuje Jéze, „která musí pracovati pravidelně a bez poruch, který uvádí v souhlas se zákonem a právem tuto zvláštní povinnost, které nemá kontrahent, uzavírá-li smlouvu s jednotlivcem nebo uzavírá-li občanskou smlouvu se správou veřejnou. V tom spočívá podstata správní smlouvy.“<sup>7)</sup>

Jak však poznáme, že jde o „contrat administratif“? Jest smlouva již tím, že jest jejím účelem zabezpečení veřejné služby, podrobena speciálnímu právnímu režimu, zvláště kompetenci správních — nikoli soudních — tribunálů? — Nikoli. — Jest třeba především, aby se strany výslovně vymkly z panství civilních soudů a podřídily se správní kompetenci.

To se může státi:

a) zřízením smlouvy, která obsahuje podmínky vylučující aplikaci soukromého práva<sup>8)</sup>,

b) závazkem kontrahenta k přímému osobnímu výkonu veřejné služby,

c) smlouvou o takovém výkonu, jemuž veřejná služba — pro niž jest určen — „par la nature même“ vtiskuje charakter veřejnoprávní<sup>9)</sup>,

d) podrobením se stran správní kognici.

V předu uvedeném díle uvádí Jéze velmi bohatou a zajímavou judikaturu. Uvažme rychlý vývoj od prvního vydání díla

<sup>7)</sup> R. D. P. 1925, str. 170.

<sup>8)</sup> Jéze, R. D. P. 1925, str. 183, o nálezu konfliktního tribunálu ze dne 7. října 1922: „Si elles (sc. les parties)... ont entendu contracter dans les mêmes conditions que le public en général, il n'ya pas contrat administratif, même si le contrat a pour but d'assurer le fonctionnement d'un service public.“

<sup>9)</sup> Srovn. Conseil d'État z 23. listopadu 1921, Société générale d'armements, Rec. p. 1109. — Srovn. četnou judikaturu u Jéze, l. c. — Jéze uvádí též prorogační klausuli; v nálezu z 19. června 1918, Société des voiliers français (Rec. p. 597), praví však Conseil d'État, že „cette dernière clause ne peut pas être par elle même attributive de compétence“. Souhlasil bych plně s názorem Conseil d'État a odpovídal by plně základnímu názoru Jéze o v u, který charakterizuje smlouvy správního práva jako dobrovolnou spolupráci jednotlivců při výkonu veřejné služby (collaboration des particuliers).



Laferrièreova. Dříve toliko zákonodárce bral smlouvu z pravomoci soudu. Nyní činí tak jurisprudence, třebaš ovšem formálně vycházela stále ze zákonné normy. Dříve šlo jen o změnu kompetenční; nyní jde o uplatnění celého minutiesně-propracovaného zvláštního systému. Dříve šlo toliko o smlouvy uzavírané státem; nyní se podrobují administrativní kognici i smlouvy, které uzavřely obec, département, veřejný ústav<sup>10</sup>). Judikaturou dochází se však k zásadě, že nejde o contrat administratif (že tedy platí toliko pravidla občanského práva) tenkrát, jestliže se veřejná správa obrátila na spolukontrahenta „dans les mêmes conditions que le public en général“, tak jako soukromník<sup>11</sup>). Forma smlouvy nabyla významu rozhodujícího, nikoli účel a vnitřní povaha smlouvy<sup>12</sup>). Všimněme si nejdůležitějších správních kontraktů, jimiž jsou: smlouva o provedení veřejných prací, smlouva kvitovací, koncese veřejné služby. O ostatních pojednáme co nejstručněji se zřetelem k účelu práce.

### a) Travail public.

Veřejnou práci rozumí francouzská theorie stavby, úpravy a udržovací práce, vykonávané na nemovitosti na účet veřejné správy v zájmu obecně prospěšném.

Travail public má tedy tyto elementy:

a) jde o stavby, opravy atd. na nemovitosti. Liší se tedy marché de travail public od marché de fournitures, t. j. od smlouvy o dodávkách. Je-li v určitém aktu spojena i veřejná práce i dodávka (tak smlouva o osvětlování plynem), accessorium sequitur principale: platí pravidla o marché de travaux publics<sup>1)</sup>,

b) práce musí býti konána na nemovitosti. Dodání movitého předmětu (na př. sochy) bylo by veřejnou prací, jestliže by závazek dodavatelův obsahoval též práce spojené se zasazením do nemovitosti<sup>2)</sup>,

<sup>10</sup>) Terrier, Conseil d'État 6, II, 1903, Rec. 94, kde se praví: „Il appartient à la jurisprudence de déterminer, pour les personnes publiques locales, comme elle le fait pour l'État, dans quels cas on se trouve en présence d'un service public fonctionnant avec ses règles propres et son caractère administratif.“ — Srovn. výčet judikatury v citované práci Jézeově.

<sup>11</sup>) Aff. Manon, Trib. de Confl., 7. XI. 1922, Rec. 794.

<sup>12</sup>) Nejsou tedy plně akceptovány theorie Jézeovy judikaturou; není však přijata ani theorie, kterou hájí Duguit (určení povahy smlouvy účelem).

<sup>1)</sup> Vybudování křížníku je tedy marché de fournitures, nikoli travail public. — Srovn. Noel, La notion de travail public, Paris, 1924, str. 21, kde jest zpracována rozsáhlá literatura a judikatura.

<sup>2)</sup> Pompes funébres byly z tohoto důvodu počítány mezi práce veřejné. O původní judikatuře a dnešním právním stavu srovn. Jéze, Contrats, str. 48. — Srovn. též v R. D. P. 1925, str. 533.

c) práce děje se na účet veřejné správy, t. j. na účet státu, départementu, obce, kolonie nebo veřejného ústavu; nejde tedy o práce konané na účet ústavu obecně prospěšného<sup>3)</sup>,

d) práce musí mít za účel dosažení obecného prospěchu.

V Revue de droit public z roku 1921 (str. 361) hájí Jéze proti Conseil d'État (nález ze dne 20. června 1921 Commune de Monségur) názor, že k pojmu veřejné práce jest třeba, aby byla konána pro potřeby veřejné služby, že tedy nestačí, aby byla konána v zájmu kteréhokoli účelu veřejně prospěšného. Poukazuje na předchozí praxi, ve které byla tato zásada uznána. Ve věci Astruc, 7. duben 1916<sup>4)</sup>, praví Corneille: „Speciální theorie veřejné práce... jest odvozena z všeobecnější theorie veřejné služby. Smlouva o veřejné dílo jest tu tenkrát, je-li předmětem smlouvy zřízení budovy a to k účelům veřejné služby.“ Při důkladnějším rozboru těchto vývodů docházíme však k názoru, že již tu operuje Corneille pojmem „destination d'utilité publique“ a že považuje pojem veřejné služby v této spojitosti za adekvátní pojmu veřejné užitečnosti.

Jde o zásadu, jejíhož dosahu nebyl si snad ani Conseil d'État vědom při rozhodování.

Jestliže přijmeme stanovisko Jézeovo, že totiž je třeba k pojmu veřejné práce, aby bylo dílo konáno k účelům veřejné služby, pravíme tím v souhlase s jeho teorií: toliko zákonodárce určuje, kdy jde o veřejnou práci a tedy o použití speciálního správního režimu. Neboť správní činnost jest veřejnou službou jen tenkrát, uznal-li ji za takovou zákon. V rukou zákonodárce zůstává rozhodnutí, kdy určitý zjev životní má vyjít z běžného kruhu záležitostí obecným normám podléhajících a kdy má být podroben zvláštnímu režimu právnímu.

Přijmeme-li stanovisko, že za veřejnou práci jest pokládati každé dílo v zájmu veřejném, rozširujeme daleko doménu správního práva a odstraňujeme každou hranici jeho působnosti. Hauriou správně tvrdí, že správní právo, byť autonomní, jest režimem výjimečným v poměru k právu občanskému<sup>5)</sup>. Jest tedy třeba, aby jeho hranice byly přesně určeny. Kriterium Jézeovo znamená možnost vymezení, neznamená ji však pojem o b e c n é užitečnosti.

Platrier<sup>6)</sup> dobře líčí pružnost a kolísavost tohoto pojmu,

<sup>3)</sup> Jestliže tedy jednotlivec nebo spolek staví kostel, nejde o travail public. V nálezu ze dne 13. dubna 1880, aff. Mercier, praví Conseil d'État: „Considérant qu'il résulte de l'instruction que les travaux dont le paiement est réclamé à la commune de Provenchère ont été exécutés en vertu d'un marché passé entre l'abbé Benvoit et l'entrepreneur et auquel la commune et l'administration supérieure étaient restées étrangères.“

<sup>4)</sup> R. D. P., 1916, str. 374.

<sup>5)</sup> Droit adm., 44.

<sup>6)</sup> Les projets de Réforme et l'extension de la législation sur l'expropriation, Thèse, Paris 1913.

který je součástí názorů společenských. Parlamenty, které odhlasovaly zákony z roku 1833 a 1841, spojovaly s pojmem veřejné užitečnosti představu konstrukcí silnic a železnic. Zákon z 26. března 1852 má již na mysli zájmy veřejné hygieny; moderní doba řeší otázky elektrisace, telefonu i pouhého bydlení s hlediska veřejné užitečnosti.

Znamená tedy, že stavíme na velmi labilním základu, jestliže spojujeme platnost celého výseku právních norem s pojmem utilité publique, o němž je možno říci: „elle est relative de sa nature, elle marché avec les moeurs, elle suit le progrès des civilisation 7).“

A není pokrokem, tvrdí-li Hauriou v notě k nálezu Montségur: „La base du système administratif c'est la notion de puissance publique exercée dans un but d'utilité publique 8).“

V citovaném nálezu Montségur vyslovil Corneille názor, že se pojmy veřejné práce a veřejné služby nekryjí, že tedy nelze již proto, že kult není veřejnou službou, vylučovati udržování kostelů z pojmu veřejného díla. Pojem veřejné služby jest dle něho širší; praví:

„Est travail public, tout travail ayant une destination d'utilité générale, exécuté pour le compte d'une personne morale administrative 9).“ V daném případě šlo o zájem věřících, dle Corneillee jest to zájem obecně užitečný. Conseil d'État — na škodu věci — akceptoval tento názor a praví: „Considérant que la réclamation formé au nom du mineur Brousse contre la commune de M... était fondée sur ce que l'accident survenu au requérant dans l'église de ladite commune serait dû à un défaut d'entretien de l'église; qu'il n'est pas contesté que l'église appartient à la commune de Monségur..., qu'il suit de là que les travaux exécutés dans une église pour le compte d'une personne

7) Jeanneney, Rapport au Sénat sur le projet de réforme du décret-loi du 26 mars 1852.

8) Noel, l. c. str. 95 a násl., přesvědčivě dovozuje z judikatury, že Conseil d'État není si vědom rozdílu mezi pojmy service public a utilité publique a že je zaměňuje. Pokoušeje se o určení pojmu veřejné užitečnosti, který je základem celé jeho theorie, a zkoumaje praxi Conseil d'État, dochází Noel (l. c. 122) k velmi trapnému pro právníka resultátu: „La question de savoir s'il y a utilité publique ou simplement intérêt générale est d'ordre purement politique; elle est variable, elle évolue avec le temps.“ — Kam věc povede, patrně jest z nálezů z 20. dubna 1918 (commune Lautrec), v němž Conseil d'État příznal charakter veřejného díla pracem na venkovské cestě, ačkoli nebyla uznána veřejnou. Stačilo, že byla ve veřejném užívání (l. c. str. 149).

9) Jestliže zákonodárce výslovným aktem nařizuje použití režimu administrativního pro určité práce, které nemají znaků veřejného díla, je věc jiná: nejde o veřejné dílo, nýbrž o aplikaci určitého druhu norem (tak zákony z 21. června 1865 a z 9. září a 16. října 1919). — Srov. Jézé, Contrats, str. 160.

publique, dans un but d'utilité générale, conservent le caractère de travaux publics<sup>10)</sup> ...“

Je-li zjištěno, že jde o travail public, nastupuje régime administratif, nastupují v platnost předpisy, jimiž se řídí services publics. Nezáleží na tom, zda se provádí veřejná práce v režii nebo podnikatelem, s nimiž uzavírá veřejná správa le marché des travaux publics<sup>11)</sup>, nebo zda se udílí koncese: Veřejná správa, koncesionář a podnikatel, provádějící veřejnou práci, ocitají se pod panstvím zvláštního výseku norem, speciálních ustanovení o právech a povinnostech, zvláště pokud jde o expropriaci, zatímní okupaci terénu, způsobení škody a zájemníky<sup>12)</sup>. Platí tu theorie de l'imprévision, o které bude dále řeč. Změna v cenách výrobních látek jest tedy risikem obchodu, které nese podnikatel. —

Kolisání jurisprudence nazývá Jéze<sup>13)</sup> absurdním a žádá, aby z pojmu veřejné práce vyloučeno bylo vše, co se nepřipíná k chodu veřejné služby. Není pochyby o tom, že by tak jurisprudence k ustálení pojmů podstatně přispěla.

### b) Marchés de fournitures.

Laferrière je definuje jako „smlouvy uzavřené k účelům veřejné služby“<sup>1)</sup>. Jsou smlouvami o dodávkách věcí movitých. Spory náležejí v kompetenci administrativní, platí o nich souhrn výjimečných pravidel, jimž podléhají travaux publics, jejich splnění jest chráněno zvláštní sankcí zv. marché par défaut (nevyhoví-li dodavatel své povinnosti, může veřejná správa na jeho útraty a nebezpečí svěřiti dodávku jinému), veřejná správa může kdykoli zrušiti smlouvu, nemá-li již dodávky zapotřebí<sup>2)</sup> a doda-

<sup>10)</sup> R. D. P. 1921, str. 376. — Představme si aplikaci tohoto principu u nás po nálezech správního soudu o obecních kostelích propůjčených katolickému ritu!

<sup>11)</sup> Marché de travaux publics se dělí na: a) marché a forfait, s pevným určením ceny; b) marché sur série de prix, kde jsou určeny ceny za metrické jednotky; c) marché à l'unité de mesure, kde jsou určeny jak ceny za metrické jednotky, tak jejich kvantita.

<sup>12)</sup> Srovn. Nézar d. l. c. 273. Hauriou, l. c. 752. — O sporech rozhoduje Conseil de préfecture dle čl. 4 zákona z 28 pluviôse an VIII. — Srovn. Dalloz, l. c. str. 18.

<sup>13)</sup> Les contrats, 42.

<sup>1)</sup> Srovn. Traité, I, 169, kde se definují jako „contrats passés pour la gestion des services publics“. — Tamže srovn. jejich historii. — Moreau (Droit adm., str. 786) mluví o smlouvě, kterou si administrativní osoba opatřuje movité předměty nebo služby. — Srovn. dekret z 18. listopadu 1882 (Dalloz, Code, str. 273) s pozdějšími změnami, tamže viz četnější další ustanovení.

<sup>2)</sup> Dodavateli přísluší náhrada nákladů i ušlého zisku. — Francouzská theorie rozeznává: prozatímní likvidaci smlouvy prováděnou úředníkem a definitivní likvidaci prováděnou ministrem. Do jeho rozhodnutí přísluší recours contentieux. — Srovn. Hauriou, l. c. str. 794.

vatel podléhá dekretům ze dne 10. srpna 1899 a ze dne 13. července 1923, reglementujícím pracovní podmínky zaměstnaného jim dělnictva. Velmi spornou jest však otázka rozsahu tohoto pojmu.

Toliko o smlouvách uzavíraných státem jest možno říci, nepochybně, že jde o smlouvy podléhající zvláštnímu režimu, tedy o *marchés de fournitures*. Moreau <sup>3)</sup> a Hauriou <sup>4)</sup> vidí v nich „*contrats administratifs*“, jimiž proniká účel veřejné moci; Berthelémy <sup>5)</sup> vysvětluje je potřebou rychlé a pružné jurisdikce. Kdežto však starší škola hledí na ně jako na výjimku z *droit commun*, nová škola pokládá je za samozřejmou součást administrativního režimu, pokud ovšem provádí se jimi úkoly veřejné služby. Bonnard <sup>6)</sup> praví: „*Les marchés de fournitures sont des contrats qui sont soumis a régime spécial, a raison précisément de ce que les meubles dont ils sont l'objet sont destinés aux services publiques. Les dérogations au droit commun portent sur la manière dont le contrat est conclu et sur la compétence en cas de litige.*“

Jestliže vycházíme z theorie veřejné služby jako rozhodného kriteria, pak ovšem nemůžeme prostě eliminovati z pojmu *marché de fournitures* smlouvy départementu a obcí. Conseil d'État, jehož judikatura v tomto směru nebude — tuším — znamenati nejkrásnější stránku jeho pravotvorné činnosti, přiklonil se nejprve v nálezu Théron <sup>7)</sup> k zásadě, že účel smlouvy — zajištění veřejné služby — jest podstatným znakem smlouvy dodávací, a že tedy i obce a départementy mohou ji uzavřítí.

Oproti tomu v nálezu ze dne 31. července 1912 Société des granits, ville de Lille <sup>8)</sup>, zaujal stanovisko zcela opačné, odmítl svoji příslušnost ve sporu o dodávce dlažby pro město Lille, prohlásiv, že jde o smlouvu o dodávkách, které se mají provéstí „*selon des régles et conditions des contrats intervenus entre particuliers.*“

V nálezu ze dne 6. května 1921 (Compagnie P.-L.-M.) <sup>9)</sup> odmítl Conseil d'État rovněž svoji příslušnost prohlásiv, že příslušnými jsou soudy při rozepřích ze smlouvy, dle níž stát uzavře se železnicí dopravní úmluvu za obvyklých podmínek. Vývody Corneilleovy postrádají důslednosti, osvětlují však stanovisko juris-

<sup>3)</sup> L. c. 784: „*Les marchés passés par l'État.... sont considérés comme des contrats de droit public; la puissance publique y est évidemment intéressée.*“

<sup>4)</sup> L. c. 793: „*Ces marchés ont un caractère décidé d'opération de puissance publique.*“

<sup>5)</sup> L. c. 525.

<sup>6)</sup> L. c. str. 230.

<sup>7)</sup> Srovn. Revue du droit public, 1910, str. 253. — Duguit, Droit const., III, 39.

<sup>8)</sup> Srovn. Revue du droit public, 1910, str. 150.

<sup>9)</sup> R. D. P. 1921, str. 510.

prudence. Dle nich nestačí, aby byla smlouva uzavřena k účelům veřejné služby, jest třeba ještě, jak již bylo vpředu prokázáno, dalšího formálního znaku, totiž typické formy administrativního kontraktu. Sem náleží zejména stanovení tak zv. cahier de charges, tarif maxima, úmluv finančních atd. Není-li těchto znaků a má-li smlouva formu kontraktu obecného práva (en passant un contrat de droit commune, d'un type déterminé par le Code civile ou le Code de commerce ou en effectuant une opération courante que les particuliers font journellement), dále v případě tom, že užívá veřejná administrativa koncesovaného díla jako kterýkoli soukromník, jde o smlouvu, „dont la connaissance n'appartient qu'au juge de ce contrat“<sup>10)</sup>.

V tom smyslu rozhoduje Conseil d'État v nálezech: Société Générale d'Armement, 23. prosince 1921<sup>11)</sup>, Lassus, 22. prosince 1922<sup>12)</sup>, Compagnie Hellenic Transport Steamship Compagny, 7. březen 1923<sup>13)</sup>. Stále pevněji proniká touto judikaturou zásada, že o marché de fournitures lze mluvití toliko tenkrát, jestliže jsou ve smlouvě klausule vybočující z mezí práva obecného, které „vtiskují smlouvě povahu smlouvy administrativní“.

Réglade v pojednání „Marchés de fournitures“<sup>14)</sup> snaží se usmířiti Conseil d'État a Tribunal de conflits. Contrat administratif je tu dle něho vždy v tom případě, jestliže se smlouvou přímo a bezprostředně realizuje úkon veřejné služby, jestliže stát, obec, département určuje předmět dodávací smlouvy přímo veřejné službě. Získávají-li předmět ten nejprve pro svůj majetek (domaine privé), jde o obyčejnou smlouvu, gestion privée; k ní jako druhý akt povahy veřejnoprávní přistupuje určení věci veřejné službě.

Podle mého názoru jde sice o theorii velmi důmyslnou, která však není ve shodě s judikaturou státní rady přes veškerý argumenty Régladeovy.

V nálezu ze dne 23. května 1924, Société des affréteurs réunis<sup>15)</sup>, hájí Conseil d'État dále zásadu, že k založení administrativní kompetence (ovšem par la nature, na rozdíl od založení kompetence speciálním zákonem) nestačí zjištění, že jde o službu veřejnou, nýbrž jest třeba, aby tato služba fungovala dle speciálních pravidel odlišných od pravidel, jimiž se řídí obdobné pod-

<sup>10)</sup> Jéze, ibidem, snaží se zeslabiti tyto vývody poukazem na čl. 22 zákona z 15. července 1845. Myslím, že bez úspěchu; právě se zřetelem k tomu, že Conseil d'État řešil otázku na základě všeobecného stanoviska, nepřihlédl k speciálnímu zákonnému ustanovení. — Srovn. též Réglade, R. D. P. 1924, str. 202.

<sup>11)</sup> Srovn. R. D. P. 1922, str. 77.

<sup>12)</sup> R. D. P. 1922, str. 427.

<sup>13)</sup> Ibidem, str. 431, tamže Tribunal des Conflits, 7. listopadu 1922, Manon, kde se klade důraz na účel smlouvy.

<sup>14)</sup> R. D. P. 1924, str. 191 a násl.

<sup>15)</sup> R. D. P. 1924, str. 385.

niky řízené soukromníky. Komisař Rivet, liče dosavadní cesty judikatury, konstatuje opět: „Vous n'avez consenti à cette réduction de vos attributions que par ce qu'elle vous semblait imposée par une conception plus exacte des exigences du principe de la séparation des pouvoirs, que parce que la présence dans un contrat de clauses exorbitantes du droit commun vous semblait la seule justification véritable de votre intervention<sup>16)</sup>.“

Na základě judikatury Conseil d'État můžeme tedy říci, že jde o marché de fournitures tenkrátě:

1. je-li smlouva uzavřena veřejnou správou,

2. má-li zvláštní náležitosti formální odlišující ji od smluv uzavíraných dle zákoníku občanského nebo obchodního<sup>17)</sup>.

A ni tu nelze tedy mluvit o plném vítězství theorie veřejné služby<sup>18)</sup>. Tak zákon z 21. srpna 1923 mluví výslovně o dopravě jako o veřejné službě; tento materiální moment nestačí však k tomu, aby se na př. smlouva dopravní mezi obcí a povozníkem vymkla z panství civilního práva. M o n s a r r a t<sup>19)</sup> vylučuje tyto smlouvy zásadně ze správní kognice.

### e) Les services publics concédés.

„Koncesí rozumí se zvláštní způsob vedení veřejné služby, který spočívá v tom, že soukromník — koncesionář — se zavazuje vůči veřejné správě ke zřízení a vykonávání veřejného zařízení po omezenou dobu; koncesionář nese útraty řízení a konání veřejné správy, jsa odměňován poplatky vybíranými od uživatelů<sup>1)</sup>“. Mohou býti services publics v plném rozsahu předmětem koncese? Theorie odpovídá negativně<sup>2)</sup> a vylučuje ony úkony veřejné správy, které spočívají na myšlence veřejné moci, které jsou spojeny s imperiem. Jestliže jde tedy na př. o službu, kterou vykonává polní hlídač (garde champêtre) ve smyslu článku 102. zákona z 5. dubna 1884<sup>3)</sup>, nelze ji přenést na konce-

<sup>16)</sup> Srovn. text nálezu z 23. prosince 1925, Société générale d'armement.

<sup>17)</sup> V tom smyslu Hauriou, Droit adm. str. 791, jinak Berthélemy, Droit adm. str. 525.

<sup>18)</sup> Pod pojem dodávací smlouvy jest možno zařaditi smlouvu dopravní. I tu jest třeba — má-li býti kvalifikována jako contrat administratif —, aby byla uzavřena veřejnou správou, a aby vykazovala zvláštní náležitosti formální. — Srovn. C. d'État, 19, VI, 1918, Société des voiliers français, Rec. p. 597.

<sup>19)</sup> L. c. str. 300.

<sup>1)</sup> Bonnard, Droit public, 1925, str. 257.

<sup>2)</sup> Jinak ovšem Jéze, Contrats, str. 49; jde o důsledek jeho theorie. — Mezi tiskem vyšel článek Jézeův „La concession de service public. R. D. P. 1925, str. 529. — Nepokládám jeho důvody za přesvědčivé.

<sup>3)</sup> Dle tohoto článku musí míti každá obec polního hlídače. Je vzat do přísahy. Stíhá veškerá přestoupení o polní policii.

sionáře : jde o službu veřejnou, která je součástí obecní policie a jejíž výkon má se díti orgánem jmenovaným starostou a schvalovaným státní správou. Další mez dána je veřejné správě samotným pojmem veřejné služby. Jen to, co je předmětem veřejné služby a náleží tedy v kompetenci veřejné správy, může býti předmětem koncese. Může tedy uzavíratí obec koncesní smlouvu o zřízení vodovodu, osvětlení, dopravní službě, odmítá se jí však právo uzavíratí smlouvu koncesní o zřízení, resp. využití obecního pekařství, uzenářství, farmacie, atd. <sup>4)</sup>). Toliko tenkrát, jestliže by obec svým počinem nezasahovala do svobody obchodu a živností, zvláště že by toliko vyplnila mezeru, kterou zůstavila veřejná podnikavost, nebyl by její počín proti zákonu <sup>5)</sup>).

Poslední jurisprudence prohlásila nesporně koncesi veřejné služby za **administrativní smlouvu**.

Ale i ohledně této smlouvy platí čl. 1134. Code civil, dle něhož „la convention fait la loi des parties“. Dle vládnoucí theorie jest však třeba rozeznávati v koncesi dva elementy. V první řadě jest tu všeobecný předpis, organisující výkon veřejné služby; jest to cahier de charges, předpis rázu neosobního a povšechného <sup>6)</sup>). Jest to vlastně nařízení vydané veřejnou správou, kterým se autoritativně v zájmu veřejném stanoví podmínky výkonu veřejné služby. Tak při koncesi pohřebního ústavu počíná smlouva ustanovením : „L'adjudicataire devra pourvoir à l'exécution du service extérieur des pompes funèbres, tel qu'il est défini par l'article 2 de la loi du 28. décembre 1904 <sup>7)</sup>), conformément aux demandes des familles et dans les conditions déterminées tant par les règlements et tarifs concernant ledit service que par le présent cahier de charges.“ — Tedy všeobecné předpisy a nařízení v zájmu veřejném ! Vedle této první části koncese jest tu však individuální ujednání o vzájemných závazcích, které má povahu smlouvy ve smyslu čl. 1134. obč. zák. <sup>8)</sup>), t. j. shody dvou vůlí, z níž plynou subjektivní práva a povinnosti. Lišení toto jest prakticky velmi důležitó. Poněvadž první část týká se výkonu veřejné služby a jest předpisem vše-

<sup>4)</sup> Obec nesmí ani subvencovati taková zařízení, poněvadž subvence pokládá se za součást všeobecného ustanovení koncesní smlouvy.

<sup>5)</sup> Monsarrat, Contrat et concessions, str. 230. — Již Romieu v Rev. gen. d'adm. 1901, II, 36, dovozuje, že „un corp local ne peut modifier les conditions générales du régime économique“.

<sup>6)</sup> Srovn. Noël, l. c. 49, Jéze, Droit adm. 1925, str. 61, Monsarrat, l. c. 238.

<sup>7)</sup> Tamže se ustanovuje : „Le service extérieur des pompes funèbres . . . appartient aux communes, à titre de service public. Celles ci peuvent assurer ce service soit directement, soit par entreprise, en se conformant aux lois et règlements sur les marchés de gré à gré et adjudications en matière de travaux publics.“

<sup>8)</sup> Srovn. Nézard, Droit publ. 51.



obecným, neosobním, může býti kdykoli měněna zásahem veřejné správy. V tom smyslu praví Jéze<sup>9)</sup>:

„Právní situace všeobecná, neosobní, daná zákonem nebo nařízením, může býti zásadně modifikována zákonem, nařízením<sup>10)</sup>.“ Souhlasně praví R o m i e u: „Veřejná moc může sáhnouti kdykoli — vykonávajíc právo dané jí zákonem — k opatřením nařizovacím a fiskálním, která pokládá za nutná se zřetelem k svěřené jí ochraně kolektivních zájmů<sup>11)</sup>.“ Názor ten došel potvrzení v judikatuře<sup>12)</sup>.

Události válečné vedly k vybudování tak zv. *théorie de l'imprévision*, kterou lze charakterisovati takto dle judikatury: Nepředvídané události, které ztěžují koncesionáři plnění kontraktu, nezbavují jej povinnosti k jeho výkonu. Z povahy veřejné služby, která byla koncedována, plyne, že podnikatel musí pokračovati v nepřerušném výkonu služby a že zvýšení cen prvotních látek, nedostatek sil dělnických atd. jej od povinnosti k výkonu neosvobozují (srovn. na př. nále z 30. dubna 1920, *Compagnie Générale d'Éclairage contre la ville de Bayonne*). Jestliže však nastane situace „*extra — contractuelle*“, t. j. abnormální a nepředvídatelné zvýšení výloh provozu, kterým se porušuje propovnaná finanční rovnováha, přisuzuje se koncesionáři částečná náhrada<sup>13)</sup>.

Stěžejní otázkou jest: kterou část smlouvy koncesní jest pokládati za část všeobecnou — *la loi du service* —, kterou za část smluvní. — Duguit<sup>14)</sup> pokládá za první ony klausule, které platí i pro veřejnou službu, vykonávanou orgány veřejnými (počet a rychlost vlaků, tarify, předpisy bezpečnostní, úprava mzdy). Klausule smluvní jsou ony podmínky, s nimiž se nesetkáváme, jde-li o výkon veřejné služby přímo státem, obcí, *départementem* (*garancie určitého výtěžku, subvence atd.*).

Judikatura není zcela jasná, jak patrnó z nálezu ze dne 30. března 1916 (*Compagnie Générale de Bordeaux contre ville de Bordeaux*)<sup>15)</sup>.

Nechtěje upustiti od rigorosního výkladu pojmu veřejné služby jako zařízení trvalého a bez přerušení fungujícího — a na

<sup>9)</sup> Droit adm. 14.

<sup>10)</sup> Laferrière v prvném vydání *Traité* (II. díl, str. 116) dává nepřímo návod k tomuto rozlišení. Mluví o podmínkách koncesí, praví: „*Ces conditions ne sont pourtant abandonnées dans chaque contrat particulier à l'appréciation de l'administration. Elles sont fixées par des cahiers des clauses et conditions générales, qui ont un caractère à la fois contractuel et réglementaire.*“

<sup>11)</sup> Rec. Leb. p. 905, p. 1019. — Berthélémy, Droit adm. 632, pozn. 2.

<sup>12)</sup> Sirey, 1911, 3, 1, pozn. Hauriou.

<sup>13)</sup> Srovn. Lapeyre, *De l'imprévision dans les marchés*, Paris, Dalloz, 1923, kde je uvedena bohatá judikatura.

<sup>14)</sup> *Traité*, I, str. 314.

<sup>15)</sup> Lapeyre, *ibidem* 88 a násl.

povaze veřejné služby koncesí ničeho se nemění — utíká se C. d. É. k pojmu ekvity a snaží se udržeti „rovnováhu mezi výhodami a břemeny koncesionáře (Blum, Compagnie générale française des tramways, C. d. E., 11. března 1910, Rec. p. 218)“. Conseil d'État měl pro své judikování precedenci v nálezu ze dne 20. dubna 1877 (Wittersheim), v němž šlo o tuto věc: Wittersheim cestou řádného zadání převzal vydávání oficiálního žurnálu. Jeho rozsah byl tehdy nepatrný. Po roce 1870 rozkvetla však zákonodárná práce tak utěšeně, že rozsah listu musil býti proti všemu očekávání zvětšen. Ke stížnosti přiznal mu C. d. É. nárok na náhradu, „poněvadž jest mu nésti náklady, kterých nemohl předvídati při uzavírání smlouvy“. Dle tohoto vzoru dochází k nálezu C. d'État ze dne 30. března 1916 — v důsledku poměrů válečných, zdražení výrobních hmot a rozvrácení hospodářských poměrů —, v němž se vyslovují tyto zásady:

1. zvýšení cen výrobních látek (v daném případě zvýšení cen uhlí k výrobě plynu k osvětlování) jest risikem smlouvy, které nese podnikatel;

2. jestliže však nemohlo býti toto riziko předvídáno při uzavírání smlouvy, jde o poměry mimo kontrakt;

3. poněvadž ekonomie smlouvy jest takto rozvrácena, přiznává se z důvodů ekvity podnikateli nárok na náhradu části zvýšeného nákladu;

4. nenastává tedy „prostá a jednoduchá aplikace koncesní listiny“<sup>16)</sup>.

<sup>16)</sup> Nález z 30. března 1916 (Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux contre ville de Bordeaux) má toto odůvodnění:

„Le Conseil d'État statuant au Contentieux:

Considérant qu'en principe, le contrat de Concession règle d'une façon définitive, jusqu'à son expiration, les obligations respectives du concessionnaire et du concédant; que le concessionnaire est tenu d'exécuter le service prévu dans les conditions précisées au traité et se trouve rémunéré par la perception sur les usagers des taxes qui y sont stipulées; que la variation des prix des matières premières, à raison des circonstances économiques, constitue un aléa du marché qui peut, suivant le cas, être favorable ou défavorable au concessionnaire et demeure à ses risques et périls, chaque partie étant réputée avoir tenu compte de cet aléa dans les calculs et prévisions qu'elle a faits avant de s'engager;

Mais considérant que, par suite de l'occupation par l'ennemi de la plus grande partie des régions productrices de charbon dans l'Europe continentale, de la difficulté de plus en plus considérable des transports par mer à raison, tant de la réquisition des navires que du caractère et de la durée de la guerre maritime. la hausse survenue au cours de la guerre actuelle, dans le prix du charbon qui est la matière première de la fabrication du gaz, s'est trouvée atteindre une proportion telle que non seulement elle a un caractère exceptionnel dans le sens habituellement donné à ce terme, mais qu'elle entraîne dans le coût de la fabrication du gaz une augmentation qui, dans une mesure déjouant tous les calculs, dépasse certainement les limites extrêmes des majorations

Zdůrazniti jest, že ustanovení koncesní listiny o poplatcích náleží do části všeobecné, že jest tedy tarif „un acte réglementaire“, že jest součástí organizace veřejné služby. Nemá proto povahy smluvní a může býti kdykoli změněn nařízením veřejné správy.

Povaha veřejné služby, která jest předmětem koncese, projevuje se dále v těchto směrech :

1. ačkoli zaměstnanci koncesionářovi jsou k němu v poměru soukromoprávním, modifikuje se jejich poměr povinností konce-

ayant pu être envisagées par les parties lors de la passation du contrat de concession; que, par suite du concours des circonstances ci-dessus indiquées, l'économie du contrat se trouve absolument bouleversée; que la Compagnie est donc fondée à soutenir qu'elle ne peut être tenue d'assurer, aux seules conditions prévues à l'origine, le fonctionnement du service tant que durera la situation anormale ci-dessus rappelée ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède, que si c'est à tort que la Compagnie prétend ne pouvoir être tenue de supporter aucune augmentation du prix du charbon au delà de 28 francs la tonne, ce chiffre ayant, d'après elle, été envisagé comme correspondant au prix maximum du gaz prévu au marché, il serait tout à fait excessif d'admettre qu'il y a lieu à l'application pure et simple du Cahier des charges, comme si l'on se trouvait en présence d'un aléa ordinaire de l'entreprise; qu'il importe, au contraire, de rechercher pour mettre fin à des difficultés temporaires, une solution qui tienne compte tout à la fois de l'intérêt général, lequel exige la continuation du service par la Compagnie à l'aide de tous ses moyens de production, et des conditions spéciales qui ne permettent pas au contrat de recevoir son application normale; qu'à cet effet, il convient de décider, d'une part, que la Compagnie est tenue d'assurer le service concédé et, d'autre part, qu'elle doit supporter, seulement au cours de cette période transitoire, la part des conséquences onéreuses de la situation de force majeure ci-dessus rappelée que l'interprétation raisonnable du contrat permet de laisser à sa charge; qu'il a lieu en conséquence, en annulant l'arrêté attaqué, de renvoyer les parties devant le Conseil de Préfecture auquel il appartiendra, si elles ne parviennent pas à se mettre d'accord sur les conditions spéciales dans lesquelles la Compagnie pourra continuer le service, de déterminer, en tenant compte de tous les faits de la cause, le montant de l'indemnité à laquelle la Compagnie a droit à raison des circonstances extracontractuelles dans lesquelles elle aura dû assurer le service pendant la période envisagée ;

Décide :

Article 1. — L'arrêté susvisé du Conseil de Préfecture de la Gironde, en date du 30 juillet 1915, est annulé.

Article 2. — La Compagnie générale d'Éclairage de Bordeaux et la Ville de Bordeaux sont renvoyées devant le Conseil de Préfecture pour être procédé, si elles ne s'entendent pas amiablement sur les conditions spéciales auxquelles la Compagnie continuera son service, à la fixation de l'indemnité à laquelle la Compagnie a droit à raison des circonstances extracontractuelles dans lesquelles elle aura dû assurer le service concédé.

Article 3. — La Ville de Bordeaux est condamnée à tous les dépens de première instance et d'appel. — Právem vytýká Duguit (Traité I, 315), že „formule použité vysokým tribunálem jsou temné a obojaké.“

sionáře k nepřetržitému výkonu služby; nemají tedy práva na stávkou;

2. jednotlivci nezůstávají bez ochrany vůči koncesionáři; jestliže tedy nekoná koncesionář své povinnosti obsažené ve speciální reglementaci, přiznává se jim právo, žádati státní úřad, aby jej přidržel k plnění podmínek, obsažených v Cahier de charges. Do jeho rozhodnutí přísluší jim právo rekursu<sup>17)</sup>.

Všeobecně je tedy možno říci, že povaha veřejné služby vtiskla skutečně koncesní smlouvě ráz úmluvy uzavřené v zájmu veřejném. Zásada veřejného interestu neselhává ani tenkrát, když se objeví poměry zcela mimořádné a nepředvídatelné. I tenkrát, když veřejná správa na základě zákonného zmocnění uzavře smlouvu koncesní à titre exclusif, t. j. smlouvu, dle níž zadává výhradně provoz koncesionáři a zabezpečuje jej proti konkurenci, vítězí zájem veřejný potud, že může veřejná správa donucovati koncesionáře k provádění technického pokroku. Tak obce jsou dle článku 115. ob. zřízení oprávněny — s vyšším schválením — udělovati koncese velkých zařízení obecních. Jestliže však společnost osvětlující plynem nechce zavést elektrického osvětlení, může ji obec donucovati a uděliti koncesi jinému, nevyhoví-li společnost do určité lhůty!!! Rozhoduje tedy při provozu podniku plně zájem veřejné služby.

Oproti tomu při zániku koncese proniká spíše ráz kontraktu. Uplynutím smluvené doby končí práva i povinnosti koncesionáře. Končí rozvázáním smlouvy (Quae jure contrahuntur, contrario jure pereunt), nedostatkem plnění na straně koncesionáře (nezapočal s plněním nebo porušil hrubě své závazky; v druhém případě dává se mu lhůta), vykoupením koncese<sup>18)</sup>.

#### d) Další contrats administratifs.

1. Smlouva o zápůjčce státu jest smlouvou správní a vztahy mezi státem a věřitelem řídí se právem veřejným<sup>1)</sup>. Naproti tomu zápůjčky obcí a départementů pokládají se za smlouvy soukromoprávní. Jako v našem právu i v právu francouzském bude tedy lišiti smlouvu od prohlášení stran. Je-li stranou obec nebo département, má prohlášení strany (usnesení obecního zastupitelstva nebo generální rady) povahu správního aktu, který lze naříkati cestou správní.

2. Smlouva o konkurenčním příspěvku (offre

<sup>17)</sup> Syndicat Croix de Seguey-Tivoli, C. d. E., 21. XII. 1906, Recueil, p. 961.

<sup>18)</sup> Srovn. Berthélémy, Droit adm., 635; podrobnosti Jéze, Contrats, v příslušné partii.

<sup>1)</sup> Srovn. Jéze, l. c. str. 110; jak jest patrno z vývodů na str. 118, selhával i tu pojem veřejné služby.

de concours), kterou se jednotlivec zavazuje ke spolupráci s veřejnou správou. Jéze snaží se rozšířiti tento pojem na každou nabídku účasti na útratách zřízení nebo reorganizace veřejné služby, ať již se činí tato nabídka bez nároků nebo s podmínkou, že zařízení bude fungovati určitým způsobem. Proti němu theorie (Laferrière, Hauriou) i praxe, které omezují tento pojem jen na ony případy, kdy jde o spolupůsobení při veřejné práci v technickém smyslu<sup>2)</sup>.

3. Za určitých okolností smlouvy služební oněch zaměstnanců, kteří spolupracují ve službě veřejné<sup>3)</sup>.

### 3. Veřejní zřízení.

Francouzská theorie odmítá nyní jednomyslně názor, dle něhož spočívá poměr veřejného zřizence ve smlouvě<sup>1)</sup>; překonavši dělení na actes d'autorité et de gestion nepřijímá též rozlišení veřejných zřizenců na fonctionnaires d'autorité et de gestion<sup>2)</sup>, ač ovšem nevystačuje plně s pojmem veřejné služby. Veřejní zřízení v technickém slova smyslu jsou jmenování. Jmenováním jako veřejnoprávním aktem jsou zařazeni „v pravidelné kádry veřejné správy“; jejich postavení jest situací všeobecnou, neosobní, spočívající ve všeobecné normě zákona nebo nařízení (Jéze<sup>3)</sup>, Hauriou<sup>4)</sup>, Duguit<sup>5)</sup>, Bonnard<sup>6)</sup>, Nézard<sup>7)</sup>). Tato situace může doznati kdykoli změny zásahem moci veřejné dle ústavy oprávněné, zvláště vydáním zákona nebo nařízení. Stojí tedy moderní theorie na zcela opačném pólu, než na kterém stála theorie smluvní. Jestliže jest podán recours pour excès de pouvoir proti jmenování, odvolání nebo pensionování veřejného zřizence, vydané rozhodnutí působí erga omnes, nedává vzniknouti subjektivním právům, nevyrovnává vzájemného poměru mezi stěžovatelem a funkcionářem, nýbrž zavádí stav, odpovídající zákonu. „Zřizenec, jehož jmenování bylo anulováno, má takové postavení, jako by nebyl vůbec nikdy zřizencem jmenován!“<sup>8)</sup>.

<sup>2)</sup> L. c. 162.

<sup>3)</sup> Tamže srovn. další výpočet t. zv. smluv administrativních. Na str. 197 a násl. vypočteny jsou soukromoprávní smlouvy, které jsou přikázány zvláštním zákonem správní kognicí.

<sup>1)</sup> Srovn. o tom Hauriou, Droit adm., str. 572 a násl.

<sup>2)</sup> Obhájece Berthélémy, Traité, str. 58. — Proti němu Duguit, Traité, III. díl, str. 10.

<sup>3)</sup> Principes, str. 14, tedy úplně odlišně od pojmů anglických (civil service, servants of the Crown).

<sup>4)</sup> Droit adm., str. 572.

<sup>5)</sup> Srovn. zvláště Traité, II, str. 380.

<sup>6)</sup> Droit public, str. 200.

<sup>7)</sup> Droit public, str. 119.

<sup>8)</sup> Duguit, l. c.

Personál, kterého používá veřejná správa, není však stejnorodý. Jéze<sup>9)</sup> rozděluje jej na tři skupiny, vycházejí z povahy aktu o ustanovení. Rozeznává :

1. Veřejné zřízení v technickém slova smyslu, ustanovené jmenováním a pověřené „opravdovým mandátem veřejné funkce“<sup>10)</sup>.

2. Zaměstnance, kteří — nejsou veřejnými zřizenci v uvedeném smyslu — pracují trvale ve výkonu moci veřejné. Základem jejich právního postavení jest *contrat administratif*, jejich situace jest smluvní.

Jde ovšem o lišení velmi nesnadné. Narážíme zde na veškerý obtíže, které jsme překonávali při určení pojmu veřejné služby. Které činnosti jest sem zahrnouti? Jak odlišiti smluvní element t. zv. *administrativní smlouvy* od elementu všeobecného nařízením změnitelného, kterého přec jen nelze postrádati? A co počítí s *judikaturou*, která na př. v nálezu *Lafrégeyre* ředitele podniku (drah) zařazuje mezi veřejné zřízení a podřízený personál do kategorie zaměstnanců, opírajících se o obyčejnou smlouvu? Je *theoreticky* důsledným stanovisko praxe, která personál, zaměstnaný *koncesionářem* veřejného zařízení, ač toto koncesi neztrácí povahu veřejné služby, zařazuje mezi soukromé zaměstnance?

3. Zaměstnance v poměru soukromoprávním, kteří spolupracují ve výkonu veřejné služby toliko náhodně.

Ani *Conseil d'État*, ani Jéze nepřijali důsledné stanovisko, které hájí *Duguit*<sup>11)</sup> a jež lze precísovatí takto: Pojem veřejného zaměstnance jest úzce spojen s pojmem veřejné služby; kdo obstarává pravidelně a trvale veřejnou službu — ať jest centralisována, decentralisována nebo prováděna *koncesionářem* — jest veřejným zaměstnancem<sup>12)</sup>. — *C. d'État* zkoumá hlouběji povahu funkce — patrně pod vlivem starších teorií a obavou před praktickými důsledky — a rovněž Jéze nespolehá na použití jediného kriteriá veřejné služby. Můžeme tedy říci, že pro stanovení pojmu veřejného zřízení nepostačuje pojem veřejné služby, resp. spolupráce ve službě veřejné a že jak *theorie*, tak *praxe* žádá tu zvláštní kvalifikaci výkonu, kterým je veřejný

<sup>9)</sup> *Contrats*, str. 125.

<sup>10)</sup> *Rivet* v nálezu *Lafrégeyre*, R. D. P. 1923, str. 237.

<sup>11)</sup> *Traité*, III, str. 7. — Srovn. *Nézar*, l. c. str. 118: „Cependant, sous la réserve fait, nous pouvons au point de vue administratif, considérer, avec la jurisprudence du Conseil d'État, comme fonctionnaire tout citoyen qui en qualité de délégué de l'autorité publique, d'employé, d'agent ou de sous-agent occupe dans un service public un emploi permanent.“

<sup>12)</sup> Srovn. *Laferrière*, *Traité*, II, 176 a násl. Předchozí vývoj, zvláště nálezu *Pelletier*, viz u *Matějky*, *Povinnost státu*, *Věstník min. vnitra*, IV, str. 489 a násl., dále *Laferrière*, *Traité*, I. vyd., I. díl, str. 592.

zaměstnanec pověřen. V souvislosti jest se zmíniti o zodpovědnosti veřejných zřízenců při výkonu funkce.

Nauka vychází z pojmů *faute personnelle* a *faute de service*, jejichž otcem je Laferrière. V oddílu „*Les actes de gestion faits en vue des services publics*“ čteme: „Pokud jde o veřejné služby, pro něž neplatí zvláštní ustanovení o zodpovědnosti, uznává jurisprudence du Conseil d'État, inspirována jsou všeobecnými právními principy, že stát může býti činěn zodpovědným za chyby svých zřízenců, aniž by ovšem bylo možno doslova aplikovati čl. 1384. du Code civil.“ A nyní praví: „*Elle (scil. la jurisprudence) distingue entre les fautes de service et les fautes personnelles. Les premières résultent d'un service mal fait, d'un ordre mal donné, mal compris, imprudemment exécuté, mais n'ayant cependant en vue que le fonctionnement du service, les secondes consistent dans des délits, des malversations, des fautes lourdes ou apparaissent les passions personnelles de l'agent plutôt que les difficultés et les risques de la fonction.*“

Tyto *fautes de service* pokládají se za chyby státu a toliko při nich nastává jeho zodpovědnost, jako důsledek nedostatečné organisace veřejné služby. — Výklad Laferrièreův byl přízniv širokému výkladu pojmu „zavinění veřejné služby“<sup>13)</sup>, které bylo rozšířeno na veškeré případy opomenutí péče. Tento výklad se inspiroval myšlenkou sociálního zajištění proti riziku plynoucímu z veřejné správy (*l'idée d'assurance sociale contre le risque administratif*)<sup>14)</sup>. Duguit odírá však stále příznati nárok proti státu ve všech případech osobní viny zřízence; nárok jest tu dle něho toliko tenkrát, je-li tu toliko *faute de service* nebo *faute de service* i *faute personnelle* (*la coexistence*), není tu však zodpovědnosti státu, jestliže vadný akt jest zcela oddělen od veřejné služby, jestliže se tedy veřejný zřízenec postavil svým činem mimo organisaci veřejné služby<sup>15)</sup>. (Srovn. jest zvláště nález ze dne 26. července 1918 — Lemonnier<sup>16)</sup> —, kde zavinění starostovo má ráz i zavinění osobního i zavinění veřejné služby.) Důsledkem uznané koexisten-

<sup>13)</sup> Duguit, *La question de la coexistence des responsabilités*. R. D. P. 1923, str. 26. — Týž, *Traité*, III, str. 26.

<sup>14)</sup> *Ibidem*, str. 33.

<sup>15)</sup> Récueil 1918, str. 773. Podstata nálezu jest tato: Osoba byla poraněna při střelbě, konané u příležitosti slavnosti v Roquecourbe. Odvolací soud uznal osobní zodpovědnost starostovu a odsoudil jej k náhradě. Žalobu, podanou proti obci, uznal C. d. É. za přípustnou, poněvadž okolnost, že jest úraz důsledkem chyby veřejného zřízence, a to chyby osobní, nezbavuje oběť této chyby práva, aby se domáhala náhrady proti veřejné správě.

<sup>16)</sup> Podrobnosti u Matějky, *Povinnost státu k náhradě škody*, *ibid.*, str. 489 a násl.

ce chyb jest ručení státu i funkcionáře in solidum se vzájemným právem regresu.

Jde nyní o otázku, kdy vzniká náhradní nárok při faute de service, resp. kumulaci viny služby a osobní<sup>17)</sup>. Poslední nálezy Conseil d'État vycházejí z těchto principů: Veřejná služba musí funkcionovati ve shodě se zákonem. Porušení tohoto předpisu může se státi buď zaviněním nebo bez něho. Při zavinění je tu faute de service, po případě i faute incluse personnelle, tudíž zodpovědnost se všemi důsledky. Nárok tu nepochybně jest. Což však, není-li tu zavinění?

V nálezu Couitéas<sup>18)</sup> řešil Conseil d'État tuto otázku: Stěžovatel domáhal se výkonu platného rozhodnutí, jímž mu přiznáno právo vlastnické. Vláda odepřela mu však pomoc vojenskou k provedení zabrání vlastnictví, poněvadž by tím povstaly nepokoje. — Vláda — dle Conseil d'État — nedopustila se viny, poněvadž má právo uvážiti veškery podmínky a odepřiti pomoc ozbrojené moci, domnívá-li se, že by byl tak ohrožen veřejný pořádek.

Má nejen toto právo, ale i povinnost. Přes to přiznává se stěžovateli právo na náhradu, jelikož jde o speciální škody, o oběť přinesenou v obecném prospěchu. Jde o uplatnění theorie risiká: všichni nesou vůči veřejné správě — veřejné službě — risiko stejné. Ukládá-li se v zájmu veřejném určité osobě risiko abnormální, má nárok na náhradu<sup>19)</sup>. Vývoj otázky je zvláště proto zajímavý, že theorie vycházela původně ze zásady, že toliko při actes de gestion zodpovídá veřejná správa za chyby svých zřízenců a to dle ustanovení práva občanského (čl. 1382—1384 Code civile), naproti tomu actes de puissance publique — autoritativní rozhodnutí orgánů veřejné správy — nemohly zavdati příčiny k stíhání veřejného zřízence. Toto stanovisko judikatury neodpovídalo ekvitě. Poznenáhlu působí tu institut veřejné práce a jeho úprava ručení za škody a dochází k rozšíření zodpovědnosti v plném rozsahu pojmu veřejné služby<sup>20)</sup>. Byl-li pak již jednou vzat tento pojem za základ, došlo přirozeně k rozšíření zodpovědnosti se státu na département, obec, kolonii, veřejný ústav. Došlo tedy; pokud jde o institut ručení za škody, způsobené veřejnými

<sup>17)</sup> Theorie rozlišuje v otázce osobní viny: Faute détachable, kdy vlastně nejde o funkcionování veřejné služby, a faute incluse, kdy veřejná služba fungovala, ovšem špatně, takže je tu i vina osobní i vina veřejné služby. — Duguít, *ibid.*, 34.

<sup>18)</sup> R. D. P. 1924, str. 76.

<sup>19)</sup> Srovn. nále z 28. III. 1919, Regnault-Desroziere, R. D. P. 1924, str. 778, a Jézeovu poznámku tamže, R. D. P. 1924, str. 610. Ze starších článků srovn. zvláště Fliniaux, Le cumul de la responsabilité, R. D. P. 1921, str. 333.

<sup>20)</sup> Srovn. Hauriou a uvedenou tam starší judikaturu (Droit adm., str. 375), Né zard, Droit public, str. 362.



zřízení, k úplné unifikaci vytvořením homogenního institutu a to na základě moderního pojmu veřejné služby<sup>21)</sup>.

#### IV. Établissements publics.

Michoud spojil pojem „veřejné služby“ s pojmem veřejného ústavu tak, že veřejný ústav jest „un véritable service public personnalisé“<sup>1)</sup>, veřejný ústav „gère un véritable service public“<sup>2)</sup>. Dle něho dělí se celý okruh veřejných služeb na dvě skupiny: veřejné služby, které jsou nadány právní osobností, a veřejné služby, které nemají této právní organizace (les services personnalisés et les services non personnalisés). La personne morale jest dvojího druhu: p. m. de droit privé a p. m. de droit public. Právo veřejné a soukromé mají společný prvek, kterým jest právní osoba, jejíž pojem lze definovati negativně: jest jí subjekt práv, který není osobou fyzickou<sup>3)</sup>. Personnes morales de droit public obdržely během doby v theorii označení „personnes morales administratives“ a jejich okruh jest takto určen: náleží k nim korporace územní (stát, département, obec, kolonie) a ústavy veřejné, jako personifikace veřejné služby. — Které jsou to však veřejné služby, které vůbec připouštějí „zosobnění“? Michoud vylučuje všechny ty, které se dějí v zájmu obecném a neodpovídají žádnému seskupení odlišnému od státní nebo územní kolektivity. Tímto seskupením zvláštním rozumí skupinu uživatelů majících zvláštní interes a jako praktickou konsekvenci odlišení uvádí samostatnost finanční: veřejná služba, jejíž zisk a ztráta jeví se součástí finančního hospodaření státu nebo územní jednotky, která tedy nemá oddělené finanční existence, nemůže býti veřejným ústavem.

Veřejným ústavům přiznává tedy Michoud samostatnou právní osobnost odlišnou od státu, obce, départementu nebo

<sup>21)</sup> Vývoj ten naznačil konfliktní tribunal, jak již zmíněno, v nálezu Pelletier, v němž prohlásil, vykládaje dekret z 19. září 1870: „Dekret..... nemohl rozšířiti hranice příslušnosti soudů ani potlačiti maximy, dle níž jest jim zakázáno nalézati o správních aktech.“ (Hauriou, Droit adm., str. 376, poznámka, četná literatura i judikatura na str. 347 a násl.). — V souhlase s uvedenými názory na faute personnelle a faute de service jest konkluse, že zavinění osobní nestává se zaviněním služby prostě z toho důvodu, že se čin stal na rozkaz představeného: neboť čin jest aktem od služby zcela odlišným a rozdílným.“ (Duguit, Traité, III, str. 287; srovn. dále Sirey, Table quinquennale, str. 170, čl. 160.). — Srovn. též Hauriou, Droit constit., str. 136, a Jézé, Cours 1921, str. 207.

<sup>1)</sup> Michoud, La théorie de la personnalité morale, 2. ed., I. díl, str. 240. Rovněž Aucoc, Conf. de droit administratif, praví o veřejných ústavech, že jsou „un mode d'action de l'autorité publique“, „créés pour la gestion d'un service public“.

<sup>2)</sup> Ibid. str. 225.

<sup>3)</sup> Ibid. str. 4.

kolonie, které je zřizují. Argumentuje takto<sup>4)</sup>: „Veřejný ústav koná veřejnou službu právě tak, jako korporace územní, která jej zřizuje. Koná však services spéciaux, proti nimž stojí services publics communs, vykonávané teritoriální organisací. Veřejný ústav má zpravidla — podobně jako soukromoprávní sdružení —

<sup>4)</sup> Ibid. 352 a násl. — O. Mayer, Theorie des französischen Verwaltungsrechtes, Straßburg 1866, praví na str. 432 a násl. (§ 63): „Die allgemeinen Begriffe ‚Selbstverwaltung‘ und ‚Selbstverwaltungskörper‘ sind der französischen Rechtssprache fremd; sie arbeitet immer mit dem namentlich bezeichneten einzelnen Arten von Selbstverwaltungskörpern. Als Oberbegriff dient an der Stelle des Selbstverwaltungskörpers ein anderer, welcher ihm nahe verwandt ist: der der établissements publics und d'utilité publique. Beide sind ihrem Wesen nach juristische Personen, fähig, nach den Regeln des Zivilrechts Vermögen zu besitzen und zu verwalten, ohne Menschen zu sein. Von den übrigen juristischen Personen unterscheiden sie sich durch ihren besonderen Zusammenhang mit dem Staate. Sie entstehen nicht nach den Regeln des Privatrechts, sondern nach denen des öffentlichen Rechts: sie sind juristische Personen des öffentlichen Rechts, von ihrer zivilrechtlichen Seite ausschließlich betrachtet. — Die établissements publics sind solche juristische Personen, deren Vermögen unmittelbar bestimmt ist, öffentlichen Zwecken zu dienen. Das ist der Fall beim Staate selbst; aber der Staat ist hier nicht gemeint. Er bildet kein établissement public. Außer dem Staate findet sich derartiges Vermögen nur noch in den Händen der Selbstverwaltungskörper. Auf sie also beschränkt sich der Begriff. Etablissements publics sind die Selbstverwaltungskörper, insofern sie nach den Regeln des Zivilrechtes Vermögen besitzen und verwalten. — Wenn man das Wort übersetzt mit öffentlichen Anstalten, so gibt das eine Verschiebung des Begriffes, auch die Schulen, die Staatsfabriken sind öffentliche Anstalten ohne établissements publics in diesem Sinne zu sein; und die Gemeinden sind établissements publics, ohne öffentliche Anstalten zu sein. Nur bei den Stiftungen, die einer bestimmten öffentlichen Anstalt gewidmet sind, treffen die beiden Begriffe wenigstens äußerlich zusammen. — Wörtlich ist établissement public nichts anderes als eine Zweigniederlassung des öffentlichen Vermögens, ein Teil des öffentlichen Vermögens, welcher für bestimmte Angelegenheiten ausgeschieden ist vom Staatsvermögen und durch die damit verbundene juristische Persönlichkeit davon getrennt gehalten wird: ein öffentliches Sondervermögen. — Es ist natürlich, daß das Wort häufig in ausgedehnterem Sinne gebraucht wird, um den fehlenden Begriff des Selbstverwaltungskörpers zu ersetzen. Dann sind wieder besonders damit gemeint nur die Stiftungen, als in welchen der Gedanke der Selbstverwaltung gerade in der Zusammenhaltung des Vermögens fort allein zum Ausdruck kommt. (Mayer cituje zde Auccoca, který praví: crée pour la gestion d'un service public.) Niemals aber ist solche ausgedehnte Verwendung möglich, wenn der Selbstverwaltungskörper nicht wenigstens daneben zivilrechtliche juristische Person ist. Das ist der Fall bei Religionsgesellschaften, welche als solche kein Vermögen besitzen können. — Die établissements d'utilité publique ihrerseits werden uns als solche juristische Personen bezeichnet, deren Vermögen nicht so unmittelbar öffentlichen Zwecken gewidmet ist, vielmehr nur indirekt denselben dient. Sie sind, ganz entsprechend dem eben Auseinandergesetzten, die zivilrechtliche Seite der juristischen Personen, welche in der unechten Selbstverwaltung entstehen.“

za úkol spravovati jmění, tato správa jmění není však účelem, nýbrž toliko prostředkem k dosažení kolektivního účelu: činnost k tomuto účelu jest veřejná služba. Jest pravdou, že jest veřejný ústav spojen s teritoriální korporací, avšak reprezentuje zvláštní výsek tohoto územního seskupení: svá práva může hájiti i proti tomuto seskupení.

Stát, resp. jiná korporace, dáváje samostatnou právní osobnost veřejné službě, veden jest složitými pohnutkami..., které lze uvést na tento dominující účel: zajistiti veřejné službě rozšířené možnosti akce a lepší správu v zájmu poživatelů. Tito tvoří lidskou skupinu, reprezentovanou ústavem, jest to jejich skupina, která je pravým nositelem (titulaire) práv ústavu.“

Michoud<sup>5)</sup> žádá ke kreaci (a odstranění) veřejného ústavu vždy zákon. Avšak jde spíše o požadavek de lege ferenda, resp. o blanketovou normu, neboť z dalších vývodů jest patrné, že teprve zevrubným pátráním a uvažováním všech skutečností budeme musiti zjišťovati úmysl zákonodárcův. Budou tu zcela přirozeně první obtíže při zjištění, jde-li o „service public“, a další obtíže při zjišťování, zda jde o samostatnou právní osobnost. Nestačí „individualité financiére“; samostatnost finanční je jen „opatrěním za účelem pořádku, prostý správní mechanism, mající za účel usnadniti a zjednodušiti vedení určitých odvětví veřejných financí...“ A tak nezbyvá, než zjišťovati veškerý známky: dotaci, způsobilost testamentární (pasivní), autonomní organizaci, individualitu finanční, zvláštní zastoupení en justice, atd.

Obdobné stanovisko zaujímá Jéze<sup>6)</sup>, dle něhož rovněž établissement public je personifikovaná veřejná služba. Tato personifikace spočívá v tom, že úhrn příjmů věnován jest úhrnu výdajů služby, že jde o věnování všeobecné a trvalé, věnování, s nímž je spojena individualita finanční.

Tato ovšem nestačí a tak Jéze<sup>7)</sup> přísně rozeznává s hlediska právního a finančního mezi „la personnification d'un ser-

<sup>5)</sup> Ibid. 364.

<sup>6)</sup> Cours 1924, str. 283.

<sup>7)</sup> Jéze pojednává v díle Cours de science des finances, VII. ed., I, na str. 97 a násled. o veřejných ústavech s hlediska finančního, o výhodách a nevýhodách této formy veřejné činnosti. Jako výhody uvádí možnost získati zájem a dary veřejnosti, určitou neodvislost od všeobecné správy a možnost dobré speciální administrativy, poňnět k ekonomickému provozu. Nevýhodou jest odolnost vůči zásahům státním, porušení jednotnosti státního rozpočtu atd. De lege ferenda uvažuje Jéze taktó: „V moderních státech existují veřejné služby, při nichž problém personifikace (t. j. přeměny v ústav) stává se stále naléhavějším. Jsou to služby průmyslové, tak zvláště pošta, telegraf a telefon, železnice, pokud jsou v režii státní.“ Methodou spíše sociologickou nežli právníkou usuzuje, že stát jest povinen k nákladům na tyto veřejné služby a resumuje: „Somme toute, la personnification d'un service public ne doit avoir lieu qu'après en avoir pesé attentivement, pour le service public en question et pour un pays donné, les avantages et les inconvenients.“

vice“ a „l'attribution à un service de l'individualité financière“. V prvném případě buduje se samostatná právní osobnost od státu plně neodvislá, veřejný ústav v pravém slova smyslu. V druhém případě jde o service public, kde nalézáme oddělený rozpočet, účty atd., ale toto oddělení není ještě samostatností, má ráz spíše účetní a administrativní, nikoli právní; neboť takováto veřejná služba zůstává službou státní, její příjmy a vydání jsou příjmy a vydáními státními, schodek provozu hradí státní pokladna.

Stejně stanovisko jako Michoud a Jéze hájí Moreau<sup>8)</sup>, Hauriou<sup>9)</sup>, Berthélémy<sup>10)</sup>, Aucoc<sup>11)</sup>.

Oproti tomu V a r e i l l e s - S o m m i e r e s<sup>12)</sup> rozumí pod pojmem veřejného ústavu stát, départementy, provincií, obec; vše ostatní (musea, dráhy atd.) jsou toliko součástí, pododdělení prvních. Veřejné ústavy jsou dle něho toliko stát, département, obec, vykonávající některý svůj úkol zvláštním aparátem a zvláštní pokladnou.

Obecní nemocnice, dobročinný ústav, toť obec, toť všichni její příslušníci, kráčejíci k témuž cíli, ke zmírnění utrpení a bídy. Vareilles-Sommières praví však sám, že tento jeho názor platí, „sauf peut-être quelques rares exceptions“. Tím ovšem padá celá theorie: V.-S. musí připustiti, že jsou určitá zařízení, která sledují speciální správní účel a kterých nelze identifikovati s obcí, départementem neb státem.

Duguit<sup>13)</sup> zahrnuje pojmem veřejné ústavy „les services publics patrimonialisés“, t. j. veřejné služby státu, départementu, obci, kterým jsou zvláště a výlučně přikázány hmotné prostředky a které tvoří veřejný, zvláštní a oddělený soubor statků. Jeho velmi stručný výklad nepřináší tedy ničeho nového oproti tomu, co bylo uvedeno. Lze proto říci s Michoudem: Ke kreaci veřejného ústavu dle francouzské theorie jest třeba zákona<sup>14)</sup>. Kreovati veřejný ústav znamená ve skutečnosti rozčlankovati veřejnou službu, t. j. dovoliti — jak v oboru práva veřejného, tak soukromého —, aby korporace (corps constitué) postavila svá práva oproti právům státu, départementu nebo obce. „Jsem toho názoru,“ argumentuje Michoud, „že takovouto výjimku může stanoviti toliko zákonodárce. Administrativa může ovšem vydati

8) Droit administratif, 1909, str. 365: „En somme, l'établissement public est un service public investi de la personnalité.“

9) Précis, X, str. 303: „L'établissement public est un service public spécial personifié.“

10) Traité élémentaire, str. 34 a passim: „On a vu déjà que les établissements publics sont des services administratifs pourvus de personnalité juridique.“

11) Conf. de droit administratif, 3. ed., str. 51: „Sont les branches des services généraux de l'État qui ont été détachées de l'ensemble pour être érigées en organes donnés d'une vie propre.“

12) Les personnes morales, str. 166.

13) Traité, III, 319.

14) Théorie, I, 364.

organisační pravidla pro veřejnou službu, ale toliko uvnitř zákonem stanoveného rámce existujících již osob morálních; vnikala by však v doménu práva (t. j. zákona), jestliže by sama kreovala novou právní osobnost.“ Tato intervence zákonodárce může býti provedena dvojím způsobem: přímým vytvořením veřejného ústavu<sup>15)</sup>, udělením právní osobnosti stávající již veřejné službě<sup>16)</sup>, vyznačením základů, na nichž může administrativa vybudovati veřejný ústav<sup>17)</sup>.

Ústavy veřejně užitečné odlišuje moderní theorie od ústavů veřejných opět pomocí pojmu veřejné služby. Ústav veřejný jest ztělesněním, zhmotněním veřejné služby; ne tak ústav veřejně užitečný, který jest v zásadě dílem jednotlivce<sup>18)</sup>. Neplatí tedy ohledně ústavů veřejně užitečných régime administratif, nýbrž spadají ve sféru soukromoprávní. Jejich statut nemůže tedy býti měněn zákonem. Jejich majetek je soukromým vlastnictvím, nelze pro ně aplikovati režim veřejných prací, atd. Ústavy veřejně užitečnými jsou proto, a tím se odlišují od obyčejného soukromého ústavu, že jim byla tato povaha přiznána úředním rozhodnutím. Nestačí tedy sledování účelu veřejně a obecně užitečného o sobě; je třeba, aby bylo úředně konstatováno. Jak zjistiti v konkrétním případě, zda jde o veřejný ústav, nebo toliko o ústav veřejně užitečný? Jéze odpovídá: Rozhodnou jest vůle zákonodárce, tedy přesněji řečeno (jako důsledek), jde o veřejnou službu.

Vznik ústavu dává tu nejlepší příležitost ke zjištění jeho povahy. Komisař Blum ve věci Pichot<sup>19)</sup> klade důraz na „caractère de la fondation“. Veřejný ústav, toť článek státu, emanace veřejné služby, veřejné autority, nebo státní kreace. — Ústav veřejně prospěšný, toť dílo soukromé iniciativy, která vzniká jako soukromé zařízení a teprve se stává (v důsledku uznání veřejnou správou) ústavem veřejně prospěšným. Tedy pochod zcela opačný oproti ústavu veřejnému, o němž lze říci: „On naît établissement public, on ne le devient pas.“

Z předdeslaného vysvítá jedno jasně, že „ústav“ dle fran-

<sup>15)</sup> Příklad: L'ordre de la Légion d'honneur, les bureaux d'assistance médicale (str. 366 I. dílu).

<sup>16)</sup> Příklad: Hospices et hôpitaux, musées nationaux, corps de facultés, conservatoire national des arts et métiers, École nationale supérieure de mines atd.

<sup>17)</sup> Příklad: Établissements ecclésiastiques, chambres de commerce, les syndicats des communes. Za veřejný ústav nepokládá Michoud (389) železnici, poštovní spořitelnu, la Caisse des dépôts et consignations.

<sup>18)</sup> Jéze, Cours, 295: „Le point capital qui marque la différence entre l'établissement public et l'établissement d'utilité publique c'est que l'établissement public est une modalité du procédé du service publique; l'établissement d'utilité publique est une modalité du procédé du service privé. — Srovn. Romieu, conclusions, v případě Caisses des Écoles, Rec. p. 396 (1903).

<sup>19)</sup> Srovn. ibidem 301.

couzského práva jest nositelem práv a závazků, že tedy jest relevantním bodem právním. Spadá pod pojem „fondation“ „zařízení, které lze dělit na „fondation établissement“ a „fondation patrimoniale“. Hledati rozdíl mezi těmito pojmy ústavu a nadace jest práce juristicky zbytečná: jde skutečně o identické útvary právní, jak správně vystihl Saleilles<sup>20)</sup>.

Pojem „veřejného ústavu“ lze ovšem rozlišiti; dle mého názoru opět jen dle<sup>1)</sup> pozitivních právních předpisů, které ukládají takto zřízené „právní osobě“ určité funkce. Jde-li o atributy, které spadají v kompetenci veřejné správy, lze usuzovati na pojem ústavu veřejného, pro který platí správní režim.

## V. Kritické poznámky.

Největší obtíž, se kterou zápasí<sup>1)</sup> střeoevropský právník, jest rozlišování mezi veřejným a soukromým právem a poměrem veřejno- a soukromoprávním. Kelsen<sup>1)</sup> vytyčuje genesi a základ tohoto lišení: jde o dědictví po státu policejním. Činnost orgánů státních a správních byla obepsána toliko všeobecnými a neurčitými zákonitými hranicemi; platila pro ni domněnka zákonitosti. Kontrast vynikne jasně, srovnáme-li střeoevropské státy, vyrůstající z absolutistických režimů, a Anglii. Anglie má právo jedno a jednotné; konstatování právního stavu přísluší soudům. Mezi akty parlamentu rozeznávají se public Acts a local Acts (private Bills). Rozdíl mezi nimi není však rozdílem mezi právem veřejným a soukromým, nýbrž rozdílem mezi normou platnou pro celé území státní nebo toliko jeho část (zřízení železnic, vodovodů, elektřiny atd.)<sup>2)</sup>. Ať jde o právo, plynoucí ze zákona (Statute Law), ať jde o Custom, ať jde o By-Law, vždy jde o normu stejné povahy, právní normu. Tomuto jednotnému chápání právního řádu napomáhá zvláště ta okolnost, že teprve uznáním soudu stává se právní pravidlo latentním<sup>3)</sup>. Dovedeme proto pochopiti slova významného právního filosofa Austina<sup>4)</sup>, který prohlašuje, že „public law and private law are names which should be banished from science“.

Dle něho jest každé právní pravidlo veřejným v tom smyslu, že jest v zájmu veřejném jeho zachování, jest však i soukromým, poněvadž se dotýká i zájmu jednotlivce. „Taken with its strict and definite signification, the name public law is confined to

<sup>20)</sup> Raymond Saleilles, Personallité juridique 1922, str. 134.

<sup>1)</sup> Allg. Staatslehre, 88.

<sup>2)</sup> Smith, l. c. 13.

<sup>3)</sup> Srovn. Koelreutter, Verwaltungsrecht und Verwaltungsrechtssprechung, str. 186 a násl., a tamže uvedenou literaturu, Smith, l. c. str. 1 a násl.

<sup>4)</sup> Lectures on Jurisprudence, 3. Ed., 1869, str. 69 a násl.

that portion of law which is concerned with political conditions.“ Tedy nic nového pod sluncem. Čtete-li tyto úctyhodné a před řadou desítiletí pronesené názory anglického autora, docházíte k týmž názorům, k nimž dospěl ve svém nejnovějším díle Kelsen<sup>5)</sup>. Ovšem ani staletá tradice Anglie nemůže se ubrániti vlivu poznatku, že veřejná správa potřebuje, má-li býti účinnou, rychlejších method při uplatňování právního pravidla nežli soukromník. Nejde tedy o vybudování samostatného výseku právního řádu, nýbrž toliko o formální postup při jeho provádění. Vývoj jde i v Anglii k tomu, že se zvolna buduje apelační jurisdikce centrálních úřadů<sup>6)</sup>. Ovšem ani tu nejde o nějaký rozdíl mezi dvěma právními systémy; writ of mandamus umožňuje stále kontrolu řádných soudů. Pro Anglii jsou charakteristická prohlášení<sup>7)</sup>: „We are not likely in this country to take kindly in the continental system of speciale administrative courts. We believe in the reign of law, and that the law of the ordinary courts free from taint; and as history has shown, we will do well to maintain that belief“<sup>8)</sup>.

Kontinentální roztržštění právního řádu ve dva odlišné komplexy, soukromo- a veřejnoprávní, které beze vší pochyby je — vzato čistě logicky — neudržitelné, odůvodňuje se jen hledisky praktickými. Široká vymezení svobodného rozhodování úřadů jsou však i tu — zvláště ve správním právu — toliko zdánlivá. Rozhodují-li ve sporu stavebním, prikazují-li enklávu honební, přiznávají-li právo domovské po uplynutí lhůty vydržecí, jednáme dle zákona právě tak, jako udělují-li živnostenskou koncesi. Vždy se opírám o normu, resp. o hierarchii norem prvotních i druhotných, právě tak, jako civilní soudce rozhodující o kontraktorních nárocích stran. Roztržštění právního řádu má však v zápětí, že nastávají konflikty o příslušnost a že — in circulo vitioso — „právní poměr prohlašuje se za veřejnoprávní proto, že náleží do kompetence úřadů správních a za soukromoprávní, poněvadž náleží v kompetenci soudů“<sup>9)</sup>.

Jak ukazuje vývoj v Anglii, není kontinentální systém

<sup>5)</sup> Ibidem, str. 85 a násl.

<sup>6)</sup> Srovn. Journal of Public Administration 1924, str. 370 a násl.

<sup>7)</sup> L. c. 388.

<sup>8)</sup> Ovšem i v anglické theorii počíná se objevovati lišení na případy, kdy úřad jednal „judicially“ (kdy rozhodoval otázky právní) aneb „administratively“ (kdy šlo o otázky čistě faktické). V posledním případě „discretion is left to the administering authority, subject to the limitations prescribed in the law“. Neobjevují se tu přec jen značné vlivy kontinentálního názoru na „správní právo“? Srovn. ibidem str. 381.

<sup>9)</sup> Kelsen, ibidem 88. — „Dieu nous garde de l'équité les Parlements, disait-on sous l'ancien régime. C'était l'époque où un tribunal, pour couvrir d'un voile juridique la vertu d'une femme bien née déclarait très légitime une enfant survenu dix-huit mois après le décès du mari (Cruet, La vie du droit, str. 81).“ — Odtud snaha po odstranění vlivu soudů na administrativu.

„veřejného, resp. správního práva“ nezbytností. Jest zjevem historického vývoje a skutečných potřeb života. Státní administrativa potřebuje k rychlému a bezvadnému fungování, aby se mohla opřít o normy, upravující její poměry odchýlně nežli jak jest upraven vztah mezi dvěma jednotlivci; i po stránce kompetence nelze říci, že by nemohly býti a že v historii nebyly námitky proti soudcům, rozhodujícím o činech veřejné administrativy.

Zvláštní výsek právního řádu, nazvaný „správním právem“, určuje se zpravidla formálně, příslušností úřadů a tribunálů správních. Jde o kritérium nedostatečné a labilní. Odtud tedy snaha francouzské správní vědy po nalezení věcných prvků. Jedno jest si třeba ujasnit: mluví-li se o právu správním jako o právu veřejném, mluví-li se tak o právu státním, činí se tak proto, že jednou ze stran zúčastněných právních poměrů jest stát. Z žádného jiného důvodu. Právní norma zůstává kvalitativně táž, ať jde o „veřejné“ nebo „soukromé“ právní pravidlo. Veřejnou nazývá se proto, že upravuje určitou materii, materii veřejného zájmu. Ale tímtež způsobem bylo by možno zařaditi v právo veřejné i normy, které jednají o veřejném statku, o rodině atd.

Mluví-li tedy o správním právu, rozumím tím souhrnem o fungování veřejné správy. Co však jí jest? Odpovídá se negativně: vše to, co není zákonodárstvím a justicií. — Francouzská věda snaží se odpovídati pozitivně, vymezuje a určuje pojem veřejné služby. Souhrn správního práva tvoří veškerý právní předpisy, které upravují výkon veřejné služby. Co jest veřejnou službou, stanoví sama právní norma. Bude to právní norma, vytvořená zákonem, po případě judikaturou jako druhým stupněm normotvorného procesu. Vyvěrá tedy veřejná služba plně ze státu jako právního pořádku, nelze však z ní tvořiti pojem státu, jak činí Duguit, pokud neuznáváme tvorbu právních norem nad státem stojících.

Pojmem *service public* zahrnuje francouzská theorie pojem aktivní činnosti obce, *départementu*, kolonie a státu. I když padlo dřívější lišení na *actes de gestion* a *actes d'autorité*, nenabyla hranice pojmu veřejné služby plné určitosti. Nenabývá jí proto, poněvadž se nepodařilo dosud subsumovati pod tento pojem veškerou činnost veřejné správy a poněvadž zůstal dosud a zůstane vždy obor veřejné činnosti, v němž zájem veřejný úplně zmizel. Boj mezi starou teorií lišící mezi *actes de gestion* a *acte d'autorité* a teorií novou jest — dle mého názoru — bojem o hranice<sup>10)</sup>. Nová theorie chce rozšířiti platnost zvláštního

<sup>10)</sup> Jak mocně působila francouzská theorie, jest patrné na př. z díla Myrbach-Rheinfelda, *Finanzrecht* (Duncker & Humblot 1906). Funkce veřejných svazků dělí na: funkce autoritativní a funkce



režimu z aktů t. zv. vrchnostenských na veškerou činnost veřejné správy, která se děje v zájmu obecném.

Jest tu tedy podstatný rozdíl od dřívějšího nazírání. Tak Aucoc<sup>11)</sup> zná sice již pojem veřejné služby, ale rozeznává policii, actes de police, kde se objevuje vrchnostenská moc státu, a les actes de gestion dans l'interêt public. V této druhé skupině aktů objevuje se dle něho stát v úloze generálního intendanta a obchodníka, majícího ovšem autoritu. Neoplývaly tedy tyto názory logičností a znamená nová theorie, která podřizuje režimu administrativnímu veškeru činnost, podnikanou v zájmu veřejném (ať vrchnostenskou či hospodářskou), značný pokrok. Důsledkem nového názoru potom jest, že se domáhá příslušnosti správní generelně ve všech případech, kdy jde o services publics; jde tu o zcela opoziční postavení proti názoru Laferrièreovu, který „acte de gestion des services publics“ přikazoval administrativní kompetenci jenom na základě výjimečného předpisu zákona. Jde však o další, velmi důležité důsledky. Staré theorie viděly v hospodářství státním doménu veřejnoprávní jen potud, pokud vyplývala z mocenského postavení států; jen pokud se dal poměr mezi státem a soukromníkem takto posouditi, platilo „právo veřejné“. (Tak také Pražák, Spory 338.) — Moderní francouzská theorie jde dále. Vezměme jako příklad smlouvu o dodávkách (marché de fournitures), o níž bylo zpředu mluveno. Poměr mezi státem a jednotlivcem neřídí se nikdy, i když nejde o mocenské poměry, prostě soukromým právem. To jest zvláště patrné, nesplní-li dodavatel svých závazků. Veřejné správě přísluší tu právo zrušiti — po poskytnutí lhůty — smlouvu, uzavřítí smlouvu s novým dodavatelem a pohledávati diferenci na ne-dbalém atd.<sup>12)</sup>

Jde nyní o to, jak nové theorie ovlivňují praxi :

V zákonodárství setkáváme se s pojmem veřejné služby jako s běžným pojmem, jak jsem již vpředu uvedl.

**J u d i k a t u r a** má určití — pro praxi nezbytné — znaky a důsledky pojmu veřejné služby. Conseil d'État<sup>13)</sup> klade tu především důraz na moment formální; kdo organisoval určitou službu. Ve smyslu čl. 35. zákona z 13. dubna 1900 jest to dekret presidentův, zákon (resp. nařízení dle zákona). Nález ze dne 27. července 1923, Gheusi, jehož se právem dovolávají propagátoři nové theorie, znamená po stránce věcné, obsahové, velmi důležitý krok k jejímu uznání. Znamená uznání zásady, že pod pojem veřejné služby jest zahrnouti každou činnost

správní. V prvních jde o imperativy, v druhých vystupují orgány veřejné správy jako „Wirtschaftssubjekte“, resp. jako „Wirtschaftsführer“.

<sup>11)</sup> Conférences I, 25.

<sup>12)</sup> Srovn. R. D. P. 1921, str. 217.

<sup>13)</sup> 3. November 1922, Association des fonctionnaires du ministère de Colonies, R. D. P. 1922, 561. — Srovn. R. D. P. 1923, str. 560 a násl.

v obecném zájmu, kterou právní norma (zákonodárce, judikatura) jako takovou organisuje. Proti vagním teoriím, které vykládá sociolog-právník Hauriou, proti širokým a od pozitivního práva daleko odbočujícím zásadám, které hlásá Duguit, vítězí stanovisko, hájené Jézem. Největší obtíž povstává v těch případech, kdy jde o tak zvané *contrats administratifs*. Vžitá zásada, že jde o materii příslušející soudům, působí nepříznivě na snahy o založení kompetence administrativních tribunálů. Zásada nálezu Terrier (6. duben 1903), dle něhož jest založena administrativní kompetence „*par la nature*“, jde-li o fungování veřejné služby, jest pozdější judikaturou doplněna v tom smyslu, že jest třeba, aby veřejná služba fungovala dle zvláštních právních předpisů, odchýlných od předpisů, kterými se řídí obdobný podnik soukromý.

Jak prohlašuje komisař Rivet (C. d'É. 23. května 1924, *Société des affréteurs réunis*)<sup>14)</sup>, jest k založení správní kompetence třeba, aby smlouva obsahovala klausule, které byly vloženy na základě úvah o všeobecném zájmu a které se podstatně liší od klausulí úmluv mezi soukromníky. Obtíže nepovstávají v tom případě, jde-li o služby, zahrnované dříve pod pojem policie, resp. *actes d'autorité*; obtíže vznikají, jde-li o podnikání rázu průmyslového. Rivet doznává, že nelze táhnouti geometrickou čáru mezi oběma kategoriemi; konstatuje, že mnohé „*services publics industriels*“ vřazeny byly v kompetenci soudní, a tak nezbývá než hledati další, velmi minutiesní charakteristikon shora uvedené.

Při hlubším studiu a hledání přesného pojmu „právní normy“, která určuje pojem veřejné služby, rozvíjí se před námi obraz boje mezi zákonodárcem a mezi soudcem, který dle theoretických zásad právo aplikuje, který však v praxi právní normu tvoří.

Již Ihering prohlásil, že skutečnosti nepůjdou za právem, nýbrž, že právo musí sledovati skutečnost, t. j. život. Cílí jinými slovy: právo jest fenomén sociální. Právo jest brněním společenského života, tísní-li jej, život je zformuluje (Larnaude). Zákonodárce se usnese na zákonu, práce teprve počíná. Věda a jurisprudence zařazují zákon v systém právní, aplikují jej na denní případy a formulují právní pravidlo, jímž se řídí život lidí. Zákon a interpretace jsou spolutvůrci právní normy<sup>15)</sup>. Představme si stavební řády, zákony o nemocenském pojištění, zákon o myslivosti. Bez studia judikatury, která tu oddaně po léta pracovala, při pouhé znalosti zákonného textu, budete mítí dojem řady málo obsažných pravidel. Kolik judikturní práce vyžádalo na příklad určení kvalifikačních momentů člena honeb-

<sup>14)</sup> R. D. P. 1924, str. 385. — *Récueil Dalloz*, 1924, III, str. 27, 32.

<sup>15)</sup> Gén y, *Les procédés d'élaboration du droit civil*, str. 178.

ního společenstva. Po šedesáti letech od vydání zákonné normy řešila se judikturně zásadní otázka, zda jest třeba knihovního vlastnictví či stačí-li držba k výkonu členských oprávnění.

Francouzská theorie chápe „právo“ jako souhrn norem aplikovaných příslušnými tribunály. Podkopává tím autoritu zákonodárce? Dle mého názoru nikoli; naznačuje tak váhu spolutvůrčí činnosti soudů. Právník nemůže psát románů; a takovým románem byla by explikace zákona, vydaného před lety, která by nepřihlížela ke skutečným poměrům a judikatuře. Americký právní systém přímo předpokládá existenci obecného práva po výtce soudcovského vedle zákona; zásada „stare decisis“ jest sacrosanctum americké judikatury<sup>16)</sup>. Angličan je velmi nedůvěřivým k „legalismu“<sup>17)</sup>. Keith blahorečí své vlasti, že se vyhnula ostrým a formálním zásahům legislativním v ústavní život a umožnila jeho úpravy dle měnicích se potřeb britského imperia. Nejdůležitější zásady konstituční jsou prací jurisprudence. Ba, nalézáme tu řadu případů, kdy nejprve jurisprudence vytvořila pravidlo a toto pravidlo již hotové a pevné bylo vtěleno v zákon (the Merchant Shipping Acts, the Sale of Goods Act, the Bills of Exchange Acts).

Vědecká práce nemůže se proto obejít bez zkoumání judikatury. Může k němu však přikročiti jen na základě určitých principů vědeckých a zkoumatí správnost cesty, kterou nastoupily tribunály. Věda musí tvořiti určité pojmy a musí se snažiti, aby obsáhla pravidelné jevy životní. Neboť co by nám byly platny sebe přesnější vědecké pojmy, nebylo-li by jich možno použití? Jéze praví, že každá právní theorie, která nezkoumá pozorně fakta, zvláště tak, jak je oceňuje judikatura, vyjde na prázdno. Upřílišněné jes ovšem tvrzení: „La parfaite conformité aux faits est le criterium des théories.“ Nebude nikdy možno mluvit o plné konformitě theorie — theoretické pojmové představy — s reálním faktem; pojem vychází vždy ze znaků průměrně společných a nepřihlízí ke zvláštnostem konkrétního případu. Bude však možno a bude nutno důrazně připomenouti nutnost shody právní dogmatiky se sociálním prostředím. Právní věda, která mnohdy z tvrdého konservatismu lpí na formách myšlení zděděných po prapředcích, která v době páry, elektřiny a létadel operuje římským vlastnictvím ke vzduchovému i územnímu prostoru, ač skutečnost je frapantně opačná, musí si konečně uvědomiti, že kodexy iuris civilis, canonici, etc. byly snad kdysi dobrým nástrojem právnické formulace, že však přestávají jim býti dnes. Lovec dvacátého prvního století, který by, oděn v kožišiny, lovil zvěř lukem a šípy opatřenými peřím a hrotem

<sup>16)</sup> Garner, *Idées et institutions politique Américaines*, str. 202 a násl.

<sup>17)</sup> Berriedale-Keith, *The constitution, administration and laws of the Empire*, str. 4.

z pazourku, byl by beze sporu směšnou figurou. Odtud snaha Jézeova, kontrolovati fakty, lépe judikaturou právnícké pojmy, odtud potřeba pečlivého zkoumání všech právníckých fenomenů, jak ji vidíme i v dílech našich autorů (Hoetzla). — S tímto vědomím jde do práce moderní francouzská škola veřejného práva podrobujíc zevrubnému a úzkostlivému zkoumání každý nález, který vynesel Conseil d'État.

Francouzský Conseil d'État, tof výtvor skutečných a náležavých potřeb života, který potřebuje ryziho strážce právního řádu. Nikoli výtvor zákonodárce! C. d'É. byl původně prostým článkem administrativy; ještě před rokem 1872 bylo třeba podpisu hlavy státu na jeho rozhodnutí o sporné věci; dosud jsou jeho přisedící inamovibles toliko de facto, nikoli de jure. „Kdyby se byl Conseil d'État držel zásady, že soudce může rozhodovati toliko na základě formálního předpisu zákona,“ praví Cruet (*La vie du droit*, str. 70), „nebylo by dosud ve Francii správního práva.“ C. d'É. skutečně vysvobodil Francii z „propastí“ správního absolutismu, odtud jeho vliv.

Spencer (*The Man versus The State*, 1910, str. 44) nade-psal celou jednu kapitolu slovy, jež zvláště v naší době bylo by podtrhnouti: „The sins of legislators.“ Lékařnický asistent, tak uvažuje, vydá-li nesprávný lék, dopustí se, zabije-li pacienta, zločinu. Nic mu není platna omluva, že to dobře myslel. Naproti tomu zodpovědnost zákonodárce posuzuje se velmi mírně. „And yet the mischiefs wrought by uninstructed law making enormous in their amount as compared with those caused by uninstructed medical treatment, are conspicuous to all who do but glance over its history.“ Odtud stoupající vliv zkušeného a objektivního soudce, který — representant života a znalec právního řádu — za vědomí a souhlasu lidového cítění koriguje zákonodárce.

Postupné snižování úrovně parlamentu a lidových zástupců bude znamenati porážku zákonodárce a bezmocnost zákona. „Mon Code est perdu,“ vzkřikl prý Napoleon, když četl prvý komentář svých zákonů. A byly to zákony na svou dobu velmi dobré. Jaký osud může stihnouti nedbalé zákonodárce našich dob? — Ten, že ustoupí jako spolupracovníci právních norem a že jejich vliv bude sice znatelný v malých detailech násilně regulovaných, ale vymizí úplně při tvorbě velkých principů právních.

Francouzská věda a praxe podává nyní obraz konfliktu dvou myšlenkových koncepcí a častého zakolísání mezi starou a novou ideologií. Jak bylo ukázáno při jednotlivých institucích právních, praxe leká se dosud přímého domyšlení nové zásady. Věda ji kontroluje a ukazuje na nedůslednosti a okliky. Tak zvaná realistická metoda je realistickou potud, že si jasně uvědomuje, pokud právní život akceptuje její ideologii a pokud ji odmítá. A jako je na jedné straně možným úplné vítězství,

tak je možná i úplná porážka a odmítnutí. Pohlédneme-li zpět, jde jen o variaci stálého boje. Proti feudalismu, proti absolutismu postavena byla Velkou Revolucí svoboda individua. Vyrostl odpor proti státu a svrchovanosti. „Madame se meurt, Madame est morte.“ Koho nastolit na prázdný trůn? Veřejnou službu, která má docílit harmonii mezi kolektivitou a individuem. Kolektivita má povinnosti (nikoli práva) vykonávat veřejnou správu. Individuum jest chráněno specialisací veřejné služby, osoba fysická, pověřená výkonem, nesmí vybočiti z přesně stanovené zásady kompetence<sup>18)</sup>.

## VI. Pojem veřejného ústavu v právu československém.

K pochopení právního řádu československého jest se nutno zmíniti o německé theorii, která působila velmi mocně zvláště na judikaturu.

Zde jsou to v prvé řadě pokusy Gierkeho<sup>1)</sup> o konstrukci pojmu ústavu, který jest charakterisován tím, že volní organisace a účel ústavu jsou vytvořeny zvenčí. Jde o transcendenci vůle ústavové, která jest dle Gierkeho primárním znakem proti transcendenci účelu jako znaku sekundárním. Weyr<sup>2)</sup> zaujímá obdobné stanovisko. Chápe nemožnost rozlišení mezi ústavem a nadací a dělí korporace jakožto lidský svazek tvořící právní osobu dle toho, tvoří-li se orgánní vůle uvnitř svazku samého nebo vnucuje se mu zvenčí. V druhém případě jde o ústav. Rovněž Bernatzik<sup>3)</sup> — podobně jako O. Mayer<sup>4)</sup> — vychází z pojmu „Gemeinwesen“, žádaje k tomuto pojmu a) existenci společného účelu, b) jednotnou, samostatnou vůli směřující k realizaci tohoto účelu<sup>5)</sup>.

Jestliže procházíme nejružnějšími teoriemi, které přibližují pojem ústavu „dem Sklavenverbande“, které se snaží rozlišiti ústav od podniku, fondu a nadace, nenajdeme jediného methodologického principu, který by byl tak jasným, že by

<sup>18)</sup> Srovn. Duguit, Svrchovanost a svoboda, str. 149.

<sup>1)</sup> Srovn. Genossenschaftsrecht II, § 37, Deutsches Privatrecht I, 474 a násl. — Srovn. Rosin, Recht der öffentlichen Genossenschaft, nemožné rozlišení ústavu a nadace.

<sup>2)</sup> Příspěvky k theorii nucených svazků, str. 101.

<sup>3)</sup> Juristische Persönlichkeit, str. 82, kdež se praví: „Entweder wird der Gesamtzweck und der ihn realisierende Wille durch gemeinsame Vereinbarung der Genossen festgestellt oder er wird ihnen gegeben durch einen Willen, den dieselben als einen höheren, herrschenden anerkennen. Im ersteren Falle liegt der Typus der Korporation oder Genossenschaft, im letzteren der der Anstalt oder Stiftung vor.“

<sup>4)</sup> Die juristische Person, str. 385.

<sup>5)</sup> Ibidem 108. — Kelsen, Staatslehre 66.

nevzbuzoval námitek. Není možno mluvit o vyhraněných pojmech ústavu a korporace, poněvadž na druhé straně dochází k připuštění více méně smíšených útvarů. Jsou tu četné „Mischformen“, o nichž mluví Bernatzik. Theoreticky i prakticky nejde o nic víc a o nic méně nežli o personifikaci určitého výseku právního řádu, o nalezení konečného bodu, k němuž by bylo možno zakreslit veškerá práva a povinnosti, veškery právní vztahy, určité pojmové jednotky. Vyjádříme-li věc pojmy theorie účelové, jde o to, aby právní řád uznal za přičitatelný bod (jednotnou), vůli směřující k dosažení určitého účelu<sup>6)</sup>. Právně nemůže býti žádného rozdílu mezi korporací a ústavem; otázka osobního nebo věcného podkladu je explikativním prvkem, je pouhým accidentale personifikace, jakožto zjednodušeného chápání komplikovaných právních vztahů<sup>7)</sup>. — V tom smyslu jež též chápatí pojmy veřejného ústavu a veřejné korporace. Jde tu o personifikaci určitého souboru norem, které dle běžné theorie náležejí do komplexu tak zv. práva veřejného čili ve smyslu účelové theorie jde tu o personifikaci vůle, směřující k dosažení veřejného účelu.

Explikativně lze opět lišiti mezi korporací se základem osobním a nadací se základem věcným. Uznání veřejným právem znamená odloučení a samostatnost vůči státu chápanému dynamicky. Nemůže býti tedy zcela logicky úřad státní veřejným ústavem a je nutno odlišiti ústav veřejný od ústavu státního<sup>8)</sup>.

Vyvrcolením konfusí jest ztotožňování státu s ústavem, ústavem veřejným atd. Rotteck<sup>9)</sup> prohlašuje stát za ústav a společnost. Dle Gierkeho<sup>10)</sup> mluví se o ústavní osobnosti

<sup>6)</sup> Bernatzik, ibidem 34, 65.

<sup>7)</sup> Kelsen, ibidem str. 69.

<sup>8)</sup> Srovn. O. Mayer, D. Verw. II, 468, Bernatzik, ibidem str. 86, kdež se praví: „Solche Gemeinwesen sind die öffentlichen Anstalten. Das charakteristische Merkmal derselben ist, daß ihr Zweck nicht mit dem des Staates zusammenfällt, sondern als Selbstzweck konstituiert wird, indem der Staat einen seinen Organen gegenüber selbständigen Willen anerkennt, der diesen Zweck zu realisieren hat. Darum sind die öffentlichen Behörden keine selbständigen Anstalten, wiewohl natürlich ihre Willensorganisation einen anstaltlichen Charakter an sich tragen kann, denn es mangelt ihnen die Selbständigkeit des Zweckes.“ — Správně uvádí Bernatzik (ibidem str. 96), že veřejný fond jest právnickou osobou jen tenkrát, jestliže jeho účel „als ein dem Zweck des Gemeinwesens gegenüber selbständiger abgezweigt“; lépe, je-li právním řádem uznán za nositele právních vztahů. — Srovn. O. Mayer, Theorie, 225. — Státní ústav třeba tedy odlišiti od ústavu veřejného.

<sup>9)</sup> Srovn. přehled u Jellinka, Allgemeine Staatslehre, str. 165; o theorii Gierkeových praví sám Jellinek: „Was Anstalt sei, wird aber von keinem dieser Schriftsteller gesagt, wie denn überhaupt vor Gierkes aufklärenden, aber dennoch nicht abschließenden Untersuchungen der Anstaltsbegriff zu den verworrensten der ganzen Jurisprudenz gehöre.“

<sup>10)</sup> Genossenschaftsrecht, III, 785.

státu ovládaného panovníkem, kdežto vyšší formou jest stát korporální, kde jest panovník pouhým služebníkem státu. O. Mayer<sup>11)</sup> nazývá stát „Überperson“ a vykládá velmi pracně a schematicky samozřejmou věc, že veškery právnické osobnosti mají svoji relevanci ve státu.

Jako nejpříjemnější výsledek těchto teorií jest možno akceptovati názor, že veřejný ústav jest personifikací výseku veřejné správy (t. j. výseku norem upravujících činnost k určitému účelu veřejnému). Existence technických zařízení, tedy věcného podkladu, obdoba s podnikem, předpoklad kontinuity, jsou faktickými elementy, které se pravidelně vyskytují, které nás však po stránce právní nemohou interesovati.

Jde ovšem o to, co jest rozuměti veřejnou správou. Francouzská theorie, jak uvedeno, pracuje úsilovně o vybudování tohoto pojmu, německá theorie snaží se překonati rozdíl mezi „Betriebs- und Hoheitsverwaltungen“<sup>12)</sup> a tvoří dokonce pojem „podniku veřejného práva“. Methodologicky jest zbytečno dělit na veřejné ústavy politické, sloužící státní moci, a sociální, jak činí Ulbrich<sup>13)</sup>, neboť první jsou pouhou součástí státní správy bez právní samostatnosti.

Rovněž dělení na ústavy samostatné a nesamostatné nemá významu. Neboť druhé jsou toliko orgány státu, obce atd.<sup>14)</sup>. Pojmově zbytečným jest dělení na ústavy veřejné, t. j. všeobecně přístupné, a ústavy veřejnoprávní. Všechny ústavy veřejné jsou veřejnoprávními. Ta okolnost, že soukromé zařízení (na př. soukromá škola) podléhá určitým předpisům, které považuje běžná theorie za veřejnoprávní, nezabývá je povahy soukromého zařízení. Představme si soukromé sanatorium a srovnáme je s veřejnou nemocnicí!

O. Mayer<sup>15)</sup> rozlišuje takto :

---

<sup>11)</sup> Juristische Person, 67, 70.

<sup>12)</sup> St a e d l e r, Die Reichspost als „Betriebsverwaltung des öffentlichen Rechts“, Archiv f. d. ö. R., 42. Band, 1922, str. 193 a násl. Kdo by si opět nevzpomněl na překonané lišení francouzské theorie mezi actes de gestion a actes d'autorité ?

<sup>13)</sup> Verwaltungsrecht, 33.

<sup>14)</sup> Ibidem. Zvláštní případ má na mysli Bernatzik, l. c. 139, dle něhož také u veřejných ústavů mohou býti „einzelne Interessensphären aus dem Kreise der anstaltlichen Aufgaben herausgegriffen und nur in dieser Richtung die Anstalt als Person anerkannt sein, wie bei Universitäten, Schulen, Spitalern, Bischofsitzen, welche häufig als Träger von Vermögensrechten oder politischen Rechten . . . juristische Personen hinsichtlich ihrer sonstigen Aufgaben nichts als staatliche Organe sind.“ Zřejmě pod tímto vlivem judikoval náš nejvyšší správní soud ohledně universit (srovn. Boh. č. 1596).

<sup>15)</sup> Verwaltungsrecht, II, 598.

Veřejný ústav náležející:  
právnícké osobě

veřejného práva

soukromého práva,

samostatný      nesamostatný

„Problém“ je dle mého názoru jednodušší.

Veřejný ústav (veřejného práva) nesamostatný je součástí veřejné správy, nemá právní subjektivitu. Co jest rozuměti veřejným ústavem právní osoby soukromého práva? Jest jím elektrická dráha náležející akciové společnosti? Myslím, že Mayer zachází příliš daleko a že tu máme prostě co činiti se soukromým podnikem, který má předepsanou povinnost k uzavření smlouvy (Kontrahierungszwang) a který je omezen policejními předpisy. — Aby dosavadní theorie vyšla ze zmatků, jest určiti po vzoru francouzském jedině kategorii veřejných ústavů, jimiž se rozumí zařízení mající samostatnou právní subjektivitu a jichž vztahy podléhají normám veřejnoprávním.

O. Mayer rozlišuje mezi „povahou veřejného ústavu“ a „právní osobností“. Ale právě charakteristikon veřejného ústavu je existence právní subjektivitu. Přijmeme-li hledisko Mayerovo, budeme znovu tápati ve tmách, poněvadž theorie nikdy nám neřekne, co je to ústav. Co jest veřejným ústavem bez právní osoby? Veřejná správa. Co jest rozuměti pod veřejným ústavem soukromé osoby? Soukromý podnik, provozovaný se zřetelem k zájmům obecně prospěšným. Přiznávám ovšem, že jest třeba, aby pojem veřejné správy tak, jak činí francouzská theorie, vyšel z úzkého rámce vrchnostenského a policejního zásahu a aby byl rozšířen na projevy státu a územních korporací v zájmu obecně užitečném, tedy Überwindung des Polizeistaates durch den Rechtsstaat<sup>16)</sup>.

<sup>16)</sup> Staedler, l. c. 204, praví: „In summa: selbst nach der überlieferten, vielleicht schon überlebten Formel ‚Hoheitsrecht-Polizeigewalt‘ braucht man den öffentlichen Rechtscharakter der Post- und Telegraphenverwaltung nicht zu leugnen, sofern man nur die rechtshistorische Sachlage zutreffend würdigt. Erst recht nicht, wenn man sich entschließt, öffentlich-rechtliche Eigenschaft den Akten des Staates und seiner verfassungsrechtlich bestellten Organe grundsätzlich überall da zu erkennen, wo der Staat, das Gemeinwesen, auftritt, in der Wahrnehmung des durch die Verfassung von Fall zu Fall ihm zugewiesenen Aufgabenkreises. Das wäre die wünschenswerte Parallelität zwischen ius publicum und respublica im Sinne der Überwindung des Polizeistaates durch den Rechtsstaat. Dann schadet auch nicht mehr der Zivilgerichtsstand der modernen Post- und Telegraphenverwaltung, sofern man nur, was alsdann nicht mehr schwerfallen kann, den Zivilrichter als Stellvertreter des Verwaltungsrichters erkennt und demgemäß würdigt. Dann wäre auch das öffentlich-rechtliche Fundament des Post- und Telegraphenrechts freigelegt, das O. Mayer noch vermißt, und das Fleiner erst noch sucht. Zugleich



Ústav představuje zákonem vymezený okruh autonomní správy, zákon je tedy negativním měřítkem ústavní správy potud, že správa ústavu nesmí mu odporovati. Nesmí mu tedy ani odporovati statut neboli ústavní řád, který má povahu druhotné normy, povahu prováděcího nařízení, k němuž byla správa ústavu zmocněna. Jestliže tedy nařizuje zákon, za jakých podmínek jest přijati nemocného do všeobecné veřejné nemocnice, nesmí obsahovati řád nemocniční jiného ustanovení. Správa nemocniční nesmí odepríti přijetí, leč z důvodů, které uznává zákon, resp. ústavní řád, vydaný ve shodě se zákonem. Velmi neuspokojivě jest dosud řešena otázka právního postavení uživatelů. Dle O. Mayera<sup>17)</sup> není třeba k podstatě veřejného ústavu, aby měli uživatelé veřejného subjektivního práva na užívání. Dle Jellinka<sup>18)</sup> spočívá veřejnost v povinnosti, aby bylo publikum připuštěno k užívání, v povinnosti uzavřítí s každým za určitých podmínek právní jednání, jejichž obsah byl dříve pevně stanoven. Ten, jemuž bylo odepráno právo k použití, má nárok na náhradu škody. A tak prý porušením veřejného práva mohou povstati soukromoprávní nároky. Práva na užívání veřejných ústavů jsou dle Jellinka pouhými „účinky reflexními“.

Toto konfusní řešení je zaviněno neustálým operováním s pojmem „subjektivního práva“, jehož obsah jest nezjistitelný. Otázku bude možno řešiti jen z předpisů pozitivního práva. Vůči veřejnému ústavu má každý postavení anonymní; reglementují-li zákon nebo ústavní řád podmínky použití, ocitá se nastávající uživatel v konkrétní a subjektivní situaci, jakmile žádá o poskytnutí užívání. Theorie i praxe směřuje k uznání, že jde v takovémto případě o právo, t. j. o tak mocný zájem uživatelův, že jej může chrániti právními prostředky (stížností). Jinak by veřejnost ústavu neměla smyslu. Jinak je tomu s veřejností náměstí, ulic, silnic atd., kde má uživatel skutečně postavení anonymní. Nikdo nemá „zvláštního“ subjektivního práva na užívání těchto věcí, nemá — nemám na mysli výjimečné případy vydržení a pod. — práva subjektivního v běžném slova smyslu. Zde tedy není možno, aby se ocitl jednotlivec v konfliktu

damit wäre auch der Boden bereitet, auf dem die Lehre von der öffentlich-rechtlichen Anstaltsnutzung im geltenden Post- und Telegraphenrecht ergiebiger als bisher angebaut werden könnte.“ — Dnes již nelze souhlasiti s O. Mayerem (Theorie, 225), že services public = státní ústav. Německá theorie ovšem dosud není vyhraněna v lišení mezi státním ústavem a ústavem veřejným. — Srovn. i Herrnritt, Die Grundlehren, který vidí (str. 335) základ veřejnosti ústavu prostě v tom, že byl zřízen z prostředků veřejné korporace!!! Z pouhého faktu, že veřejná korporace něco zařídí, nelze přec ještě dedukovat! Musí tu býti buď zákonný předpis (srovn. § 10 českého obecního zřízení) nebo statut jako druhotná norma právní.

<sup>17)</sup> D. Verw., II. vyd., 2. sv., str. 472.

<sup>18)</sup> System der subjektiven öffentl. Rechte, 1905, str. 74, 75.

se správou veřejného statku jako oprávněný; přísluší mu toliko stížnosti dozorčí. Ale u ústavu je věc zcela jiná. Ústav je již předem určen k tomu, aby se ocitl ve styku s určitými osobami, s osobami, jejichž zájem na použití ústavu je nekonečně intensivnější než zájem chodce po státní nebo okresní silnici. Jest tedy „ein subjektives öffentliches Recht auf Zulassung“<sup>19)</sup> charakteristickou a podstatnou známkou ústavu veřejného. To-liko tenkrát zapadá reglementace veřejných ústavů do rámce právního státu.

Německá theorie žije stále v těžkém ovzduší státu jako ústavu; suspenduje ochranu svobody a majetku pro uživatele ústavu. Dává ústavu rozsáhlé „právo domovní“. Přímo nepochopitelný je pro nás případ, který uvádí Mayer<sup>20)</sup>: Učitel pokračovací školy zpolicňuje žáka. Domácí právo ústavu o poličcích nemluví, ale právo k tělesnému pokárání pyne samo sebou z práva a povinnosti učitele k výchově.

V právním státě nemůžeme pro vnitřní správu ústavu přijati jiné hledisko než shora uvedené. Zákon musí zůstatí nedotčen, disciplíny nelze udržovati protizákonnými činy, omezení právního postavení uživatelů může jíti jen tak daleko, pokud sahá autonomie právním řádem výslovně poskytnutá.

O. Mayer — stržen francouzským ústavem — dává příliš pronikati ústavu proti jednotlivci. Užívání ústavu zakládá se však vždy na správním aktu, vyvolaném prohlášením uživatele; liší se podstatně od užívání veřejného statku. Již Nawiasky<sup>21)</sup> správně zjistil snahu německého právního života po zvýšené ochraně práv uživatele s tím odůvodněním, že se užívání zakládá na „Willenseinigung der beiden Faktoren“<sup>22)</sup>, že jde o „Kontra-

<sup>19)</sup> O. Mayer, l. c. 488.

<sup>20)</sup> L. c. 497. — Srovn. Fleiner, Institutionen, str. 157. — Bylo by to velmi podivné „Ausfüllung des freien Raumes“, ponechaného zákonodárcem!

<sup>21)</sup> Deutsches und österreichisches Postrecht, 1909, na str. 15 praví: „Gleichwohl erscheint es zu weit gegangen, wenn O. Mayer überhaupt eine rechtliche Gebundenheit der Anstalt gegenüber dem Benutzer leugnet, und was diesem geleistet wird, lediglich durch die innere Ordnung der Anstalt bestimmt sein läßt. Mayer steht hier offenbar unter dem großartigen Eindrücke der französischen Auffassung, die aber dem deutschen Rechtsbewußtsein nicht entspricht. Das letztere strebt vielmehr nach einer möglichst weiten Ausdehnung der Sphäre des subjektiven Rechtes und ist geneigt, sobald sich nur ein geeignetes Substrat findet, dessen Charakter als subjektives Recht anzuerkennen. Ein solches Substrat ist aber schon dann gegeben, wenn das Subjekt befähigt ist die Normen der Rechtsordnung in seinem Interesse in Bewegung zu setzen. Von dieser Fähigkeit aber kann man bereits sprechen, wenn ein Instanzenzug und das Recht darauf besteht. Das letztere trifft bei den öffentlichen Anstalten fast ausnahmslos zu, woraus folgt, daß in der Anstaltsnutzung gelegenen Ansprüchen in der Regel subjektiv-rechtliche Natur zukommt.“

<sup>22)</sup> Ibidem, str. 18.

hierungszwang“, jemuž odpovídá „veřejné subjektivní právo jednotlivců na připuštění k použití ústavu“. Tedy postup od „reflexních práv“ k zesílení nároku<sup>23)</sup>, ať již klademe za základ nároku správní akt nebo nahlížíme naň jako na vedlejší produkt objektivního práva.

Československá terminologie právní<sup>24)</sup> rozeznává podniky, ústavy, zařízení a fondy. Uvádím jako příklad zákon ze dne 18. prosince 1922, č. 404 Sb. z. a n., který liší státní závody, t. j. podniky od ústavů a zařízení. Dle zákona mohou závody, ústavy a zařízení konati jak správu čistě hospodářskou, tak úkoly veřejné správy (úkoly správní). Exekuční řád (§ 15) mluví o „veřejném a obecně prospěšném ústavu“. Dle zákona č. 128/1924 jsou okresní hospodářské záložny „samostatnými ústavy veřejnými“. Judikatura, Boh. 3269, mluví o ústavech práva veřejného, Budw. 8630, o fondových ústavech. Tedy terminologie velmi nepřesná<sup>25)</sup>.

Nesporo jest, že ústav nutno rozlišiti od úřadu. Úřad jest jen nositelem t. zv. vrchnostenských kompetencí státních, vykonávaných jménem státu k dosažení všeobecných státních účelů. Jest součástí centralisované organizace státní moci. Státní ústav, i když koná úkony, t. zv. vrchnostenské, má toliko určitou kompetenci vyměřenou právní normou k dosažení speciálního účelu (srovn. dávkový zákon ze dne 3. dubna 1925, č. 53 Sb. z. a n., a § 1 řádu 163/25: „Státní úřady, ústavy a podniky, mohou, pokud vykonávají výsostnou pravomoc, vybíratí zvláštní dávky za úřední úkony ve věcech správních“). Toto odlišení státních úřadů a ústavů spočívá však na okolnostech skutkových (vnitřní organizaci služby), nikoli právních. Státní ústav nemá právní osobnosti samostatné, t. j. není právně relevantní jednotkou; jest „pouhé zařízení státní, pouhá bezsubjektivní statio fisci, pouhý způsob a prostředek státní činnosti správní“<sup>26)</sup>.

I když sleduje dosažení zvláštního účelu ve státním organismu, vůle jeho orgánů není oproti vůli státní samostatnou a tvořivou mocí: jest podřízena státní vůli<sup>27)</sup>. Vznik a zánik státního ústavu je věci příslušného orgánu státní správy, jeho roz-

<sup>23)</sup> Srovn. Fleiner, Institutionen, 164 a násl. — Fleiner jest pod silným vlivem Jellinkových teorií. Dle něho (str. 312) jest nárok uživatele — ať již jako právo reflexní, nebo subjektivní — vždy jen produktem objektivního práva.

<sup>24)</sup> Srovn. práci Weyrovu. Příspěvky k teorii nucených svazků, Pražáka Spory, II, str. 29, 39 a násl. Tradičně přejímá dosavadní theoretické názory Herrnritt, Grundlehre, str. 231: „Von der Körperschaft unterscheidet sich die Anstalt als Verbandsperson dadurch, daß ihr Zweck und ihre Organisation nicht von ihr selbst, sondern von einem außerhalb ihrer stehenden Willensträger bestimmt sind.“

<sup>25)</sup> Srovn. zákony 27/22, 107/22, 291/22, 28/23 atd.

<sup>26)</sup> Boh. 1596.

<sup>27)</sup> Bernatzik, Jur. Person, 139.

hodnutím upravuje se výkon této správy v mezích dané mu moci, soukromé interesity nemohou býti tímto výkonem porušeny a není tu subjektu oprávněného ke stížnosti. Tak zruší-li státní správa státní střední školu, nejsou porušena subjektivní práva obce, v níž jest ústav, ani práva rodičů oněch dětí, které ústav navštěvují<sup>28)</sup>). Podobně u obce, okresu, země, župy zjistíme řadu t. zv. ústavů nesamostatných, které jsou pouhou součástí organismu samosprávné korporace, decentralisovaným výsekem její správy ovládaným příkazy ústředí<sup>29)</sup>). Jde o ústavy označované pojmem „ústavy veřejného práva“ proto, poněvadž platí pro ně právo veřejné. Sem se zahrnují i ústavy soukromé, podrobené omezením z důvodů veřejnoprávních. Úplně nevhodně: v prvním případě jde, jak řečeno, o součást veřejné správy, v druhém případě o ústavy soukromé<sup>30)</sup>).

Veřejný ústav jest třeba na druhé straně odlišiti od nadace, veřejného fondu a podniku. Nadací jest rozuměti jmění, které dle vůle soukromé zakladatelovy jest věnováno určitému účelu. Veřejné správě zbývá oproti nadaci toliko právo a povinnost k dohledu nad plněním zakladatelovy vůle<sup>31)</sup>). K dosažení nadačního účelu spolupůsobí: v prvé řadě kogentní vůle zákonodárná, dále vůle zakladatele, za ní disposiční předpis zákona a supletorně dispozice úřadu<sup>32)</sup>). Nadační účel sleduje zájem jednotlivcův.

Veřejný fond sleduje dosažení účelu veřejného. Jest základem pro plnění určitého veřejného úkolu a součástíkou organisace veřejnoprávní<sup>33)</sup>), značí veřejnou správu v jejích majetkoprávních vztazích.

Podnik státu neb veřejné korporace jest rovněž součástí jejích správního organismu; toliko po stránce vnitřní — nikoli právní — charakterisuje jej snaha po docílení zisku. Právně je tedy irelevantní, zda snad podnik nebo ústav pracuje nejen v zájmu veřejném, nýbrž i na zvláštní žádosti stran v jejich soukromém interesity. Těžko lze souhlasiti s argumentací nejvyššího správního soudu, Boh. 3269, dle něhož poštovní poplatky nejsou veřejnými dávkami dle § 111 ústavní listiny.

Správní soud usuzuje takto: „Nelze o tom pochybovati, že tato úplata, poněvadž právě jest odměnou za úkony, prováděné poštovním podnikem státním, tedy ústavem práva veřejného v oboru působnosti zákonem jemu přikázané, má ráz úplaty veřejnoprávní. Přes to nelze tu mluviti o veřejné

<sup>28)</sup> Boh. 3011, 4166.

<sup>29)</sup> Srovn. Boh. 4182 ohledně okresních ústavů pro zprostředkování práce a služeb.

<sup>30)</sup> Herrnrütt, ibidem, str. 236.

<sup>31)</sup> Boh. 843, 844.

<sup>32)</sup> Boh. 313.

<sup>33)</sup> Boh. 3501, srovn. zákon č. 268/1919, Herrnrütt, str. 232, výpočet má Mischler-Ulbrich, Staatswörterbuch, II, str. 139.

dávce, ..... neboť ..... neztratily poštovní poplatky charakter ekvivalentu za vykonané služby...!“ Dle tohoto nálezu je podnik státní ústav práva veřejného. Nesprávně. Podnik státní může zcela dobře podléhati soukromému právu. Ústav státní podléhá normám veřejnoprávním. Pošta má ostatně charakter státního ústavu<sup>34</sup>). Správně judikoval bývalý správní soud v Budw. 14556, dle něhož „státní ústav, který jest určen ke splnění správních úkolů, již pojmově vylučuje označení jako podnik (zařízení provozované po živnostensku)“.

Oproti tomu železnice jest státním podnikem. (Srovn. nálezu Bohusl. 3903.) Vydává-li ministerstvo nařízení a rozhodnutí rázu vrchnostenského, činí tak v povaze odlišné od správce státního podniku: jedná ve funkci úřadu, hájícího zájem státní na základě imperia. Jeho příkaz, vydaný na př. v oboru zdravotní policie, neemanuje z vůle správy podniku<sup>35</sup>).

<sup>34</sup>) Srovn. nálezy Budw. A. 12.441, 12.491, 12.938, 13.012, 13.007, 13.127, 13.818, 14.307, 14.557 atd., srovn. též Boh. 739. — Oproti tomu pln. usnesení ze dne 24. března 1923, č. 5015, CXLIX, dle něhož enunciat ministerstva pro správu pošt, telegrafů a telefonů, učiněný vůči abonentu a týkající se toliko tohoto poměru, jest pouhým prohlášením strany, ne-  
nařikatelným u nejev. správ. soudu. Povaha výjimky mají i ustanovení o náhradách škody (srovn. Budw. A. 5212, 5293, 5636). — N a w i a s k y, l. c. na str. 21, uvádí: Proti poštovnímu právu vznáší se výtka, že se staví málo na stanovisko publika a spíše hájí zájmy pošty. „In der beklagten Tatsache liegt kein Zufall oder etwa ein Ausfluß fiskalischer Willkür, wir erkennen vielmehr darin das der Natur der Anstaltsnutzung entsprechende Überwiegen der Anstaltsinteressen.“ — „Entgelt“ za použití jest poplatkem; dobývá se správní exekucí (§ 41 rak. zák.). — I přes subsidiární platnost § 1317 obč. zák. a 421 obch. zák. lze tvrditi, že jde o veřejnoprávní útvar. Normální instancí jest správní úřad, výjimečně v otázkách ručení jest povoláno forum soudní.

<sup>35</sup>) Boh. 2146 mluví rovněž o železnici jako státním podnikem. Srovn. Budw. 13.703: „Železnice, provozované státem na vlastní nebo cizí účet, nemají povahu veřejných fondů, které jsou určeny ke krytí potřeb veřejné správy.“ — Srovn. § 3 zákona č. 222/20 a § 15 nař. č. 666/20, dále § 9, odst. 3. organ. statutu dle vyhlášky z 19. ledna 1896. — Na theorii francouzskou připomíná § 2 železničního řádu dopravního, dle něhož lze udělití povolení, je-li zajištěn pravidelný, nerušený a bezpečný provoz. — Budw. 465 A. — Telegraf a telefon jsou rovněž státními ústavy. Judikatura jest velmi kuriosní, jak uvádím na těchto excerptech: „Denn daß der Telegraph eine der öffentlichen Wohlfahrt dienende und ausschließlic für diese geschaffene Staatsanstalt sei, kann angesichts der Normativvorschrift der Allerhöchsten Entschließung vom 16. Jänner 1847 (Hofkanzlei-Decret vom 25. Jänner 1847, Polit. Ges.-Samml. Nr. 9), umsoweniger einem Zweifel unterliegen, als der Telegraph ursprünglich nur als eine zur Förderung der staatlichen Verwaltung bestimmte Institution ins Leben gerufen wurde und Anfangs für die Benützung durch das Publicum nicht zugänglich war.“ — Dle judikatury jest rozeznávati: státní „Behörden und Ämter“, kterým přísluší výkon imperia, a „Staatsanstalten“, které jsou zřízeny k podpoře obecného blaha. Takovým ústavem jest telegraf a telefon. „Tento charakter státního ústavu není vyloučen tím, že takový ústav koná služby nejen ve veřejném zájmu, nýbrž i v zájmu zvláštním, nebo na zvláštní žádost stran.“ —

Státní podnik liší se tedy od státního ústavu tím, že v prvném případě jde o výdělečné podnikání po vzoru soukromníka, podrobené panství soukromého práva. Státní ústav není speciální úkon veřejné správy, podléhá právu veřejnému. Státní podnik i ústav jest odlišiti od veřejného ústavu; i podnik i ústav státní nejsou právě relevantními jednotkami, právně jsou součástí státní správy.

Státní ústav může ovšem býti též veřejným státním ústavem, t. j. uživatelé mohou míti právní nárok na jeho použití. Nebude však veřejným ústavem v technickém slova smyslu, jak jest dále definován, neboť nemá samostatné právní osobnosti.

Tak zvaný soukromý ústav není rovněž právně relevantní jednotkou. Po stránce majetkoprávní reprezentuje jej osoba fyzická; po stránce veřejnoprávní podléhá snad určitým policejním omezením, ale tím nenabývá žádné zvláštní právní osobnosti. Vezměme jako příklad diecesní učiliště biskupa, pro něž platí nařízení z 23. dubna 1850, č. 157 a z 30. června 1850, č. 319 ř. z.: stává se ústavem veřejným proto, že je podrobeno státní moci, nebo snad proto, že stát přispívá k úhradě nákladů? Dojista nikoli<sup>36)</sup>. Škola zřízená soukromníkem dle nařízení ze dne 27. června 1850, č. 309 ř. z., resp. zákona č. 73/1922 (srovn. § 68—73 ř. z. školního) podléhá státnímu dozoru a policejním omezením, není však právní jednotkou, není samostatným právním subjektem. V nálezu Boh. 3064 se praví výslovně: „Obec Liberec, vydržující reformní gymnasium, činí tak mimo okruh záležitostí, uvedených v § 51 a 52 obec. zřízení pro Liberec; město rovná se v záležitostech správy tohoto ústavu soukromé osobě vydržující soukromou střední školu; vztahy jeho k osobám školu navštěvujícím řídí se dle práva soukromého (školné).“

Udělením práva veřejnosti nestává se škola přirozeně ústavem veřejným, parifikuje se toliko v určitém směru (právo vydávati vysvědčení) se školou státní.

Zcela jasně vyslovuje tyto zásady nálezh. 4355: Ústav, gymnasium, nestává se státním proto, že „vyučování na ústavě tom, organisace jeho, dozor nad ním, jsou stejné jako na ústavech státních, že ředitel ústavu jest státem jmenován, že profesori jsou větším dílem státem placeni a že vysvědčení z ústavu toho mají stejnou platnost jako z ústavu státního“. Okolnosti

Místní telefonní ústavy byly nejprve po živnostensku provozovány zvláštní společností a teprve zákonem ze dne 28. května 1895, č. 76 ř. z., byly sestátněny. Poněkud odvážná jest ovšem tato argumentace: „Stát může výkon jednotlivých správních úkolů přenést na soukromníky a jestliže soukromník úkoly takové s úmyslem výdělečným přejímá, provozuje podnik výdělečný — tak je tomu také u poštovních úřadů soukromých —, jakmile však stát sám opět převezme splnění dotyčných správních úkolů, nelze již mluvit o živnostenském podniku.“

<sup>36)</sup> Boh. 1886.

tyto jsou jen důsledkem organisačních předpisů pro nestátní, avšak veřejné školy střední, zejména též městské, jednak pak dozorcích práv státu k nestátním školám středním, nemohou však z ústavů nestátních činití ústav státní, z profesorů takového ústavu zaměstnance státní.

Veřejný ústav charakterisují dle judikatury tyto momenty :

a) Vykonává se jím veřejná správa. Tak obec, zřizující obecní hřbitov, vykonává působnost dle zákona ze dne 30. dubna 1870, č. 68 ř. z. <sup>37)</sup>. — Studna jest obecním ústavem <sup>38)</sup>. — Podobně vodovod <sup>39)</sup>.

b) Má samostatnou „právníckou osobnost“. — Nejjasněji vynikne tento požadavek u ústavů komunálních, zvláště obecních, kde jest třeba přesně odlišiti ústav od podniku. Ze starší judikatury uvádím tento důležitý nálezn (Budw. 9434 A.) o nemocnici plzeňské :

„Otázku, zda veř. všeob. nemocnice v Čechách, pokud byly dle zákona z 5. března 1888, č. 19 z. z. zřizeny obcemi, sluší pokládati za obecní ústavy ve smyslu § 72 zřiz. obec., jest zodpověděti záporně. Za „obecní ústavy“ nelze snad považovati všechna zařízení, jež v obci vůbec jsou, nebo která obci jsou zřizena, nýbrž pouze ona, jichž provozování znamená součást působnosti, přikázané obci podle obecního zřízení, a jichž jmění, třebaže bylo zatíženo zvláštním ustanovením o svém účelu, náleží přece obci a podléhá jejímu výlučnému disposičnímu právu. Byly-li dříve nemocnice, zřízené a vydržované obcemi, považovány za obecní ústavy, neplatí to o veř. všeobec. nemocnicích, organisovaných dle zákona z roku 1888, neboť tento zákon hledí k veřejným všeobecným nemocnicím v Čechách jako k samostatným právníckým osobám, jež jsou od obcí docela nezávisly a jež se mohou dostati event. i v konflikt s obcí.

Tomu svědčí jmenovitě § 6, že nemocnice mají se samostatně vydržovati z výnosu vlastního jmění svého, z náhrad výloh ošetrovacích a z jiných příjmů a že jsou spravovány orgány dle stanov k tomu povolányi za dohledu zemského výboru a úřadů politických. Obce jsou v § 7 al. 2. uvedeny pouze jako ony faktory, jimž náleží iniciativa k zřizování takovýchto právníckých osob, nelze je však s nimi stotožňovati.

Tutéž myšlenku sleduje i § 8, předpisuje-li, že veřejné všeobecné nemocnice musí mítí stanovy, jež nemohou býti však určeny samostatně zřizovatelem nemocnice, nýbrž musí se shodovati se zásadními předpisy zákona. Tyto stanovy musí jmenovitě dle § 9 obsahovati předpis o tom, kdo obstarává správu ústavu, a kdo jej na venek zastupuje. Dle §§ 11 a 14 správa nemocnice, jež na-

<sup>37)</sup> Boh. 4037.

<sup>38)</sup> Boh. 2814.

<sup>39)</sup> Boh. 4177.

prosto není identickou se správou obce, má zvláštním inventářem chovati v patrnosti jmění ústavu i nadace jemu svěřené a vésti řádné účty o fondech, věnovaných zvláštním účelům. Zvláště však má správa ústavu — a nikoliv obec jako taková — zasílati každoročně výboru zemskému účet o hospodářství ústavu a k event. jeho žádosti i rozpočet k prohlédnutí. Usnesení a opatření nemocniční správy podléhají v určitých směrech dle § 12 přímému schválení zemského výboru a nikoliv schválení okresního výboru, jak by tomu bylo při vlastním obecním ústavu. Také má dle § 14 z e m s k ý v ý b o r vyřizovat účty, čemuž by tak nebylo při ústavu obecním, neboť potom náleželo by vyřizovati účty pouze obecnímu zastupitelstvu s připuštěním další cesty instanční.

Z tohoto zákona nelze usuzovati na tak úzký styk mezi obcí a nemocnicí, aby bylo možno považovati tento ústav za ústav obecní a jmenovitě aby bylo možno přiznati obci oprávnění volně disponovati s jměním tohoto ústavu; naopak jsou veřejné nemocnice, i když byly obcí zřízeny, v dalším svém provozování a ve své faktické i právní existenci od obce zásadně neodvislými. Jenom tehdy, kdyby byla nemocnice zbavena charakteru veřejnosti, mohly by dle § 33 stanov, resp. § 19 odst. 3. zákona, přijíti k platnosti předpisy obecního zřízení o obecních ústavech.

Předpisů zákona z r. 1888 nutno použití v plném rozsahu i pro veřejnou nemocnici v Plzni, neboť tento ústav byl stanovami, vydanými dle zák. z r. 1888, postaven zcela na právní podklad tohoto zákona. Stanovy tyto odpovídají úplně shora uvedeným zásadním předpisům zákona a obsahují jmenovitě ustanovení, nepřipouštějící žádné pochyby o tom, že tato nemocnice je samostatnou, od obce různou právníkou osobou. Vyplývá to nejen ze stanov, jež jsou shodny se zákonnými předpisy nahoře uvedenými, ale jmenovitě z § 1, dle něhož obec plzeňská věnuje trvale účelům nemocnice reality, které dříve byly v jejím neobmezeném vlastnictví a vzdává se každého disposičního práva nad nimi, z čehož je zřejmo, že obec plzeňská sama považuje veřejnou nemocnici za samostatný právní subjekt, s nímž toto právní jednání uzavírá. Totéž dokazuje i další předpis stanov, jímž označuje se veř. nemocnice za vlastníci určitých rent. Totéž je zřejmo i z § 2., al. 2., jímž se obec zavazuje poskytovat nemocnici bezúročné zálohy, jež nemocnice má obci spláceti dle možnosti, z čehož opět je zřejmo, že obec a nemocnici považovati jest za dva samostatné právní subjekty. Tomu nepřekáží ani to, že správním výborem nemocnice jest městská rada a vrchní správou nemocniční obecní zastupitelstvo, poněvadž ani městská rada, ani obecní zastupitelstvo nevykonávají v této funkci právo obce dle obecního zřízení, nýbrž vystupují jako orgán stanovami k tomu povoláný a rozmnožený mimo to i o zástupce zemského výboru. Jest to obdobný případ,



jako na př. při farních obcích, jež jsou rovněž samostatnými, od obce odlišnými právními subjekty, jež však jsou zastupovány obecním výborem místní obce.“

Když tedy zřídily okresy Vinohradský a Žižkovský nemocnici dle zákona z 25. března 1888, vznikl ústav samostatný, s odlišnou osobností od obou zúčastněných okresů. Úředníci nemocnice stali se úředníky ústavu a vztahoval se na ně zákon z 5. března 1888, č. 19 z. z., nikoli zákon 444/19. — Spořitelna zřízená dle zákona č. 302/20 jest ústavem samostatně zřízeným a organisovaným a samostatnou právníckou osobou. S obcí souvisí toliko tím, že tato ručí za její závazky. Dojde-li však k rozpuštění výboru a ředitelství dozorčími orgány, jest tím zasaženo do práv spořitelny, nikoli obce <sup>40</sup>).

c) Jest ústavem veřejným.

Veřejností rozumí se všeobecná reglementace právním předpisem, zvláště pokud jde o poměr k uživatelům. Nejde o všeobecnou přístupnost, nýbrž stejnoměrnost reglementace vůči všem, kdož chtějí ústavu použítí. Veřejnost není pojmem aprioristicky daným. Teprve in concreto — zkoumáním zákona, resp. odvozeného z něho statutu — jest možno zjistiti právní povahu ústavu. Je-li dle těchto norem správa ústavu vázána tak, že ohledně použití ústavu rozhoduje jedině zákonná norma, že tedy její vůle úplně mizí před imperativem normy, jde o veřejný ústav.

Vznese-li kurator choromyslné osoby X. Y. žádost za přijetí do ústavu pro choromyslné, mění se objektivní situace, v níž se nalézal před vznesením žádosti, v právní nárok; přijetí nesmí býti odepřeno, jsou-li splněny podmínky statutu, resp. zákona <sup>41</sup>).

Předpis § 10 ob. zř. čelí všeobecně k docílení veřejnosti obecních ústavů: z užívání ústavu obecního nesmí býti nikdo svémocně vyloučen. Nesmí se tak státi ani druhotnou normou vydávanou obec. zastupitelstvem t. j. statutem a nesmí se tak státi ani konkrétním rozhodnutím <sup>42</sup>).

Tato „veřejnost“ ústavu a výkon veřejné správy jsou tak důležitým znakem, že — nejsou-li splněny — pouhé oddělení jmění a pouhá právnícká osobnost nemohly by založiti právní povahu veřejného ústavu. Nejvyšší správní soud v řadě nálezů (Boh. 1076, 1147, 3189, 3341, 3342) zdůrazňuje veřejnoprávní povahu postavení lékaře všeobecné veřejné nemocnice a mluví o zvláštním mocenském poměru. Toto stanovisko nelze pochopiti

<sup>40</sup>) Boh. 4420: Jde-li o ústav nesamostatný, nikoli o ústav veřejný (samostatný), jsou zaměstnanci takového ústavu přirozeně orgány veřejné správy (státu, obce atd.). Srovn. nález ze dne 18. dubna 1925, č. 4280. — Zřídí-li stát školu, koná tím jen veřejnou správu dle zákona; škola jest součástí státního organismu a platí o ní kogentně veškerý právní předpisy, nejsou možny úchytky (srovn. Budw. 944 A.).

<sup>41</sup>) Boh. 3819.

<sup>42</sup>) Budw. A. 4575.

jinak, než že veřejná nemocnice (obecní, okresní) podléhá při provozu panství práva veřejného, že majetkoprávní substrát — odlišný od jmění zřizovatele — jest základem činnosti, která kotví v normách veřejnoprávních. Vždyť — konec konců — majetkový substrát ústavové činnosti nemusí mítí vůbec žádného vztahu k veřejnoprávní korporaci (srovn. Budw. 5611. A. ohledně hřbitova, Boh. 631 a 1596), na druhé straně může býti vykonáván provoz podniků osobami, majícími veřejnoprávní postavení v organismu obecním<sup>43)</sup>.

Zákonodárství počíná již sledovati cesty naznačené judikaturou. Tak uvádím zákon ze dne 7. prosince 1921, č. 464 Sb. z. a n., který v § 1 kreuje obecní ústavy pro spalování mrtvol. Prováděcí nařízení (č. 194/23) ustanovuje (§ 4, odst. 2.):

„Krematoria jsou povinna, pokud technicky stačí, přijímat ke spalování všechny mrtvoly, o jejichž spálení bylo žádáno, i odjinud dopravené.“ — V § 15: „Správa krematoria je povinna, vydati zvláštní řád a sazbu poplatků za jednotlivé úkony a jimi se řídit“ (k tomu srovn. § 23 prov. nař.)<sup>44)</sup>.

Zvláštní postavení má škola národní: Chápeme-li ji jako ústav vyučovací, pak nejde o ústav v techn. slova smyslu, jde tu o součást veřejného organismu školského, „veřejné správy školní“ (Boh. 1198). Proto úředním orgánům — nikoli obci ani školní radě — přísluší výhradně výkon práv týkajících se vzniku a zániku ústavu (Boh. 1100). Obec, nebo místní školní rada nemohou proto ani svým nákladem udržovati třídu, která byla zrušena (Boh. 1379). Uživatelé (rodiče, zastupující děti) nemají žádných subjektivních práv ohledně provozu ústavu. Tak nejsou legitimováni ke stížnosti do rozhodnutí o zrušení školy (Boh. 1612, 1776, plenární usnesení ze dne 3. dubna 1922, č. 4030 CI)<sup>45)</sup>.

Jinak ovšem nutno hleděti na „školu“, pokud jde o opatření věcného podkladu činnosti vyučovacího ústavu. Zde vystupuje jako nositel břemene i práv školní obec, representovaná místní školní radou.

Tato místní školní rada (§ 10, bod c) zákona z 25. května 1868, č. 48 ř. z., § 11 zák. o dozoru ke školám ze 24. února 1873, č. 17 z. z., § 2 zák. ze 24. února 1873, č. 16 z. z., zákon č. 292/20 v §§ 17 a 23 a nař. č. 605/20 §§ 1 a 10) má právní postavení dvojí: a to jako nejnižší úřad pro dozor ke školám zřízený a jako orgán, povoláný ze zákona na zástupce školy a obce školní jakožto samostatných entit právních a nositelů práv. — Má-li se za to, že v této druhé vlastnosti byla roz-

<sup>43)</sup> Boh. 1567, srovn. kompet. konflikt, Boh. II. díl, str. 783.

<sup>44)</sup> Z doslovu zákona (arg. § 1 „obec“, § 24 nařízení, arg. § 2 zák.) lze ovšem souditi, že jde o ústavy nesamostatné, o pouhou součást obecní správy zdravotní.

<sup>45)</sup> Srovn. nálezy: Boh. 2521, Boh. 2557.

hodnutím nejvyššího úřadu práva školy neb školní obce porušena, má legitimaci ke stížnosti (Boh. 4052).

Školní obec vystupuje jako veřejnoprávní korporace, oprávněná k obhájení svých práv a nároků ke správě věcného nákladu školy<sup>46)</sup>.

Zvláštním útvarem jsou i okresní hospodářské záložny. Dle § 1 zákona ze dne 6. června 1924, č. 128 Sb. z. a n. jsou „samostatnými“ ústavy veřejnými a jejich kmenové jmění „jest povahy veřejnoprávní“ (§ 4). Jsou smíšeným typem útvaru ústavového a korporačního. Zřizují se nikoli dle svobodného rozhodnutí, nýbrž na základě zákonného příkazu (arg. § 45 „zřídí se“). Zemský výbor dohlíží nad splněním zákona, přikazuje jmění kontribučních a peněžních fondů sousední záložně, spojuje záložny (§§ 45, 46) povoluje jejich zrušení. Základ okresní hospodářské záložny jest věčný, prestační nebo kontribuční fond; vedle toho jest tu však i moment osobní (účastníci záložny). Korporační povaha však zcela ustoupila do pozadí oproti povaze ústavu: účastníci nerozhodují o tom, má-li se záložna zříditi či nikoli; zřízena býti musí, jsou-li tu zákonitě předpoklady; účastníci nerozhodují o zrušení nebo sloučení záložny, rozhoduje úřad. Jejich práva vyčerpávají se ve volbě správních orgánů, jejichž pravomoc jest však již předem přesně stanovena zákonem a nařízením a podrobena dozoru úřadu. Úřadům (okresnímu a zemskému výboru) vyhražena jest pronikavá ingerence: rozhodují o tom, jsou-li tu podmínky ke zřízení a zrušení ústavu, rozepisují volby, svolávají valnou hromadu, vykonávají dozor, spojený s právem navrhovacím, sistování atd.

Zajímavým momentem jest, že účastníci záložny, kteří svou valnou hromadou představují korporační prvek, vystupují současně jako uživatelé. Neboť (§ 11) jim v první řadě sluší poskytovat úvěr; jejich právo zeslabeno jest ovšem stejným konkurujícím právem všech zemědělců — i neúčastníků — okresu. Teprve po nich nastupuje právo dalších osob na poskytnutí úvěru. V této reglementaci práva na úvěr provedené zákonem spatřoval bych právě povahu veřejnosti ústavu, specificum, kterým se odlišuje od kteréhokoli ústavu soukromého. Předpisy o kmenovém jmění, o dotacích fondů atd., mohly by odůvodniti zařazení okresní hospodářské záložny v kategorii ústavů, stojících pod intensivním dohledem úředním, moment veřejnosti nebyl by

<sup>46)</sup> Srovn. Mráz, Právní povaha a úkol školní obce, Správní Obzor IV. Srovn. nález Boh. 1596: „Tam orgány universitní pouhé orgány ústavu státního, tedy orgánu státu samého v poměru služební podřízenosti vůči státní správě vyučovací.... Zde orgány právního subjektu od státu odlišného a představitelé subjektu navenek, kteří proti každému zásahu do korporační samosprávy, byť zásah tento vycházel i od správy státní, mohou domáhati se ochrany právní všemi prostředky, které právní řád na ochranu práv poskytuje.“

však jimi založen. Tento prvek ústavový, spočívající na všeobecné úpravě práv osob třetích, nalézáme i v § 4, odst. 4. o dobrovolném přístupu, v § 10, odst. 1. o stanovení podmínek úvěru. Není tedy dosti kongruentním ustanovení poslední věty § 11 zákona, kdež se praví: „Žádosti za poskytnutí úvěru mohou býti zamítnuty bez udání příčiny a nelze se z toho odvolati.“

Touto větou degradován jest předpis § 11, odst. 1. na pouhou instrukci, nad jejímž zachováním bude bdíti nadřízený úřad ex officio, která však neposkytuje nikomu žádného práva, nezaručuje účastníku práva na úvěr. Vidíme tu boj mezi principem soukromopodnikatelským a živnostenským a principem ústavovým, který končí plným ústupem posledního.

In summa: okresní hospodářské záložny nejsou vlastně veřejnými ústavu. Jsou to ústavu peněžní, jejichž hmotný základ jest stanoven zákonem a jejichž správa provádí se orgány, které si vlastníci tohoto základního jmění zvolili. Jejich postavení neliší se valně od postavení vlastníků domů, s nimiž jest spojeno pravovárečné právo. Na tom nemění ničeho ostrý dohled nadřízených úřadů<sup>47)</sup>. —

Zřízení veřejného ústavu spočívá v normě zákonné, event. v projevu vůle orgánu, jemuž zákon tuto pravomoc delegoval. Tak právní povaha nemocnice dle § 7, odst. 3. zákona z 5. března 1888, č. 19 z. z., t. j. nemocnice veřejné zakládá se zemským zákonem<sup>48)</sup>. Podobně nález Budw. 11.135 A dovozuje, že podnik soukromý, který jest s to plniti povinnosti uložené obci jako veřejný úkol, nestane se obecním statkem (Gemeindegut) nebo obecním ústavem toliko tím, že přešel do vlastnictví obce; může býti dále provozován jako podnik soukromý, „sofern nicht durch das Gesetz oder durch einen Widmungsakt der Gemeinde die Konstituierung als Gemeindegut oder als Gemeindeanstalt erfolgt oder aus der Einrichtung für den Gemeingebrauch zu folgern ist“.

Tento volní projev orgánu, zakládajícího veřejný ústav — pokud se tak neděje zákonem — spočívá ve vydání statutu, t. j. všeobecné normy reglementující veřejnost ústavu (Budw. 11.549 A). Jestliže tedy zřídí veřejný činitel určité zařízení, aniž vydal tuto všeobecnou reglementaci, nejde o veřejný ústav. Důsledek: poměr tak zvaných uživatelů jest týž, jako poměr

<sup>47)</sup> Souhlasně nález z 15. prosince 1900, č. 8821, Budw. 14.947. Dle něho neliší se okresní hospodářská záložna od podniků živnostensky spravovaných (souhlasně Budw. A. 14.068, Bohuslav 2073), opačně Bohuslav 610, dle něhož „okresní hospodářské záložny nejsou obyčejným podnikem výdělečným, nýbrž ústavem, jenž se dotýká zájmů celého okresu. Jinak by okresní výbor neměl titulu, aby spolupůsobil v jejich správě.“

<sup>48)</sup> Boh. 631 mluví o „konstitutivním momentu pro právní povahu ústavu jako všeobecné veřejné nemocnice“, kterým jest zákon, nikoli vydání statutu.

kterýchkoliv kontrahentů (tedy soukromoprávní, Budw. 10.960 A). — Oproti tomu poměr třetích osob — uživatelů — vůči skutečnému veřejnému ústavu jest veřejnoprávní; poskytovaná úplata má rovněž ráz veřejnoprávní<sup>49)</sup>.

Zavádí-li tedy obec vodu do domů dle smluv, nikoli dle statutu, platí předpisy soukromoprávní (Budw. A 10.960, 11.549). Jde-li však o skutečný ústav, i pouhá možnost přístupu může býti základem poplatné povinnosti<sup>50)</sup>. —

Správě veřejného ústavu přísluší vůči uživatelům moc policejní (Anstaltspolizei), jejímž úkolem jest zachování

<sup>49)</sup> Boh. 3353, kdež se praví: „Přijetím do veřejného státního ústavu středoškolského vzniká mezi státem jako vydržovatelem školy a žákem, resp. jeho zákonným zástupcem veřejnoprávní poměr, jehož podstatným obsahem jest s jedné strany závazek státu, že bude poskytovat žáku vyšší školní vzdělání, s druhé pak závazek žáka, resp. jeho zákonného zástupce, že jest ochoten ke všem plněním a úplatám, jež jsou spojeny podle zákonitých předpisů s návštěvou dotčeného ústavu. — Školné na středních školách jest veřejnoprávní úplatou, není však veřejnou dávkou ve smyslu § 111 ústav. listiny.“

<sup>50)</sup> V nálezu ze dne 4. května 1925, č. 3909, Boh. 4669, praví nejvyšší správní soud ve věci všeobecného vodného: „Stížnost opírá názor, že dávkou povinen jest pouze ten, kdo vodu skutečně odebírá, především poukazem na § 28, odst. 1. ob. finanční novely, jež opravňuje obec vybírat s vyšším povolením poplatky jako náhradu za užívání veřejných zařízení obecních a chce tím snad namítnuti, že odchýlné ustanovení vybíracích pravidel nebylo by kryto zákonem a bylo by tudíž neplatno. — Než znění ono po názoru nejvyššího správního soudu nenutí k úzkému výkladu, jaký mu dává stížnost. Zajisté bude při mnohých veřejných zařízeních obecních povinnost poplatková podmíněna skutečným použitím toho kterého zařízení. Avšak na druhé straně jsou zase zařízení, jichž používání je všeobecně přístupno, aniž by kontrola jednotlivých užívacích úkonů byla technicky možná. Při takových zařízeních — a k nim náleží především vodovod s volnými výtoky ve veřejných kašnách, uličních stojanech a pod. — s hlediska finanční techniky nelze poplatkovou povinnost podmiňovati skutečným použitím zařízení v jednotlivých případech, tedy při vodovodu skutečným odebíráním vody, nýbrž stačí již pouhá možnost, užívati onoho zařízení obecnému užívání přístupného. Jinak by velká část užívacích úkonů pro nemožnost kontroly zpoplatnění vůbec unikla. Již tím, že dává se obyvatelstvu možnost užívati dle jeho vůle bez dalších předpokladů určitého veřejného zařízení obecního, je mu poskytnuto jeho užívání a je dán titul pro požadování náhrady za tuto výhodu. Ostatně i když by § 28 ob. finanční novely vykládal se ve smyslu přísného principu poplatkového, nelze přehlédnouti, že vodní dávka, o kterou dnes jde, povolena byla obci usnesením vlády, vláda je pak dle § 38 obec. finanční novely zmocněna povolití obcím i jiné dávky, nežli které v tomto zákoně jsou uvedeny, může tedy povolití obci i dávku za pouhou možnost odebírání vodu z obecního vodovodu, která není poplatkem v technickém slova smyslu, takže o platnosti sporných dávkových pravidel nemůže býti pochybnosti. — Podle toho, co řečeno, je pro majitele domů, do nichž voda nedodává se vodoměrem, dávková povinnost na skutečném odebírání vody nezávislá. Vzhledem k tomu je okolnost, zda v domě stěžovatelčině vody z obecního vodovodu se používá čili nic, irrelevantní...“

pořádku a zákonů v ústavu. Vedle toho přísluší jí však práva plynoucí z povinností k nerušenému provozu ústavu.

V nálezu Boh. 4037 praví nejvyšší správní soud: „Jednotlivec vstupuje do okruhu veřejného ústavu, aby bral podíl na tom, čeho ústav poskytuje, stává se článkem správního ústrojí ústavového a vstupuje vůči veřejné správě do zvláštního kvalifikovaného poměru mocenského, který v zájmu veřejného účelu ústavem sledovaného podrobuje jej kvalifikované moci ústavových orgánů a všeobecnou jeho povinnost poslušnosti stupňuje. Správa ústavu není omezena na pouhou činnost policejní, směřující k zamezení všeho, co by ohrožovalo bezpečnost, klid a pořádek v ústavě, nýbrž v základě onoho zvláštního mocenského poměru jest nadto dále oprávněna v cestě správní také pozitivně upravovati všechn provoz ústavu, zejména určovati, za jakých podmínek a jakým způsobem poskytuje se užívání ústavu, a uživatelům ústavu ukládati zvláštní povinnosti, jichž zachování v zájmu úspěšného fungování ústavu je žádoucí.“

Toto oprávnění má však hranice ve všeobecných normách právních, které nemohou býti statutem překročeny<sup>51)</sup>. —

<sup>51)</sup> Cit. nález ze dne 18. října 1924, č. 17.872, Boh. 4037, praví: „Oprávnění správy komunálního hřbitova, upravovati provoz jeho a při tom omezovati uživatele hřbitova, není ovšem neobmezeno. Má své hranice především ve všeobecných normách právních. Pokud tyto samy materie se zmocnily a předpoklady a způsob užívání hřbitovů upravily, nesmí správa hřbitova jíti přes meze, v těchto normách vymezené. Avšak ani v tomto zákonném rámci není neobmezena. Stupňovaná moc její nad uživateli hřbitova jest jí dána v zájmu dosažení účelů tohoto ústavu a má tedy v účelu tom svou přirozenou hranici; může proto také uživatele hřbitova v přirozené, faktickými poměry dané volnosti při používání hřbitova omezovati jenom potud, pokud toho účely hřbitovní vyžadují. — Podle bodu 7. dvorní dekrety z 23. srpna a 13. září 1784, sb. z. pol. sv. 6, str. 568, je příbuzným a přátelům, kteří chtějí pro potomstvo postavit zvláštní pomník lásky, úcty a vděčnosti k zesnulému, dovoleno pohnutky tyto uvéstí ve skutek, a dvorní dekret z 12. srpna 1788, č. 1469 (J a k s c h, sv. I., str. 247), dopouští postavit na hrobě náboženské znamení, odpovídající obyčejí v zemi panujícímu. Nelze pochybovati, že pomníkem lásky a náboženským znamením v zemi obvyklým sluší rozuměti nejen pomníky ve vlastním slova smyslu, nýbrž také upravení a vyzdobení rovu způsobem, odpovídajícím místním obyčejům a náboženským zvyklostem. Je tedy ustanovením zákona — jak dlužno oba citované dvorní dekrety kvalifikovati — uznána zásadně volnost majitelů hrobů, aby úpravou roků, pokud není v rozporu s obyčejem v zemi zachovávaným, podle své vůle, jak to odpovídá jich smýšlení a citům, uctivali památku nebožtíků, z toho plyne ovšem, že v uvedených mezích také způsob a provádění této úpravy musí býti ponecháno individuální volbě. — V této zákonem uznané volnosti jednotlivců v užívání hřbitova má ústavová moc obce svou hranici. V tomto rámci nemůže obec proti jednotlivcům, kteří chtějí zákonné své volnosti užítí, nastupovati svou mocí ústavovou, nýbrž toliko svou mocí policejní, zabránuje, aby jednotlivci své volnosti nezneužívali způsobem, odporujícím povaze hřbitova, jako ústavu zdravotního a posvátnosti pohřebiště. Policejní omezování volnosti jednotlivcovy je však přípustno jenom potud, pokud je ho k zachování veřejného pořádku nezbytně zapotřebí. Předpokládá, že porušení

Jak jest z předepsaného patrnó, nastoupilo právo Česko-slovenské samostatné cesty k vybudování pojmu veřejného ústavu. Budující práva uživatelů a poukazující do zákonitých mezí moc ústavovou snaží se o harmonické vyrovnání zájmu veřejného i zájmu jednotlivce, jehož nechce ponechati bez ochrany. Nejde ani o typ francouzské theorie ani o ústav Mayerův; jde o svéráznou instituci, která odpovídá ideálu právního státu. Jest ovšem třeba přesného odlišení veřejného ústavu jako samostatné právní entity od pouhých decentralisačních forem správy státní a správy samosprávných těles<sup>52)</sup>. A tak, ač v praxi se vyskytují „měnivé hranice“, přechody a smíšené formy, poloformy (srovn. university, okresní hosp. záložny, pošty atd.)<sup>53)</sup>, nemůže věda ustoupiti od snahy po ražení přesného pojmu. Jest její povinností, aby konstatovala jeho shodu s praxí, aby upozorňovala na logičnost nebo okliky jejího myšlení a působila na ustálení pojmů právnícké terminologie.

to už nastalo nebo bezprostředně hrozí. Nejde však policejní moc tak daleko, aby mohla předem již zakazovati generelně nějaké jednání zákonem dovolené jedině proto, že by snad někdy mohlo z něho vzniknouti porušení veřejného pořádku. To platí i o policejní moci obce ohledně veřejných hřbitovů. Je tedy obec zajisté oprávněna zakročiti policejně v jednotlivých případech, když by upravováním a udržováním hrobů bezprostředně hrozilo nebo již nastalo porušení veřejného pořádku hřbitovního, nelze jí však přiznati moc, aby v těchto směrech již generelně předem vylučovala vlastní činnost majitelů hrobů, zákonně jim dovolenou.“ — Srovn. H a v e l k a, Friedhofsrecht, 1905, str. 51, 58. Právo na hrobkách jest dle něho veřejné právo subjektivní.

<sup>52)</sup> Srovn. K l a p k a, Obecní podniky a ústavy.

<sup>53)</sup> S p i e g e l, Verwaltungswissenschaft, str. 196.

## Obsah.

	Strana.
Literatura . . . . .	III
I. Realismus v právní vědě . . . . .	1
II. Services publics . . . . .	8
III. Régime administratif . . . . .	22
IV. Établissements publics . . . . .	45
V. Kritické poznámky . . . . .	50
VI. Pojem veřejného ústavu v právu československém . . . . .	57